



**MONTAIGNE
CENTRUM**

ONDERZOEKSCENTRUM VOOR
RECHTSPLEGING EN CONFLICTOPLOSSING

EINDRAPPORT

**RECHTSSTATELIJKE WAARBORGING VAN
BUITENGERECHTELIJKE GESCHILOPLOSSING**

Prof.dr.mr. E. Bauw

C.C. de Kluiver

Dr.mr. M.A. Simon Thomas

Dr.mr. W. van der Woude

M.m.v.

Prof.dr.mr. A.F.M. Brenninkmeijer

J. van Mourik



Universiteit Utrecht

In opdracht van: Wetenschappelijk Onderzoek- en
Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van
Veiligheid en Justitie

©2017, WODC, ministerie van Veiligheid en Justitie,
auteursrechten voorbehouden.

Woord vooraf

De betekenis van buitengerechtelijke geschiloplossing is toegenomen en groeit nog steeds. De vraag naar de inpassing van deze vormen van ADR in het rechtsbestel wordt daarmee dringender. Dit onderzoek beoogt de opdrachtgever, het Ministerie van Veiligheid en Justitie, handvatten te geven om het beleid met betrekking tot dit vraagstuk (verder) vorm te geven. In het kader van dit onderzoek is gesproken met een groot aantal personen uit de wetenschap en ‘het veld’. De onderzoekers danken alle betrokkenen voor hun bereidheid om aan het onderzoek mee te werken. Zij danken verder de begeleidingscommissie en het WODC voor de waardevolle begeleiding in de verschillende fasen van het onderzoek. Het is daar zonder twijfel beter van geworden. Dank gaat eveneens uit naar Tanja van Veldhuizen, post-doc onderzoeker bij het Montaigne Centrum, voor haar bijdrage aan de organisatie van de expert meeting en naar Belle Beems die als student-assistent ondersteunend onderzoek verrichtte voor hoofdstuk 2.

Dit rapport is het resultaat van een gezamenlijke inspanning waarbij iedere auteur verantwoordelijk is voor het geheel. Er is echter, uiteraard, een zekere onderlinge taakverdeling geweest. Deze was als volgt. De leiding van het project lag in handen van Bauw. Hij zette zowel inhoudelijk als organisatorisch de lijnen uit en in die rol droeg hij zorg voor de algehele afstemming en kwaliteitsbewaking. Het onderzoek dat ten grondslag ligt aan hoofdstuk 2 is hoofdzakelijk verricht door Van der Woude, die ook penvoerder voor dit deel van het rapport was. Simon Thomas en De Kluiver namen zowel het voorbereidende onderzoek als het schrijven van hoofdstuk 3 voor hun rekening. De *case studies* uit hoofdstuk 4 zijn voorbereid door De Kluiver en Van Mourik onder supervisie van Bauw, Simon Thomas en Van der Woude. Bauw en Van der Woude schreven hoofdstuk 5.

Dit onderzoek had voorts niet tot stand kunnen komen zonder de inzichten van Alex Brenninkmeijer, die betrokken was bij de opzet van het onderzoek, verhelderend commentaar leverde op eerdere versies van het rapport en een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de formulering van de conclusies.

Utrecht, oktober 2017

Eddy Bauw, Alex Brenninkmeijer, Charlotte de Kluiver, Jim van Mourik, Marc Simon Thomas, Wytze van der Woude

Inhoudsopgave

Woord vooraf	p. 3
Lijst van afkortingen	p. 7
Samenvatting	p. 8
Hoofdstuk 1. Inleiding	p. 11
1.1 Aanleiding voor het onderzoek	p. 11
1.2 Onderzoeksvragen	p. 12
1.3 Opbouw van het rapport	p. 15
1.4 Onderzoeksmethoden	p. 15
Hoofdstuk 2. Relevante rechtsstatelijke waarborgen	p. 17
2.1 Inleiding	p. 17
2.2 De rechtsstaat	p. 17
2.3 Rechter en wetgever	p. 19
2.3.1 Relevantie voor ADR?	p. 21
2.4 Het recht op een eerlijk proces	p. 22
2.4.1 Toegang tot een rechter met <i>full jurisdiction</i>	p. 22
2.4.1.1 Relevantie voor ADR?	p. 24
2.4.2 Een onafhankelijke rechter	p. 25
2.4.2.1 Institutionele onafhankelijkheid	p. 25
2.4.2.2 Rechtspositionele onafhankelijkheid	p. 28
2.4.2.3 Zaakgerelateerde aspecten van onafhankelijkheid	p. 29
2.4.2.4 Relevantie voor ADR?	p. 30
2.4.3 Een onpartijdige rechter	p. 30
2.4.3.1 Subjectieve en objectieve onpartijdigheid	p. 31
2.4.3.2 Wettelijke waarborgen tegen partijdigheid	p. 32
2.4.3.3 Relevantie voor ADR?	p. 36
2.4.4 Overige eisen aan de behandeling van een zaak	p. 37
2.4.4.1 Openbaarheid en motivering	p. 37
2.4.4.2 Redelijke termijn	p. 38
2.4.4.3 Equality of Arms	p. 39
2.4.4.4 Recht op bijstand	p. 40
2.4.4.5 Relevantie voor ADR?	p. 41
2.5 De rechter en (andere) fundamentele rechten	p. 44
2.5.1 Relevantie voor ADR?	p. 44
2.6 Conclusie	p. 44

Hoofdstuk 3. Alternatieve geschiloplossing in Nederland	p. 47
3.1 Inleiding	p. 47
3.2 Arbitrage	p. 52
3.2.1 Juridisch kader	p. 52
3.2.2 Beschrijving van het veld	p. 55
3.2.3 Waarborgen	p. 57
3.3 Bindend advies	p. 58
3.3.1 Juridisch kader	p. 58
3.3.2 Beschrijving van het veld	p. 59
3.3.3 Waarborgen	p. 61
3.4 Mediation	p. 65
3.4.1 Juridisch kader	p. 65
3.4.2 Beschrijving van het veld	p. 67
3.4.3 Waarborgen	p. 69
Hoofdstuk 4. Case Studies	p. 73
4.1 Inleiding	p. 73
4.2 Case study Kifid	p. 74
4.2.1 Inleiding	p. 74
4.2.2 Wettelijke basis	p. 74
4.2.3 Organisatie	p. 75
4.2.4 Financiering	p. 77
4.2.5 De procedure	p. 77
4.2.6 Rechtsstatelijke waarborgen	p. 86
4.3 Case study Scheidingsmediation	p. 105
4.3.1 Inleiding	p. 105
4.3.2 Mediatorsfederatie Nederland	p. 105
4.3.3 Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsmediators	p. 107
4.3.4 Rechtsstatelijke waarborgen	p. 110
4.3.5 Online Dispute Resolution	p. 117
4.4 Case study Alternatieve geschilbeslechting bij de overheid, in het bijzonder ‘prettig contact met de overheid’ (PCMO)	p. 119
4.4.1 Inleiding	p. 119
4.4.2 Vormen van ADR in het bestuursrecht	p. 119
4.4.3 Wettelijk kader	p. 121
4.4.4 Prettig contact met de overheid	p. 121
4.4.5 Rechtsstatelijke waarborgen	p. 124

Hoofdstuk 5. Synthese: passende rechtsstatelijke waarborgen

voor ADR?	p. 126
5.1 Inleiding	p. 126
5.2 Waarborging van rechtsstatelijke kernwaarden: inschatting van de huidige situatie	p. 127
5.2.1 De relevante waarborgen	p. 128
5.2.2. Conclusies ten aanzien van de huidige situatie	p. 132
5.3 IJkpunten voor rechtsstatelijke waarborgen bij ADR	p. 134
5.3.1 Botsende paradigma's	p. 134
5.3.2 Botsende paradigma's: van ijkpunten naar indicatoren	p. 136
5.4 Hoe rechtsstatelijke waarborgen bij ADR te garanderen?	
Handelingsopties	p. 141
5.5 Conclusies	p. 147
Summary	p. 150
Literatuur	p. 152
Jurisprudentie	p. 159
Bijlage 1 Begeleidingscommissie	p. 162
Bijlage 2 Geïnterviewden	p. 163
Bijlage 3 Deelnemers expertmeetings en focusgroep	p. 164

Lijst van afkortingen

ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
Awb	Algemene wet Bestuursrecht
BNA	Branchevereniging Nederlandse Architectenbureaus
BW	Burgerlijk Wetboek
BZK	Ministerie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
GW	Grondwet
HR	Hoge Raad
HvJEU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IMFO	Instituut voor Mediation en Familierecht Opleidingen
Kifid	Stichting Klachteninstituut financiële dienstverlening
Kivi	Koninklijk Instituut van Ingenieurs
MfN	Mediatorsfederatie Nederland
MvT	Memorie van Toelichting
NAI	Nederlands Arbitrage Instituut
NMI	Nederlands Mediation Instituut
ODR	<i>Online Dispute Resolution</i>
ONRI	Organisatie van advies- en ingenieursbureaus
PCMO	Prettig Contact met de Overheid
Wet RO	Wet Rechterlijke Organisatie
Rv	Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering
RvA	Raad van Arbitrage voor de Bouw
RvR	Raad voor de Rechtspraak
SER	Sociaal Economische Raad
SGB	Stichting Geschillencommissie voor Beroep en Bedrijf
SGC	Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken
SKGZ	Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen
SKM	Stichting Kwaliteit Mediators
vFAS	Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsmediators
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
V&J	Veiligheid en Justitie
Wrra	Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

SAMENVATTING

Dit rapport doet verslag van een onderzoek naar de rechtsstatelijke waarborging van buitengerechtelijke geschiloplossing. De centrale vragen zijn of rechtsstatelijke waarborgen (of kernwaarden) in de huidige situatie voldoende verzekerd zijn bij deze vormen van geschiloplossing en welke ijkpunten kunnen worden geformuleerd om deze waarborgen te versterken. Buitengerechtelijke of ook wel ‘Alternatieve’ geschiloplossing (‘ADR’) is sinds enkele decennia gestaag in opmars binnen ons rechtsbestel. De oudste vorm Arbitrage vormde vooral voor het bedrijfsleven al van oudsher een belangrijke aanvulling op overheidsrechtspraak. De beide andere varianten, Bindend advies en mediation, hebben recenter een vaste plaats verworven. Daarmee was duidelijk dat de vragen die in dit onderzoek aan de orde zijn niet konden uitblijven. Steeds vaker en indringender wordt de vraag gesteld of er niet meer behoefte is aan waarborgen voor de gebruikers van dit private aanbod. Tegelijkertijd is er het besef dat deze alternatieven hun toegevoegde waarde voor diezelfde gebruikers ontlenen aan het feit dat zij informeler en daarmee ook vaak sneller zijn en meer maatwerk bieden. Er is dan ook duidelijk een spanning tussen de klassieke rechtsstatelijke waarborgen die overheidsrechtspraak biedt en de effectiviteit van de alternatieven. Het zoeken van een benadering die het evenwicht tussen beide weet te vinden heeft centraal gestaan in dit onderzoek.

De eerste stap in het onderzoek was om op basis van onderzoek van literatuur en jurisprudentie te identificeren welke rechtsstatelijke waarborgen kunnen worden onderscheiden en welke relevantie deze toekomt in de specifieke context van ADR. Vervolgens zijn deze inzichten in de vorm van expertmeetings en focusgroepen voorgelegd aan een forum van vertegenwoordigers van wetenschap en praktijk om zo tot een validatie van de resultaten en verdere inzichten te komen. Tegelijk is het veld van alternatieve geschiloplossing, bestaande uit arbitrage, bindend advies en mediation beschreven, waarbij specifiek is bezien hoe de verschillende waarborgen hier zijn verzekerd. Ten aanzien van bindend advies en mediation is dit vervolgens uitgediept in drie *case studies*: naar het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid), scheidingsmediation en alternatieve geschiloplossing bij de overheid.

De uitkomsten van dit deel van het onderzoek laten zien dat het algehele beeld waar het gaat om het voldoen aan rechtsstatelijke waarborgen door aanbieders van ADR bepaald niet negatief is. Waar sprake is van voor ADR relevante waarborgen geldt dat deze in de meeste gevallen bij wet (vooral arbitrage), reglement of anderszins zijn verzekerd. Op verschillende niveaus is al sprake van de nodige overheidsbemoeienis met de belangrijkste varianten van ADR, zoals het Kifid of de geschillencommissies. De geconstateerde stand van zaken lijkt dan ook geen reden te bieden voor ingrijpende wijziging van het huidige stelsel. Het uitgangspunt zou volgens de onderzoekers dan ook moeten zijn dat met de formalisering van ADR teneinde meer partijen meer waarborgen te bieden terughoudendheid geboden is. Verdere formalisering zou ten koste kunnen gaan van de aantrekkelijkheid en kracht

van ADR. Nu er geen aanleiding is tot zorg op korte termijn, ligt ingrijpende wijziging niet in de rede. Voor de toekomst is echter van belang dat de ontwikkelingen nauwgezet worden gevolgd en te bezien of ingrijpen alsnog geraden is.

Voor de vraag wanneer dat laatste het geval is kunnen geen eenduidige ijkpunten worden gegeven. Daarvoor zijn de drie vormen van ADR en de varianten daarbinnen te divers. Onderzoekers hebben daarom gezocht naar een beoordelingskader dat recht doet aan die diversiteit en dat tegelijk voldoende aanknopingspunten biedt om het stelsel als een geheel mee te benaderen. Daartoe dienen twee paradigma's tegenover elkaar te worden geplaatst. Het eerste is het paradigma van de waarborgen, dat de vormgeving van het stelsel van overheidsrechtspraak in hoge mate heeft bepaald en dat wordt gedomineerd door wetten en regels en formalisme. Dit heeft zowel bijgedragen aan de betrouwbaarheid van het stelsel en het vertrouwen van burgers in dat stelsel als aan de gebreken van het stelsel, zoals relatieve traagheid en kostbaarheid van procedures en een gebrek aan oplossend vermogen. Het tweede paradigma is dat van de autonomie en zelfbeschikking. Hierin staat de keuzevrijheid en zelfbeschikking van partijen centraal om zelf de vorm en inhoud te bepalen van de oplossing van hun geschil. Het is geen vanzelfsprekendheid dat dit een overheidsaangelegenheid is die regelgeving of toezicht vereist. Hier geldt dat evenals het partijen in beginsel vrijstaat om de overeenkomsten aan te gaan die zij verkiezen (contractsvrijheid), zij ook de beslechting of oplossing van hun geschil zelf kunnen vormgeven.

De beide paradigma's vormen als 'ideaaltypen' de uiteinden van een schaal waarop de verschillende vormen en varianten van ADR kunnen worden geplaatst. Uit het onderzoek kunnen indicatoren worden afgeleid aan de hand waarvan kan worden beargumenteerd welk paradigma ten aanzien van welke modaliteit van ADR dominant is of zou behoren te zijn. Daarbij staat het perspectief van de ADR-afnemer en de verwachting die hij redelijkerwijs mag hebben met betrekking tot de rechtsstatelijke waarborgen centraal. Deze verwachtingen zijn meer gerechtvaardigd naarmate: de (ADR-stimulerende) bemoeienis van overheid groter is; de feitelijke keuzevrijheid van de ADR-afnemer ten aanzien van het aangaan van een ADR-traject kleiner is; de ADR-aanbieder kan worden aangemerkt als een meer professionele aanbieder en/of de ADR-aanbieder optreedt als geschilbeslechter in plaats van als procesbegeleider.

Daarmee kunnen deze factoren worden gezien als indicatoren voor overheidsregulering van of -toezicht op ADR, nog los van de vraag hoe die regulering of dat toezicht er dan uit zou kunnen/moeten zien.

Voor die overheidsbemoeienis worden vervolgens vier handelingsopties beschreven, waarvan er twee al in het huidige stelsel een plaats hebben: zelfregulering door de branche en (marginaal) toezicht door de rechter op de 'producten' van ADR (arbitrale vonnissen en vaststellingsovereenkomsten). Twee andere, (veel) verdergaande opties zijn van meer theoretische aard: bestuurlijk toezicht vanuit de centrale overheid of vanuit een afzonderlijke decentrale overheid.

Desondanks zien wij deze toegepast in specifieke sectoren in het juridische domein, zoals de advocatuur en notariaat en verdienen zij – hoewel thans nog niet aan de orde – dan ook een beschrijving.

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

De minister van Veiligheid en Justitie draagt (politieke) verantwoordelijkheid voor de inrichting en het functioneren van de juridische infrastructuur in ons land. Daarbij dienen de kernwaarden van de rechtsstaat in belangrijke mate als richtsnoer. In de strategische uitgangspunten die de directie Rechtsbestel heeft geformuleerd in het kader van de voorbereiding van een strategische agenda nemen deze waarden dan ook een centrale plaats in. In discussies met het veld wordt gezocht naar een hedendaagse invulling van die rechtsstatelijke kernwaarden op basis van behoeften van burgers en tegen de achtergrond van maatschappelijke ontwikkelingen en trends. Met het onderhavige onderzoek wordt beoogd een bijdrage te leveren aan een van de thema's die daarbij aan de orde komen, namelijk hoe de rechtsstatelijke kernwaarden zich verhouden tot het groeiende aandeel van alternatieve vormen van geschiloplossing (doorgaans aangeduid als 'ADR: *alternative dispute resolution*') binnen het rechtsbestel.

In de verhouding tussen kernwaarden en ADR schuilt een dilemma. Enerzijds staat van oudsher binnen de geschilbeslechting voorop dat aan een aantal waarborgen moet zijn voldaan die voortvloeien uit de rechtsstaattedachte, zoals die vooral in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op basis van artikel 6 EVRM in de afgelopen decennia vorm heeft gekregen. Anderzijds biedt ADR laagdrempelige toegang tot meer informele en doorgaans door private partijen aangeboden geschiloplossing en is het garanderen van dezelfde rechtsstatelijke waarborgen, als waarvan sprake is in klassieke rechtsgangen die door de overheid zijn ingericht, niet vanzelfsprekend.

Het gaat bij ADR veelal om private arrangementen, die (in meer of mindere mate) ruimte laten voor eigen invulling door de aanbieders ervan, dan wel door partijen en waarbij deze waarborgen niet vanzelfsprekend zijn gegarandeerd. Bovendien is de betrokkenheid van klassieke beroepsbeoefenaren –die eveneens bepaalde rechtsstatelijke garanties biedt – geen gegeven. Daarnaast lijkt bij een groot deel van deze arrangementen evenmin sprake van structurele (betrouwbare en onafhankelijke) kwaliteitsborging of –toezicht.

Onder het zojuist geschetste dilemma schuilt nog een ander dilemma: de wens om te voldoen aan rechtsstatelijke waarborgen zal al snel leiden tot formalisering van de alternatieve vormen, terwijl de kracht van de alternatieven nu juist is gelegen in het informele(re) karakter ervan. Bij formalisering van de alternatieven dreigt daarom het gevaar dat het kind met het badwater wordt weggegooid. Er zal idealiter een evenwicht moeten worden gevonden tussen het rechtsstatelijke belang van

afdoende rechtsbescherming en het behoud van de kracht van buitengerechtelijke geschiloplossing. Tegelijkertijd is duidelijk dat de buigzaamheid van de rechtsstatelijke waarborgen begrensd is en dat het de vraag is of dit evenwicht op alle onderdelen kan worden gevonden. Het doel van dit onderzoek is te komen tot het formuleren van een kader van “rechtsstatelijke ijkpunten voor buitengerechtelijke geschiloplossing” aan de hand waarvan het evenwicht kan worden gezocht. Daarbij staat voorop, dat de verschillende vormen van buitengerechtelijke geschiloplossing/ADR sterk van elkaar verschillen voor wat betreft de mate van formalisering en regulering en waar het gaat om de ruimte voor een eigen invulling door aanbieders ervan en voor partijen. Ook de mate van keuzevrijheid en zeggenschap voor partijen verschilt sterk.

Daarmee is op voorhand duidelijk dat het niet doenlijk zal zijn om uniforme ijkpunten voor alle vormen van ADR te geven. Zoveel mogelijk zal dan ook worden gezocht naar een consistent beoordelingskader (‘beleidskader’) aan de hand waarvan de noodzaak en de wijze van rechtsstatelijke waarborging kan worden bepaald.

1.2 Onderzoeksvragen

Met het onderzoek wordt allereerst beoogd inzicht te krijgen in de mate waarin de huidige vormen van buitengerechtelijke geschiloplossing zich verhouden tot eerst te identificeren, voor ADR relevante en passende kernwaarden van de rechtsstaat. Aan de hand daarvan kan vervolgens het hierboven bedoelde beoordelingskader worden opgesteld. De achtergrond en context van deze doelstelling is als volgt.

De klassieke wijze waarop geschillen tussen burgers en/of bedrijven (onderling) in ons land worden beslecht, is die via berechting door de overheidsrechter. Onder invloed van de liberale rechtsstaatidee van de negentiende eeuw en de totstandkoming van de internationale mensenrechtenverdragen na de Tweede Wereldoorlog zijn de rechtsstatelijke waarborgen waarmee het instituut overheidsrechter is omgeven en het proces aan de hand waarvan de overheidsrechter geschillen beslecht, geleidelijk aan gevormd en verankerd. Hoewel er verschillende opvattingen bestaan over wat precies wel en niet tot de kenmerken van de rechtsstaat moet worden gerekend, bestaat over een aantal onderdelen wel degelijk consensus. In een rechtsstaat is de rechterlijke macht gescheiden van de wetgevende en de uitvoerende macht; is de rechter onafhankelijk en onpartijdig; berust het overheidshandelen op de wet; is de wet voor burgers kenbaar en duidelijk (legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel) en worden de grondrechten van burgers gerespecteerd.¹ Deze kenmerken van de rechtsstaat zijn verankerd in nationale (grond)wetgeving en in bepalingen in internationale verdragen, die (op grond van

¹ Zie o.a. Bauw e.a. 2016.

art. 93 en 94 Grondwet) – voor zover zij eenieder verbindend zijn (en dat zijn rechtsstatelijke waarborgen doorgaans) - rechtstreeks doorwerken in de Nederlandse rechtsorde.

De laatste decennia hebben een verschuiving laten zien van geschilbeslechting door de overheidsrechter naar ('alternatieve') buitengerechtelijke vormen van geschiloplossing. De verandering in terminologie van 'geschilbeslechting' naar 'geschiloplossing' geeft aan dat het niet alleen gaat om vormen waarbij een geschil tussen partijen door een derde wordt beslecht, maar ook om vormen waarbij partijen zelf een oplossing voor hun geschil vinden met behulp van een derde (mediation). Buitengerechtelijke geschiloplossing bestrijkt een breed palet aan varianten in het bestuurs- en privaatrecht. In het bestuursrecht gaat het vooral om overheidsinterne mechanismen die tot heroverweging van besluiten kunnen leiden (bezwaarschriftprocedures, 'bestuurlijke lussen', klachtenprocedures, interne mediators). Bij private geschillen gaat het om de toepassing van alternatieve vormen, die gezamenlijk doorgaans worden aangeduid met de brede term 'alternatieve geschiloplossing' (*Alternative Dispute Resolution*, ADR). Hieronder worden arbitrage, bindend advies en mediation begrepen. Meer recent worden deze vormen ook online aangeboden en wordt daarbij gebruik gemaakt van digitale middelen. In dat geval wordt gesproken van *Online Dispute Resolution* (ODR).

De groei van buitengerechtelijke geschiloplossing in al haar varianten kan worden gezien als een reactie op de beperkingen waaraan klassieke overheidsrechtspraak is onderworpen. Mede onder invloed van het 'rechtsstatelijk denken' is overheidsrechtspraak sterk geformaliseerd en – daardoor mede – gestandaardiseerd, hetgeen 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. De deformalisering van het procesrecht, die vanaf de jaren zeventig heeft plaatsgevonden, heeft aan dit beeld nog slechts in beperkte mate iets kunnen veranderen.² Daarnaast is de groei van vooral ADR sinds het einde van de jaren negentig van de vorige eeuw van beleidszijde gestimuleerd onder meer om de druk op de rechtspraak die uitging van een gestage groei van vooral het aantal civiele zaken te verminderen.³

De vraag moet worden gesteld wat deze ontwikkeling betekent vanuit rechtsstatelijk perspectief. De rechtsstaat veronderstelt dat de eerlijkheid van de procedure waarlangs geschillen worden beslecht is gewaarborgd. En al wordt wellicht de taak van de overheid om zelf geschillen te beslechten kleiner, ook dan blijft het haar verantwoordelijkheid om dat eerlijke proces te garanderen. Dat vloeit immers mede voort uit de internationale verdragen waarbij ons land partij is en waarin deze waarborgen zijn gegarandeerd. Verder is geschiloplossing niet zomaar een dienst,

² Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/1.2.3.

³ Zie de beleidsbrief ADR 2000-2002 'Meer wegen naar het recht', *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 352, nr. 19. Zie verder over deze brief en de ontwikkeling in brede zin L.M. Coenraad en P. Ingelse, Afscheid van de klassieke procedure? Preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging 2017, Deventer: Wolters-Kluwer 2017, p. 28 e.v.

maar heeft zij een belangrijke maatschappelijke functie. Er is daarom alle reden om te stellen dat de overheid deze ‘dienstenmarkt’ daarom dient te reguleren en de randvoorwaarden dient te creëren waarbinnen dat eerlijke proces wordt gegarandeerd.⁴ Hoe meer ADR aan terrein wint, hoe belangrijker deze ‘garantie van eerlijkheid’ van belang wordt; niet alleen voor de gebruikers van ADR, maar ook voor de aanbieders ervan. Een dienstenmarkt kan immers alleen tot bloei komen als gebruikers daarin voldoende vertrouwen hebben. In zoverre zijn rechtsstatelijke waarborgen dan ook – zeker op de lange duur – randvoorwaardelijk voor de verdere ontwikkeling van ADR.

Het voorgaande neemt echter niet weg dat waar partijen zelf de oplossing van hun geschil ter hand nemen, het niet vanzelfsprekend is dat de overheid zich hier indringend mee gaat bemoeien. Tegenover de verplichting van de overheid tot het garanderen van waarborgen voor eerlijke geschiloplossing staat het recht op zelfbeschikking van partijen om over die oplossing te beslissen. Overheidsbemoeienis zou daar niet onnodig aan in de weg moeten staan. Op voorhand is (wederom) duidelijk dat in de verschillende vormen van ADR de mate van zelfbeschikking sterk verschillen en daar zal bij de vraag naar de noodzaak van regulering rekening moeten worden gehouden.

Het voorgaande laat zich samenballen in de volgende centrale onderzoeksvragen:

1. In hoeverre zijn de rechtsstatelijke kernwaarden onafhankelijke rechtsbescherming, legaliteit (rechtszekerheid en rechtsgelijkheid) en scheiding van machten gewaarborgd als het gaat om buitengerechtelijke geschiloplossing?
2. Hoe zien de rechtsstatelijke ijkpunten eruit die dienen ter (verdere) versterking van de rechtsstatelijke waarborging?

Daarvoor dienen de volgende deelvragen te worden beantwoord.

1. Welke rechtsstatelijke kernwaarden kunnen worden onderscheiden en welke inzichten zijn er met betrekking tot de relatie van deze kernwaarden tot buitengerechtelijke geschiloplossing?
2. Welke aanbieders van buitengerechtelijke geschiloplossing zijn er in Nederland en in hoeverre zijn de rechtsstatelijke kernwaarden bij deze aanbieders gewaarborgd?
3. Welke gevolgen zou het volledig voldoen aan de rechtsstatelijke waarborgen hebben op de effectiviteit van de verschillende vormen van buitengerechtelijke geschiloplossing?
4. Welke rechtsstatelijke ijkpunten bewaren het evenwicht tussen adequate rechtsbescherming en behoud van effectieve geschiloplossing en welk algemeen kader kan op basis hiervan worden geformuleerd?

⁴ Bauw e.a. 2016

1.3 Opbouw van het rapport

Om de onderzoeksvragen te beantwoorden worden eerst in hoofdstuk 2 de rechtsstatelijke waarborgen die gelden voor overheidsrechtspraak in kaart gebracht, waarna deze waarborgen op hun mogelijke relevantie voor de buitengerechtelijke conflictoplossing worden onderzocht. In hoofdstuk 3 wordt vervolgens het veld van buitengerechtelijke of alternatieve geschiloplossing in zijn verschillende varianten beschreven, alsmede de wijze waarop binnen dat veld de eerder behandelde rechtsstatelijke waarborgen in de huidige situatie zijn gewaarborgd. Aan de hand van de *case studies* worden aansluitend in hoofdstuk 4 drie specifieke varianten binnen dat veld meer in de diepte en nauwkeuriger voor wat betreft de relevante waarborgen beschreven. In hoofdstuk 5 tot slot worden conclusies getrokken ten aanzien van de huidige stand van zaken waar het gaat om de voor ADR geldende waarborgen en wordt de vraag behandeld wanneer en hoe deze waarborgen in de toekomst kunnen worden gegarandeerd.

1.4 Onderzoeksmethoden

Ten behoeve van de beantwoording van de onderzoeksvragen is gekozen voor de volgende onderzoeksmethoden. Als eerste is door middel van *desk research* van literatuur en jurisprudentie een analyse gemaakt van in het kader van de onderzoeksvraag relevante rechtsstatelijke waarborgen. Parallel hieraan is het in Nederland actieve veld van aanbieders van buitengerechtelijke geschiloplossing kaart gebracht. Door de beperkingen van het onderzoek in termen van doorlooptijd en budget is geen uitputtende beschrijving gemaakt, maar is vooral gepoogd een zo goed mogelijk representatief beeld van de verschillende varianten van ADR te geven. Bij de beschrijving op hoofdlijnen ligt de nadruk op een beschrijving van de organisatiestructuur, interne procesregels, eventuele klachten- en bezwaarprocedures of tuchtrechtregelingen, de (eventuele) gehanteerde procesreglementen, mogelijkheden om de onpartijdigheid van geschiloplossers te betwisten, etc. Om deze beschrijving te verdiepen zijn in aanvulling hierop drie *case studies* uitgevoerd, die inzichtelijk moeten maken hoe de rechtsstatelijke kernwaarden zich manifesteren als het gaat om buitengerechtelijke geschiloplossing. De keuze voor de case studies is op voorstel van de onderzoekers in samenspraak met de begeleidingscommissie gemaakt. Ten aanzien van de keuze voor de *case study* naar ADR bij de overheid, in het bijzonder het programma prettig contact met de overheid (PCMO), moet worden opgemerkt dat hier is gekozen voor een andere benadering dan bij de andere twee *case studies*, die naar het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid) en scheidingsmediation). Bij PCMO ligt de nadruk op het voorkomen van geschillen door contacten tussen overheid en burgers anders in te richten, dan het berecht of oplossen ervan. Daarbij

worden wel aan ‘alternatieve geschiloplossingsmethoden’, vooral mediation ontleende technieken gebruikt. Een en ander betekent dat dat de rechtsstatelijke waarborgen hier niet op dezelfde wijze als bij die andere onderdelen konden worden doorvertaald. De toetsing aan die waarborgen heeft hier dan ook een andere invulling gekregen.

De *case studies* zijn primair bedoeld om de werking van ADR-aanbieders ook vanuit de praktijk te beschrijven. Die beschrijving is gebaseerd op *desk research* waar mogelijk aangevuld met informatie uit interviews, afgenomen met vier experts, twee in het kader van de case study ‘ADR bij de overheid’, en twee over de case study ‘Kifid’. De focus lag daarbij primair, maar niet uitsluitend, bij de vraag of, en zo ja in hoeverre, de rechtsstatelijke kernwaarden hier gewaarborgd zijn.

Nadat in de eerste fase van het onderzoek het *desk research* voldoende informatie was verzameld zijn twee *expert meetings* en een focusgroep gehouden met wetenschappers en vertegenwoordigers van het ADR veld. Het doel van deze bijeenkomsten was drieërlei. In de eerste plaats was dat de validatie van de informatie die tot dan toe was verzameld – hiertoe dienden de twee *expert meetings*. Hier stond in het bijzonder de vraag naar de volledigheid van de geïdentificeerde rechtsstatelijke waarborgen en naar de relevantie ervan centraal. In de tweede plaats was het doel om aanvullende informatie te verkrijgen ten behoeve van de afronding van de beschrijving van het ADR veld en de *case studies*, ook hiertoe dienden de twee *expert meetings*. In de derde plaats was het oogmerk om uit de confrontatie van vertegenwoordigers uit wetenschap en praktijk de voornaamste knelpunten op te maken, hiertoe diende de focusgroep. Hierbij stond tevens de vraag centraal hoe een kader voor rechtsstatelijke waarborgen eruit zou kunnen zien, dat tevens recht zou doen aan het belang van behoud van effectiviteit van de verschillende vormen van buitengerechtelijke geschiloplossing. Bij de eerste *expert meeting* (parallelsessie) waren 16 vertegenwoordigers uit de praktijk aanwezig, deze groep werd voorgezeten en begeleid door prof. dr. mr. Eddy Bauw en dr. mr. Marc Simon Thomas. Aan de tweede *expert meeting* (parallelsessie) hebben 13 wetenschappers deelgenomen, hier heeft mr. dr. Wytze van der Woude als voorzitter opgetreden. Deze bijeenkomsten duurden ongeveer 2 uur. Hierna werden de groepen samengevoegd in één focusgroep waarna onder begeleiding van prof. dr. mr. Eddy Bauw over hetgeen uit de eerdere sessies aan de orde was gekomen met de gehele groep werd gediscussieerd. Deze bijeenkomst duurde eveneens ongeveer 2 uur. Van alle bijeenkomsten zijn door twee student-assistenten aantekeningen gemaakt.

De onderzoekers zijn in totaal vier maal samengekomen met de begeleidingscommissie. Tijdens deze bijeenkomsten zijn de transcripten van de interviews en *expert meetings* met de commissie gedeeld. Tot slot zijn de gevonden onderzoeksresultaten (literatuuronderzoek, *case studies*, en de uitkomsten van de expertmeetings) op elkaar betrokken en in hun samenhang geanalyseerd. De synthese van de bevindingen is neergelegd in het slothoofdstuk van dit rapport, dat uitmondt in conclusies en aanbevelingen.

Hoofdstuk 2. Relevante rechtsstatelijke waarborgen

2.1 Inleiding

Alvorens in te gaan op de toepasselijkheid van rechtsstatelijke waarborgen op vormen van ADR, moet worden bepaald waar we het over hebben als we spreken van rechtsstatelijke waarborgen. In dit hoofdstuk staan deze waarborgen dan ook centraal. Specifiek zal de aandacht uitgaan naar de rechtsstatelijke waarborgen die een rol spelen bij de reguliere ‘overheidsrechtspraak’. Aan de hand daarvan kan worden bezien in hoeverre deze waarborgen relevant zijn voor ADR en – wanneer zulks het geval is – op welke wijze deze (of vergelijkbare) waarborgen kunnen en/of moeten worden geïncorporeerd in het stelsel van ADR.

Dat laatste geschiedt mede aan de hand van de expertmeeting die in het kader van dit onderzoek heeft plaatsgevonden. Tijdens deze expertmeeting is met rechtswetenschappers en vertegenwoordigers van het ADR-veld van gedachten gewisseld over de vraag welke rechtsstatelijke waarborgen ten aanzien van reguliere rechtspraak van significante betekenis zijn voor ADR en welke niet (of in ieder geval minder). Uitgangspunt van deze gedachtewisseling was een voorlopige versie van dit hoofdstuk. Daarna is dit hoofdstuk zodanig aangepast dat aan een groot aantal paragrafen een subparagraaf is toegevoegd waarin verslag is gedaan van de uitkomst van deze gedachtewisseling.

2.2 De rechtsstaat

Wie denkt aan rechtsstatelijke waarborgen ten aanzien van rechtspraak denkt al snel aan het recht op een eerlijk proces. Dat is niet onterecht. Het recht op een eerlijk proces staat in het hart van de rechtsstatelijke waarborgen. Bedacht moet echter worden dat ook buiten de reikwijdte van het recht op een eerlijk proces sprake kan zijn van rechtsstatelijke waarborgen. Hoewel het recht op een eerlijk proces zoals behandeld in paragraaf 4 in zekere zin de kern van dit hoofdstuk vormt, zal eveneens aandacht worden geschonken aan het bredere verband van rechtsstatelijke waarborgen. Daarvoor is uiteraard van groot belang dat duidelijkheid bestaat over het begrip rechtsstaat en de wijze waarop dit voor rechters van belang is.⁵

Het begrip rechtsstaat wordt uiteenlopend gedefinieerd en onderverdeeld. Wat in elke definitie niettemin doorklinkt is een impliciete of expliciete verwijzing naar de kerngedachte dat (ook) de overheid aan het recht gebonden is. De uitoefening van overheidsgezag mag niet berusten op de willekeur van een toevallige machthebber, maar dient te berusten op een grondslag in het recht dat daarmee ook een normering

⁵ Waar in dit hoofdstuk wordt gesproken van rechters, wordt bedoeld op de met rechtspraak belaste leden van de rechterlijke macht en de met rechtspraak belaste leden van gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren in de zin van art. 112 en 113 Grondwet. Het OM, bijvoorbeeld, valt hier dus nadrukkelijk buiten.

voor overheidshandelen biedt. Voorts stelt de rechtsstaat eisen aan de organisatie van de overheid die erop gericht zijn machtsmisbruik zoveel mogelijk te voorkomen. Als gezegd, er zijn verschillende manieren om deze gedachten nader onder te verdelen. Een aantal elementen komt niettemin steevast terug. Dit zijn:

- *Het legaliteitsbeginsel.* Het legaliteitsbeginsel kan worden gezien als de meest directe uitwerking van de kerngedachte dat ook de overheid aan het recht gebonden is. Het legaliteitsbeginsel komt erop neer dat in principe alleen die bevoegdheidsuitoefening door de overheid is toegestaan, die een grondslag vindt in de wet. Enigszins gechargeerd gezegd, markeert het legaliteitsbeginsel een belangrijk verschil tussen de overheid en de burger: de overheid mag slechts optreden indien dat wettelijk is toegestaan; de burger heeft de vrijheid op te treden tenzij hem dat wettelijk verboden is. De mate waarin dit gevolgen heeft voor de rechter zal worden besproken in paragraaf 3.
- *Machtenscheiding/machtsverdeling.* Dat de overheid via het legaliteitsbeginsel gebonden is aan het recht kan worden gezien als één van de grote verworvenheden van de rechtsstaat. Tegelijkertijd is de overheid één van de belangrijkste producten van recht. Om machtsmisbruik *via het recht* door diezelfde overheid tegen te gaan, vormt een zekere vorm van machtenscheiding of -verdeling een tweede pijler van de rechtsstaattedachte. Voor wat betreft de wetgevende macht en de besturende macht geldt in Nederland dat slechts in beperkte mate sprake is van *machtenscheiding*. Hoewel de wetgevende en bestuurlijke functie wel degelijk te scheiden zijn, geldt dat niet altijd bij de uitoefening van deze functies door de wetgevende en bestuurlijke organen. In veel gevallen is hier veeleer sprake van het voorkomen van machtsmisbruik via een door de Grondwet (of het ongeschreven staatsrecht) gecreëerde wederzijdse afhankelijkheid ('checks and balances'). Het Nederlandse bestel voorziet wel in een sterkere scheiding ten aanzien van de rechterlijke macht. Dit leidt sommige auteurs ertoe om onafhankelijke rechtspraak als afzonderlijk element (dus naast machtenscheiding of machtsverdeling) van de rechtsstaat te beschouwen.⁶ Daarmee is niet gezegd dat deze scheiding zo sterk zou zijn dat niet ook hier sprake is van 'checks and balances' tussen met name de wetgevende en de rechterlijke macht. Een dergelijk mechanisme zien we met name in het begrotingsrecht van de eerste (de wetgever) ten opzichte van de laatste. Rechtspraak is niet gratis en functioneert niet in een economisch vacuüm. Hierdoor kan het proces van allocatie van financiële middelen niet alleen afhankelijk zijn van wat de

⁶ Heringa e.a. (2015), hoofdstuk III en – in een iets andere vorm – Burkens e.a. (2012), p. 23. Laatstgenoemde auteurs bespreken de onafhankelijke controle door de rechter vooral in het kader van de rechtsbescherming tegen de overheid en dus met name in de publiekrechtelijke context.

rechtspraak aan middelen verlangt, maar ook van wat de wetgever aan middelen beschikbaar kan en wil stellen. Onafhankelijke rechtspraak – ook in het licht van deze financiële relatie – zal vooral aan de orde komen in paragraaf 4, zij het dat ook in de volgende paragraaf enige opmerkingen zullen worden gemaakt over de verhouding rechter-wetgever.

- *Fundamentele rechten.* Een laatste manier waarop in rechtsstaten wordt getracht machtsmisbruik door de overheid tegen te gaan, is door haar te dwingen fundamentele rechten te eerbiedigen. Deze grondwettelijk of verdragsrechtelijk gegarandeerde rechten zijn voor de rechter van groot belang. Als onderdeel van de overheid is ook hij hieraan gebonden en heeft ook hij deze voor burgers te garanderen. Dat de rechter hierin – ook los van de overige staatsorganen – een zelfstandige taak heeft, blijkt bijvoorbeeld uit de omstandigheid dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) lidstaten veroordeelt, omdat een rechterlijke uitspraak leidt tot schending van het EVRM. Ten aanzien hiervan, zal in paragraaf 4 veel aandacht uitgaan naar het fundamentele recht op een eerlijk proces. In paragraaf 5 zal ook de betekenis van andere fundamentele rechten voor de taakuitoefening van rechters worden besproken.

In de volgende paragrafen zal een aantal rechtsstatelijke aspecten rondom reguliere rechtspraak (alsmede de betekenis daarvan voor ADR) worden uitgelicht. Het bleek daarbij niet raadzaam de drie bovenstaande elementen van de rechtsstaat als structurerende drieslag te gebruiken. Dat komt, omdat deze drie elementen – wanneer toegepast op rechtspraak – nogal eens door elkaar blijken te lopen. Hieronder zal eerst aandacht worden besteed aan de verhouding tussen de rechter en de wetgever (hierin komen aspecten van het legaliteitsbeginsel, maar ook van machtenscheiding aan de orde). Daarna volgt een paragraaf over het recht op een eerlijk proces (het recht op een eerlijk proces is een fundamenteel recht, maar over de band van dit fundamentele recht komen eveneens aspecten van machtenscheiding en rechterlijke organisatie aan de orde). Tot slot zal – zeer beknopt – worden stilgestaan bij de overige fundamentele rechten die een rechter heeft te waarborgen. Er is aldus gekozen voor een thematische behandeling waarin steeds zowel het nationale wettelijke kader als het verdragsrechtelijke kader (voor zover van toepassing) geïntegreerd aan de orde gesteld wordt.

2.3 Rechter en wetgever

De rechter en de wetgever kunnen niet zonder elkaar en tegelijkertijd moeten zij in een rechtsstaat in zekere mate van elkaar worden gescheiden. Om met het eerste te beginnen: de rechter spreekt recht en niet iets anders (de woorden ‘rechter’ en ‘rechtspraak’ zeggen het natuurlijk al). Voor dat recht is de rechter in belangrijke mate afhankelijk van de productie van verschillende wet- en regelgevers. De hoofdregel is nog steeds dat het de rechter niet is toegestaan een zaak te beslissen op grond van andere dan aan het recht ontleende argumenten. Uiteraard is het recht

veelomvattend en kent het ‘open normen’ en ‘vage termen’ waarlangs de rechter wel degelijk in staat is andere dan zuiver juridische argumenten in zijn uitspraak te incorporeren, maar het vehikel waarmee dat gestalte krijgt, is altijd juridisch van aard (de wettelijke open norm of eventueel een regel van ongeschreven recht).⁷ Dat rechters bovendien in het algemeen niet al te ver willen gaan in het invullen van dergelijke open normen blijkt uit de terughoudendheid die rechters daarbij doorgaans betrachten. De bestuursrechtelijke constructie van marginale toetsing bij een door de wet voorgeschreven evenredigheidstoets is daarvan een sprekend voorbeeld.⁸

Ook voor zijn eigen organisatie en procesrechtelijke regels is de rechter afhankelijk van de wetgever. Op verschillende punten draagt de Grondwet zulks ook op aan de wetgever.⁹ Artikel 107 GW draagt de wetgever op om regels van procesrecht vast te stellen en voor wat betreft de rechterlijke organisatie kan worden gewezen op wetgevingsopdrachten in de artikelen 112 lid 2, 113 lid 2 en 4, 116 lid 1 t/m 4, 117 lid 2 t/m 4, 118 lid 2 en 3 en 121 GW.¹⁰ In de vorige paragraaf is al gewezen op de begroting die jaarlijks door de wetgever wordt vastgesteld (art. 105 GW), ook voor de rechtspraak. De rechterlijke macht mag dan van de wetgevende macht gescheiden zijn, dat betekent niet dat rechters niet op tal van cruciale punten van de wetgevende macht afhankelijk zijn. In het navolgende zal overigens blijken dat in dit wettelijk kader – met name de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) en de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra) juist voorziet in verschillende mechanismen om te voorkomen dat sprake is van oneigenlijke beïnvloeding door de overige staatsmachten.

Aldus biedt de wetgever de noodzakelijke randvoorwaarden waarbinnen de rechter kan opereren (zoals de wetgever dat ook doet voor het bestuur). Voor het overige is het binnen het Nederlandse bestel machtenscheiding troef. De daartoe aanwezige arrangementen zijn er vooral op gericht dat de rechter niet op de stoel van de wetgever gaat zitten. Zo is het de rechter verboden wetten te toetsen aan de Grondwet (art. 120 GW) en wordt de rechter ook overigens geacht geen wetgevende taken op zich te nemen. Dit laatste artikel staat precedentwerking van rechterlijke uitspraken (‘vaste lijnen in de jurisprudentie’) niet in de weg, maar kent wel als minimumwaarborgen dat het een rechter ten principale toegestaan geacht moet zijn van eerdere precedents af te wijken, juist omdat het hem *niet* is toegestaan over de band van een rechterlijke uitspraak in het ene geval concrete rechtsgevolgen in het leven te roepen voor andere gevallen. Hoewel bovenstaande juridische arrangementen het vermelden waard zijn in het kader van machtenscheiding, past

⁷ Hierin onderscheidt de procedure in (hoger) beroep bij een bestuursrechter zich bijvoorbeeld van de bezwaarschriftprocedure, waarin wel degelijk andere dan juridische argumenten mogen worden gebruikt.

⁸ Zie ABRvS 9 mei 1996, AB 1996/93 (*Kwantumhal Venlo*).

⁹ De Grondwet legt daarbij ook de wetgever veelvuldig aan banden, vooral waar het gaat om bepaalde garanties voor een eerlijk proces (zie daarvoor de volgende paragraaf).

¹⁰ Veel van deze artikelen zullen in de volgende paragraaf worden besproken.

hierbij eveneens stevige relativering. Zo is het de rechter wel toegestaan wetten in formele zin te toetsen aan – en bij buiten toepassing te laten wegens strijd met – een ieder verbindende verdragsbepalingen (art. 93 en 94 Grondwet). Verder geldt dat rechterlijke rechtsvorming tegenwoordig niet alleen algemeen geaccepteerd wordt, maar ook door de wetgever wordt bevorderd. In dat opzicht kan worden gewezen op een drietal in 2012 ingevoerde mechanismen ter bevordering van rechtseenheid en rechtsvorming: de instelling van de grote kamers bij de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges¹¹, de mogelijkheid van strengere zaakselectie door de Hoge Raad¹² en de mogelijkheid aan deze laatste prejudiciële vragen te stellen.¹³

2.3.1 Relevantie voor ADR?

Tijdens de expertmeeting is aan de orde gekomen welke aspecten in de verhouding tussen de wetgever en de rechter eveneens van belang kunnen zijn bij ADR. Dat bleek slechts in beperkte mate het geval te zijn. Anders dan ten aanzien van reguliere rechtspraak, heeft de wetgever geen (grondwettelijke) opdracht om in een stelsel te voorzien. Dat betekent eveneens dat de (stelsel)verantwoordelijkheid van de minister van V&J – die in de praktijk de belangrijkste initiator is van wetgeving op het terrein van reguliere rechtspraak – ten aanzien van ADR niet langs deze lijnen kan worden geconstrueerd.

Wat uitgebreider is stilgestaan bij de gebondenheid aan het recht. Aangegeven werd dat de mate waarin deze gebondenheid relevant is bij ADR afhankelijk is van het soort ADR dat wordt toegepast. Bepaalde vormen van ADR voorzien in geschilbeslechting op andere dan zuiver rechtsgronden, bij sommige vormen van ADR mogen partijen zelf kiezen of de ADR-aanbieder andere dan juridische argumenten mag gebruiken respectievelijk toestaan.

Niettemin, de uitkomst van een ADR-traject is idealiter niet in strijd met regels van dwingend recht. Een belangrijke vraag in dat kader is hoe ver de verantwoordelijkheid van de ADR-aanbieder reikt om te bewerkstelligen dat zulks inderdaad niet gebeurt. Zeker bij die vormen van ADR waarbinnen de aanbieder niet optreedt als geschilbeslechter (zoals bij arbitrage of bindend advies), maar juist als procesbegeleider (zoals bij mediation) stelden relatief veel deelnemers aan de expertmeeting zich op het standpunt dat hier een belangrijke verantwoordelijkheid ligt voor partijen zelf, omdat zij uiteindelijk de vaststellingsovereenkomst sluiten.

Idealiter zou daarbij echter wel sprake zijn van ‘informed consent’. Dat wil zeggen dat het volgens verschillende deelnemers aan de expertmeeting wel op het pad van

¹¹ Wet van 20 december 2012, Stb. 2012/682 (Wet aanpassing bestuursprocesrecht).

¹² Wet van 15 maart 2012, Stb. 2012/116 (Wet versterking cassatierechtspraak).

¹³ Wet van 9 februari 2012, Stb. 2012/65 (Wet prejudiciële vragen Hoge Raad).

de mediator ligt om partijen erop te wijzen dat zij mogelijk onrechtmatige afspraken aan het maken zijn.¹⁴

2.4 Het recht op een eerlijk proces

Als gezegd, de rechtsstatelijke waarborgen omtrent rechtspraak omvatten meer dan het recht op een eerlijk proces. Dat gezegd zijnde, is het recht op een eerlijk proces wel één van de belangrijkste rechtsstatelijke waarborgen die op geschilbeslechting door de rechter van toepassing is. Het fundamentele recht op een eerlijk proces kent verschillende juridische grondslagen. Het is bijvoorbeeld als zodanig neergelegd in artikel 6 EVRM, artikel 14 IVBPR en artikel 47 Handvest van de Grondrechten van de EU. De Grondwet kent een dergelijke bepaling (nog) niet,¹⁵ maar van een groot aantal in de vorige paragraaf aangehaalde grondwetsartikelen kan worden gesteld dat zij mede ten doel hebben om een eerlijk proces te bewerkstelligen.

Verder kan het recht op een eerlijk proces worden beschouwd als de ratio achter tal van procesrechtelijke bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering en de Awb en tal van bepalingen uit wetgeving met betrekking tot de rechterlijke organisatie. Omdat dit onderzoek zich vooral richt op de rechtsstatelijke waarborgen op een meer beginselmatig niveau, zullen veel van deze wettelijke bepalingen hieronder wel worden aangestipt, maar zullen zij niet uitputtend worden behandeld.

Het recht op een eerlijk proces kent niet alleen vele juridische grondslagen, het kent ook tal van verschillende facetten. De belangrijkste zullen hieronder beknopt worden besproken.

2.4.1 Recht op beoordeling door een gerechtelijke instantie ('toegang tot een rechter') met *full jurisdiction*

Het recht op een eerlijk proces is van groot belang voor rechtszoekenden. Zij hebben daar echter weinig aan als daarin niet mede begrepen wordt een recht tot *toegang* tot de rechter. Het EVRM kent dit recht op toegang niet expliciet. Hierin werd al snel door het EHRM voorzien door in de zaak-Golder een recht op beoordeling door een gerechtelijke instantie ('access to a court') in artikel 6 EVRM te lezen:

"It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact

¹⁴ In het kader van bindend advies bestaat overigens de wettelijke mogelijkheid (art. 7:902 BW) om af te wijken van dwingend recht, zie ook paragraaf 3.3.3.

¹⁵ Er is momenteel een voorstel tot grondwetsherziening (in eerste lezing) aanhangig om een vergelijkbaar algemeen recht ook in de Grondwet op te nemen. Zie *Kamerstukken II*, 34517.

possible to benefit from such guarantees, that is, *access to a court* (curs. auteurs). The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings.”¹⁶

Hieruit vloeit een verplichting voor de wetgever voort om ten aanzien van die geschillen die vallen onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM een rechterlijke voorziening te creëren, waar deze onverhoopt niet mocht bestaan. Gelet op de rol die de burgerlijke rechter vervult als ‘rest-rechter’, zijn in de Nederlandse context weinig situaties denkbaar waarin een dergelijk geval zich zou voordoen.

Het recht op toegang tot de rechter is slechts in beperkte mate gecodificeerd in de Nederlandse Grondwet. Artikel 17 GW – het zogeheten *ius de non evocando* – garandeert dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toewijst. Deze negatieve formulering biedt echter alleen garanties voor de situatie dat de wet voorziet in een rechtsgang (maar een persoon daarvan afgehouden wordt), maar niet in de situatie dat de wet daarin niet zou voorzien.¹⁷ Zoals blijkt uit de eerdere opmerking over de rol van de burgerlijke rechter, moet ervan worden uitgegaan dat het wettelijke kader al met al wel voorziet in deze toegang.

Het recht op toegang tot de rechter mag niet de facto teniet worden gedaan door *excessieve formaliteiten*, bijvoorbeeld ten aanzien van termijnen. In de zaak-Ashingdane stelde het EHRM dat de uit het oogpunt van een goede procesorde eisen mogen worden gesteld aan de rechtzoekenden, maar dat deze eisen in een redelijke verhouding moeten staan met de daarmee te dienen doelen.¹⁸

Gekoppeld aan het recht op toegang geldt dat een rechter die bevoegd is van een geschil kennis te nemen ook de bevoegdheid toekomt alle relevante feiten en omstandigheden in zijn oordeel te betrekken.¹⁹ Op grond van dit beginsel van *full jurisdiction* moet het niet mogelijk geacht worden dat onderdelen van een zaak die relevant zijn voor het rechterlijke oordeel, op grond van procesrechtelijke regels categorisch buiten het geding worden gelaten. Dat laatste laat onverlet dat het mogelijk is dat het voorwerp van geschil wordt ingekaderd door de vooraf door partijen gewisselde processtukken. Het gaat er meer om dat wordt voorkomen dat een partij überhaupt niet in de gelegenheid wordt gesteld om bepaalde juridisch relevante facetten van een zaak aan de rechter voor te leggen.²⁰

¹⁶ EHRM 21 februari 1975 (*Golder - Verenigd Koninkrijk*), NJ 1975/462. Ook het IVBPR kent geen expliciet recht op toegang tot de rechter, het Handvest wel: artikel 47 spreekt van een “recht op een doeltreffende voorziening in rechte”.

¹⁷ De Waard (2013).

¹⁸ EHRM 28 mei 1985, NJ 1991, 623 (*Ashingdane - Verenigd Koninkrijk*). Zie ook EHRM 6 december 2001, EHCR 2002/5 (*Yagtzilar e.a. – Griekenland*).

¹⁹ EHRM 17 december 1996 (*Terra Woningen – Nederland*), NJCM-Bulletin 1997, p. 617 e.v.

²⁰ Zie ook Barkhuysen e.a. (2009), p. 24.

2.4.1.1 Relevantie voor ADR?

Tijdens de expertmeetings is uitgebreid stilgestaan bij de vraag in hoeverre bovenstaande elementen van het recht op een eerlijk proces van toepassing en/of relevant zijn in het kader van ADR. Hoewel het *voorkomen van excessieve formaliteiten* door alle deelnemers ook bij ADR van belang geacht werd, bestond enige consensus over de inschatting dat hierin – gelet op de aard van ADR – over het algemeen reeds beter was voorzien dan ten aanzien van reguliere rechtspraak. Met andere woorden: hiervan werd in de context van ADR geen bijzonder aandachtspunt gemaakt.

Hetzelfde gold voor het uitgangspunt van *full jurisdiction*. Ten aanzien van de meeste vormen van ADR waren de deelnemers van opvatting, dat de mogelijkheden om alle relevante feiten en omstandigheden in de procedure te betrekken ruimschoots gewaarborgd zijn. Verschillende vormen van ADR voorzien er bovendien in dat ook niet juridisch relevante feiten en omstandigheden kunnen worden meegenomen in het zoeken naar een oplossing voor een conflict. Uiteraard – maar dat is bij reguliere rechtspraak niet anders – is het in veel gevallen aan partijen om de relevante feiten en omstandigheden binnen de procedure voor het voetlicht te brengen.

Ten aanzien van het recht op beoordeling door een gerechtelijke instantie ('toegang tot de rechter') werd in de expertmeetings niet zozeer gezocht naar een 'vertaling' van dit beginsel voor ADR, maar werd de vraag opgeworpen in hoeverre ADR mag worden gebruikt om personen van een rechtsgang af te houden. Consensus bestond erover dat zulks in ieder geval niet tegen de wil van partijen mag geschieden. Voor zover ADR wordt gebruikt op een wijze die een latere rechtsgang uitsluit – of leidt tot zeer beperkte toetsing daarin – zou dit alleen mogelijk moeten zijn, nadat partijen hiervoor bewust hebben gekozen. Het belang van 'informed consent' werd hierbij benadrukt. Discussie is mogelijk over de vraag op welke wijze de instemming van partijen tot stand zou behoren te komen. Is het bijvoorbeeld afdoende dat iemand heeft ingestemd met ADR via de algemene voorwaarden bij een overeenkomst of via een cao?

2.4.2 Een onafhankelijke rechter²¹

Iemand die toegang heeft gekregen tot de rechter, heeft recht op een *onafhankelijke* rechter. Dit recht is wel expliciet neergelegd in de drie hierboven genoemde verdragsbepalingen. Hoewel de Grondwet een dergelijke algemene normstelling dus (nog) niet kent, is het juist op dit punt dat zij een aantal meer specifieke bepalingen bevat, die tot doel hebben bij te dragen aan rechterlijke onafhankelijkheid. Ook hier geldt bovendien dat de norm van een onafhankelijke rechter wordt uitgewerkt in een groot aantal wettelijke bepalingen.

Rechterlijke onafhankelijkheid kent verschillende aspecten. Om hierin enige structurering aan te brengen, zal in navolging van Bovend'Eert²² en Kortmann een onderscheid worden gemaakt tussen institutionele, rechtspositionele en zaaksgerelateerde aspecten van onafhankelijkheid.

2.4.2.1 Institutionele onafhankelijkheid

De institutionele onafhankelijkheid ziet op de onafhankelijkheid van de rechtspraak als geheel ten opzichte van de overige staatsmachten. Dit aspect van onafhankelijkheid is bepaald niet absoluut. Immers, in paragraaf 3 bleek al dat de rechter op een groot aantal cruciale punten afhankelijk is van de wetgever. Dit geldt ook – zij het in mindere mate – ten aanzien van het bestuur, meer specifiek: ten aanzien van de minister van Veiligheid en Justitie (V&J).

Deze afhankelijkheid doet zich onder meer gevoelen wanneer rechterlijke organen van een wezenlijk andere werkwijze worden voorzien (denk aan de wettelijke introductie van de 'bestuurlijke lus' in het bestuursrecht of de mogelijkheid tot scherpere zaakselectie bij de Hoge Raad) of hen anderszins nieuwe bevoegdheden worden toebedeeld of afgenomen, maar vooral ook ten aanzien van de budgetten waarover de rechtspraak kan beschikken voor personele en materiële voorzieningen.

Gelet op hetgeen hierover in paragraaf 3 is opgemerkt, zijn dit strikt genomen geen verantwoordelijkheden van de minister, maar van de wetgever. Aangezien verreweg de meeste wetsvoorstellen van de regering afkomstig zijn (en voor algemene begrotingswetten geldt dat deze uitsluitend van de regering afkomstig kunnen zijn, art. 105 lid 2 GW), kan wel worden volgehouden dat het al dan niet entameren van nieuwe of gewijzigde wetgeving (en begrotingen) op bovenstaande punten tot de verantwoordelijkheid van de minister kan worden gerekend. Wat tot de *exclusieve* verantwoordelijkheid van de minister moet worden gerekend, is het toezicht op de begroting voor de rechtspraak. Het is aan de minister om erop toe te zien dat deze niet wordt overschreden, aangezien het de minister is die ten aanzien van deze

²¹ Van den Eijnden (2011).

²² P.P.T. Bovend'Eert (2013).

uitvoering jaarlijks verantwoording schuldig is aan de Staten-Generaal (art. 105 lid 3 GW).

De aldus geconstrueerde verantwoordelijkheid van de minister van V&J wordt aangeduid als een stelselverantwoordelijkheid.²³ Deze verantwoordelijkheid veronderstelt enerzijds een zekere afhankelijkheid van de rechtspraak als instituut; dat dit ‘slechts’ stelselverantwoordelijkheid betreft, houdt echter anderzijds weer verband met de nagestreefde *on*afhankelijkheid van de rechtspraak. Om ervoor te zorgen dat het bij stelselverantwoordelijkheid blijft, is vooral bij de beheersmatige verantwoordelijkheid van de minister, getracht een mechanisme in de bouwen dat een zo groot mogelijke onafhankelijkheid van de rechtspraak als instituut garandeert.

Voor bijna alle gerechten (behalve de Hoge Raad en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State)²⁴ speelt de Raad voor de rechtspraak binnen dat mechanisme een centrale rol. De Raad voor de rechtspraak werd in 2002²⁵ ingevoerd gezamenlijk met de in een afzonderlijke wet geïntroduceerde gerechtsbesturen.²⁶ De gedachte achter deze wijziging was dat gerechten zelf de verantwoordelijkheid zouden dragen voor hun eigen bedrijfsvoering. Deze besturen kregen een aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van alle bij het gerecht werkzame ambtenaren ten aanzien van de organisatie en de bedrijfsvoering (art. 24 RO).²⁷ De Raad voor de rechtspraak verdeelt de van de wetgever ontvangen budgetten over de gerechten en houdt toezicht op de uitvoering van de begroting door de gerechten en hun bedrijfsvoering. Dit toezicht krijgt gestalte via een algemene aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van de gerechtsbesturen (art. 92 RO).²⁸ De minister is op zijn beurt bevoegd de Raad voor de rechtspraak aanwijzingen te geven betreffende de uitvoering van diens taken (art. 93 RO).

²³ Zo ook in de MvT bij de begroting voor V&J van 2016, *Kamerstukken II* 34300 VI, 2, p. 39.

²⁴ De rol van de Raad voor de rechtspraak schuilt in belangrijke mate in het toezien op een doelmatige besteding van middelen op grond van de begroting. Gelet op zijn bijzondere positie in het staatsbestel wordt de Hoge Raad binnen de begroting van V&J afzonderlijk begroot en loopt zijn financiering niet via de Raad voor de rechtspraak (zie ook art. 3 RO). Voor de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is dit evenmin het geval. In haar geval heeft dit te maken met haar afzonderlijke financiering via de begroting van de Hoge Colleges van Staat.

²⁵ Wet van 6 december 2001, Stb. 2001/583 (Wet Raad voor de rechtspraak).

²⁶ Wet van 6 december 2001, Stb. 2001/582 (Wet organisatie en bestuur gerechten).

²⁷ De taken van de besturen worden in art. 23 lid 1 RO opgesomd. Het gaat om automatisering en bestuurlijke informatievoorziening; de voorbereiding, vaststelling en uitvoering van de begroting; huisvesting en beveiliging; de kwaliteit van de bestuurlijke en organisatorische werkwijze van het gerecht daaronder begrepen de externe gerichtheid; personeelsaangelegenheden; overige materiële voorzieningen.

²⁸ Naast deze algemene aanwijzingsbevoegdheid, kent de wet ook nog een aantal meer specifieke aanwijzingsbevoegdheden ten aanzien van de jaarplannen en jaarverslagen van de gerechtsbesturen (art. 31 en 35 RO) en ten aanzien van de informatievoorziening door gerechtsbesturen (art. 36 RO).

Met deze getrapte structuur werd beoogd een dubbele buffer (de Raad en de gerechtshoven) te plaatsen tussen de minister en een individuele rechter. Bovendien wordt ten aanzien van alle hierboven genoemde aanwijzingsbevoegdheden bemoediging met individuele zaken of categorieën van zaken expliciet uitgesloten via de formule dat de tot het geven van een aanwijzing bevoegde deze bevoegdheid niet gebruikt “in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak of in categorieën van zaken.”²⁹ Of de wetgever hierin geslaagd is, wordt wel betwist. Verschillende auteurs betogen dat over de band van bedrijfsvoering – met name via het stellen van bepaalde ‘productienormen’ – wel degelijk invloed kan worden uitgeoefend op de wijze waarop rechters individuele zaken behandelen.³⁰ Zie daarover (kort) ook paragraaf 2.4.2.3.

Een andere manier om institutionele onafhankelijkheid te bevorderen is gelegen in het stelsel van *incompatibiliteiten*. Incompatibiliteiten zijn onverenigbare betrekkingen binnen het verband van de overheid en zullen in dit rapport worden onderscheiden van onverenigbare *nevenfuncties*, waarbij het gaat om de combinatie van het rechterlijke ambt met een betrekking buiten het verband van de overheid. Nederland kent een zeer beperkte regeling van incompatibiliteiten ten aanzien van rechters. De Grondwet sluit alleen gelijktijdig lidmaatschap van de Hoge Raad en de Staten-Generaal uit. De wet op de rechterlijke organisatie kent deze en andere incompatibiliteiten alleen voor leden van een gerechtshof (art. 15 RO) en leden van de Raad voor de rechtspraak (art. 84 RO). Hier doet zich dus de opvallende situatie voor dat er wel onafhankelijkheidswaarborgen zijn geïntroduceerd ten aanzien van een terrein waar de andere staatsmachten al beschikken over bepaalde (bedrijfsmatige en organisatorische) sturingsmechanismen, maar juist niet ten aanzien van de personen die zich bezighouden met het beslissen van individuele zaken, waarvan de Wet RO juist meermaals en uitdrukkelijk bepaalt dat er geen inhoudelijke sturing mag zijn. In 2015 adviseerde GRECO (Group of States against Corruption) ook op dit punt een incompatibiliteit te introduceren. Hieraan is tot op heden geen gevolg gegeven.

Een berucht punt waar incompatibiliteiten eveneens ontbreken, zijn de zogenaamde ‘dubbelbenoemingen’ in de Raad van State (personen die zowel in de Afdeling advisering als in de Afdeling Bestuursrechtspraak worden benoemd). Een wetsvoorstel om aan deze dubbelbenoemingen een einde te maken, werd onlangs nog ingetrokken.³¹

²⁹ Dit kan worden gezien als een vorm van zaaksgelateerde onafhankelijkheid. Zie daarvoor ook par. 4.2.3.

³⁰ Van den Einden (2011), Bovend’Eert (2013) en Kortmann (2016).

³¹ *Kamerstukken II* 34389. De intrekking vond plaats op 16 november 2016, *Kamerstukken II* 34389, 23.

2.4.2.2 Rechtspositionele onafhankelijkheid

Ten aanzien van onafhankelijkheid besteden Grondwet en de jurisprudentie van het EHRM de meeste aandacht aan rechtspositionele – ook wel persoonlijke – onafhankelijkheid. Dit aspect van rechterlijke onafhankelijkheid ziet erop dat de rechter ten aanzien van zijn (rechts)positie niet hoeft te vrezen van oneigenlijke druk vanuit andere overheids machten. Het gaat hierbij vooral om de wijze van benoeming, de benoemingstermijn, de rechtspositieregeling (waaronder met name de geldelijke voorzieningen) en de voorwaarden voor ontslag. Ook deze vorm van onafhankelijkheid is niet absoluut. Rechters komen niet uit de lucht vallen. Iemand moet ze benoemen en iemand moet ze betalen. Niettemin, zowel wet als verdrag trachten hierbij bepaalde waarborgen in te bouwen. Verschillende auteurs merken op dat de Nederlandse Grondwet hierin verder gaat dan het EVRM.³² Zo eist de Grondwet dat met rechtspraak belaste leden van de rechterlijke macht voor het leven worden benoemd (art. 117 lid 1 GW),³³ waar de jurisprudentie van het EVRM tijdelijke benoemingen wel toelaat. De Grondwet schrijft voor dat rechters alleen door een gerecht van de rechterlijke macht zelve kunnen worden geschorst of ontslagen (art. 117 lid 3 GW)³⁴ en hun rechtspositie wordt overigens bij wet geregeld (art. 117 lid 4 GW en de uitwerking daarvan in de Wvra). In dat laatste schuilt uiteraard een zekere afhankelijkheid van de wetgever, maar dit scenario moet geacht worden de voorkeur te verdienen boven een rechtspositie die (jaarlijkse) onderhandeling met de minister (bijvoorbeeld via een CAO) zou inhouden.

Een ander punt waarop de Grondwet geen volstreekte onafhankelijkheid kan garanderen, is de wijze van benoeming. Rechters worden in Nederland bij koninklijk besluit benoemd. Een stelsel van coöptatie wordt – vanuit het oogpunt van ‘checks and balances’ in Nederland niet wenselijk geacht.³⁵ Wel moet erop worden gewezen dat de selectie van rechters die voor benoeming worden voorgedragen door de minister niet geschiedt door de minister zelf, maar door de Landelijke selectiecommissie rechters.³⁶ De minister wijkt niet van deze voordrachten af, zodat de rechterlijke benoeming bij KB als een formaliteit moet worden beschouwd.

³² Zie bijvoorbeeld Heringa e.a. (2015), p. 351 en Kortmann (2016), p. 246.

³³ Voor rechters werkzaam bij gerechten die niet behoren tot de rechterlijke macht is dit geregeld in de afzonderlijke wetten die hun instelling regelen. Zie art. 5 lid 1 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie, art. 4 lid 1 Beroepswet en de artikelen 2 lid 1 en 8 lid 3 van de Wet op de Raad van State.

³⁴ Behoudens ontslag op eigen verzoek of vanwege een bij wet te bepalen leeftijd.

³⁵ Kortmann (2016), p. 246 en Bovend'Eert (2013).

³⁶ Op grond van art. 91 lid 1 onder f Wet RO heeft de Raad voor de rechtspraak ter zake de Regeling Landelijke selectiecommissie rechters uitgevaardigd. Stcrt. 2014/8498.

2.4.2.3 Zaaksgerelateerde aspecten van onafhankelijkheid

Het laatste aspect van onafhankelijkheid dat bespreking verdient, is de zaaksgerelateerde – ook wel zakelijke – onafhankelijkheid. Dit houdt in dat de rechter geen directe bemoeienis van andere overheidsorganen mag ervaren bij de beoordeling van een concreet geschil. Deze eis vloeit voort uit de jurisprudentie van het EVRM en is in Nederland impliciet te lezen in de artikelen 112 en 113 GW (de wet draagt de berechting van de in die artikelen genoemde geschillen op aan de rechter en niet aan het bestuur of de wetgever).

In de Wet RO wordt dit aspect van de rechterlijke onafhankelijkheid benadrukt door de artikelen die de verschillende tot het geven van aanwijzingen bevoegde instanties verbieden om te treden in de inhoudelijke beoordeling van een zaak of van categorieën van zaken. Zie daarvoor de artikelen 23 lid 2 en 3, 24 lid 2, 96 lid 1 en 2, alsmede 109 Wet RO. Als gezegd, bestaan er bij sommige auteurs twijfels over de mate waarin via de band van de bedrijfsmatige en organisatorische kaderstelling (en het toezicht daarop) niet alsnog beïnvloeding kan ontstaan in concrete zaken of in categorieën daarvan. Een voorbeeld daarvan kan zijn dat op grond van vrees voor de uitputting van middelen wordt aangestuurd op het minder veelvuldig inzetten van onderzoeksmiddelen en op het bezuinigen op tijdsinvesteringen voor zaken. In voorkomende gevallen kan dan inderdaad het risico ontstaan dat dit leidt tot een minder gedegen behandeling van de zaak en daarmee (hoewel men mag aannemen doorgaans onbewust) tot mogelijk andere uitkomsten.

2.4.2.4 Relevantie voor ADR?

Tijdens de expertmeetings is aandacht besteed aan de rechtsstatelijke eis van onafhankelijkheid van de rechter en de mate waarin deze relevant is voor ADR. De breed gedeelde consensus was dat onafhankelijkheid – in de zin van onafhankelijkheid ten opzichte van (andere) *overheidsorganen* geen significante rol speelt bij ADR. Dat heeft te maken met de betrekkelijk beperkte betrokkenheid die de overheid thans heeft bij de organisatie en feitelijke uitvoering van ADR. Aspecten van onafhankelijkheid spelen strikt genomen alleen een rol waar ADR (grotendeels) zou worden bekostigd uit overheidsmiddelen of waar ADR wordt toegepast in een conflict met een overheidsinstelling en gebruik wordt gemaakt van de diensten van een ADR-aanbieder die werkzaam is bij die overheidsinstelling. Bij dat laatste valt te denken aan ‘interne mediators’ van de Belastingdienst.

Als de strikte definitie van onafhankelijkheid wordt verlaten, kan van een aantal aspecten van onafhankelijkheid worden volgehouden dat hieraan ook bij ADR een zekere betekenis toekomt. In dat kader moet vooral worden gedacht aan het voorkomen dat ‘diegene die betaalt ook bepaalt’. Een vanuit de financiële dienstverleners gefinancierde aanbieder van ADR – die conflicten van burgers met deze dienstverleners behandelt – zou vanuit die gedachte niet mogen worden beïnvloed door de behoeften en wensen van die dienstverleners. Strikt genomen gaat het hier uiteraard om aspecten van *onpartijdigheid*. Wat daarvan ook zij: als basisuitgangspunt waren vrijwel alle deelnemers aan de expertmeeting het erover eens, dat een mogelijke inmenging in concrete zaken langs financiële lijnen moet worden vermeden. Daarmee kan het voorkomen van een dergelijke inmenging worden gezien als een waarborg waarover een aanbieder van ADR zou dienen te beschikken.

2.4.3 Een onpartijdige rechter

In zekere zin dient onpartijdigheid een doel dat vergelijkbaar is met onafhankelijkheid, te weten: het voorkomen dat de rechter een zaak beslist op oneigenlijke gronden. Toch moeten beide beginselen worden onderscheiden. Waar onafhankelijkheid dient om de rechtspraak als staatsmacht (en de rechter als ambtsdrager binnen die macht) te scheiden van de overige staatsmachten, ziet onpartijdigheid op het voorkomen van vooringenomenheid van een rechter jegens bepaalde partijen (in zowel positieve als negatieve zin). Hoewel beide beginselen op deze manier kunnen worden onderscheiden is overlap denkbaar in situaties waarin de andere staatsmachten (of organen dan wel ambtsdragers daarbinnen) partij zijn. Dit speelt vooral in het bestuursrecht, maar kan ook in het privaatrecht

een rol spelen, aangezien de civiele rechter nog steeds een rol speelt als ‘restrechter’.³⁷

Onpartijdigheid is één van de expliciet benoemde elementen van een recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM. De Grondwet bevat geen expliciete verwijzing naar onpartijdigheid. Anders dan onafhankelijkheid is onpartijdigheid niet hoofdzakelijk geregeld in de meer institutionele wetgeving ten aanzien van de rechtspraak (zoals de Wet RO, de Wvra etc.). Bepalingen die verband houden met het waarborgen hiervan kunnen veeleer worden gevonden in procesrechtelijke regelingen binnen de afzonderlijke rechtsgebieden. Voor dit onderzoek moet vooral worden gekeken in Rv en Awb.

2.4.3.1 Subjectieve en objectieve onpartijdigheid

In de jurisprudentie van het EHRM kan een subjectieve en een objectieve benadering ten aanzien van onpartijdigheid worden ontwaard.³⁸ De subjectieve benadering neemt de persoonlijke overtuiging en het handelen van een specifieke rechter als uitgangspunt. Als deze persoonlijke overtuigingen en/of dit handelen (over het algemeen zal de persoonlijke overtuiging uit het handelen moeten blijken) blijken te geven van vooringenomenheid kan de rechter niet worden beschouwd als onpartijdig. In de objectieve benadering gaat het om de vraag of feiten of omstandigheden (redelijke) twijfel doen rijzen over de onpartijdigheid van een gerecht of een rechter daarbinnen. Mocht het antwoord op deze vraag bevestigend zijn, dan is daarmee niet gezegd dat de rechter in daadwerkelijk vooringenomen is, maar wel dat er sprake is van een samenloop van feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de rechter enerzijds met de zaak die hij of zij behandelt anderzijds. Deze samenloop moet bovendien van een dergelijke aard zijn dat er een redelijke angst bestaat dat een rechter (bewust of onbewust) vooringenomen *zou kunnen* zijn. In de kern gaat het daarmee om een risicoanalyse en niet om een oordeel ten aanzien van de persoon in kwestie. Wat voor het EHRM bovendien een belangrijke rol speelt in het hanteren van dit criterium is het door het EHRM veelvuldig gehanteerde adagium “justice must not only be done, it must also be seen to be done”.³⁹

De subjectieve en de objectieve benadering dienen hetzelfde doel. Het gaat om het voorkomen van vooringenomenheid, of deze nu daadwerkelijk bestaat en kan

³⁷ In dergelijke gevallen is het weliswaar zo dat niet een bestuursorgaan of een specifieke ambtsdrager partij is, maar de privaatrechtelijke rechtspersoon ‘Staat’. Niettemin zal deze rechtspersoon in civiele gedingen worden vertegenwoordigd door een orgaan of ambtsdrager van de uitvoerende macht.

³⁸ Zie voor een overzicht en voor uitgebreide verwijzingen naar EHRM-jurisprudentie: EHRM, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial, 2013, p. 29 e.v.

³⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 15 oktober 2009, zaaknr. 17056/06 (*Micallef vs Malta*) r.o. 98, waarin de link met dit adagium nadrukkelijk gelegd wordt.

worden bewezen (de subjectieve benadering) dan wel of deze vanuit het oogpunt van een redelijk nadenkende buitenstaander zou kunnen bestaan (de objectieve benadering). De zinsnede ‘en kan worden bewezen’ bij de subjectieve benadering is niet zonder betekenis; het vanuit de gedragingen van een rechter kunnen bewijzen dat deze vooringenomen is, is notoir ingewikkeld. Het mag dan ook geen verbazing wekken dat de objectieve benadering de boventoon voert bij de overgrote meerderheid van zaken omtrent rechterlijke onpartijdigheid.⁴⁰

Voringenomenheid kan allerlei vormen aannemen. Het kan bijvoorbeeld gaan om persoonlijke of financiële relaties tussen de betrokken rechter en partijen (of hun procesvertegenwoordigers), maar het kan ook gaan om rechters die eerder – in een andere rechterlijke of niet-rechterlijke rol – betrokken zijn geweest bij dezelfde zaak of om rechters die betrokken zijn geweest bij een andere zaak die voor een belangrijk deel op hetzelfde feitencomplex betrekking had.

2.4.3.2 Wettelijke waarborgen tegen partijdigheid

De onpartijdigheid van de rechter wordt bewerkstelligd door middel van diverse wettelijke waarborgen. In de eerste plaats kan worden gewezen op de eed die de rechter aflegt (bijlage 1 Wvra jo. art. 5g Wvra), maar ook het procesrecht bevat regelingen over nevenfuncties, zaakstoedeling, wraking en verschoning. Naast artikel 12 Wet RO, dat bepaalt dat rechters, gerechtsauditeurs en griffiers zich niet in mogen laten met de partijen van geschillen waarover zij moeten oordelen, kennen diverse wettelijke regelingen bepalingen over nevenfuncties, wraking en verschoning.

Verboden nevenfuncties

Nevenfuncties kunnen afbreuk doen aan de partijdigheid of de schijn van partijdigheid wekken. Toch ontbreekt een algemene regeling omtrent verboden nevenfuncties.⁴¹ Naast de incompatibiliteiten die werden genoemd in paragraaf 2.4.2.1 (artikelen 16 en 84 RO) ter waarborging van de institutionele

⁴⁰ Zo ook het Hof zelf in *Micallef vs Malta*, r.o. 95

⁴¹ M.L. Emmerik, J.P. Loof & Y.E. Schuurmans, ‘Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak’, *Research Memoranda Raad voor de Rechtspraak*, 2014/2, p. 21. Auteurs hanteren hier de term ‘incompatibiliteiten’. Hierop is niets tegen, nu het niet gaat om een wettelijk buitengewoon vastomlijnde term. Vaak wordt het gebruik hiervan echter voorbehouden voor onverenigbare betrekkingen binnen overheidsverband. Zo regelt de Wet incompatibiliteiten Staten-Generaal en Europees parlement uitsluitend de onverenigbaarheid van verschillende overheidsfuncties of –ambten. In dit rapport zal de term incompatibiliteiten vooral in die context worden gebruikt (en daarmee dus vooral als waarborg voor onafhankelijkheid en zal in dit kader worden gesproken van (al dan niet verboden) nevenfuncties.

onafhankelijkheid, kan worden gewezen op de in artikel 44 Wvra opgenomen verboden maatschappelijke (neven)functies als waarborg voor de onpartijdigheid.⁴²

Artikel 44, lid 1, Wvra sluit uit dat een rechter ook rechtskundige bijstand verricht, als advocaat, notaris of anderszins. Lid 2 verbiedt dit voor een rechter-plaatsvervanger, maar alleen in het arrondissement of het rechtsgebied van de betreffende rechtbank of het betreffende gerechtshof. Lid 4 vult het verbod aan met een open norm en ziet op “betrekkingen waarvan de uitoefening ongewenst is met het oog op een goede vervulling van hun ambt op de handhaving van hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid of van het vertrouwen daarin”.

De functionele autoriteit van de gerechtelijke instantie beoordeelt de wenselijkheid van een betrekking. Hiertoe bestaat er een wettelijke plicht om jaarlijks te melden welke nevenfuncties zij bekleden, ook indien zij geen nevenbetrekkingen uitoefenen. Indien er wel betrekkingen worden uitgeoefend, wordt de functionele autoriteit indien mogelijk al geïnformeerd “zodra het voornemen bestaat tot het gaan vervullen van de betrekking” (art. 44, leden 4 en 5, Wvra).

Vermelding verdient voorts de ‘Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak’.⁴³ De daarin opgenomen aanbevelingen voorzien in een toetsingskader dat rechters kunnen gebruiken om te komen tot een “gefundeerd oordeel” ten aanzien van hun optreden in een concreet geval.⁴⁴ De openbaarmaking van deze leidraad geeft ook derden inzicht in de afwegingen die rechters ter zake behoren te maken.⁴⁵ De in de Leidraad opgenomen aanbevelingen vormen – voor zover het daarin geen herhaling of nadere uitleg van de reeds bestaande wettelijke voorschriften betreft – “geen dwingende voorschriften”,⁴⁶ zodat hieruit geen daadwerkelijke ‘verboden nevenfuncties’ voortvloeien.

Openbaarmaking van nevenfuncties

Hoewel het aantal daadwerkelijk verboden nevenbetrekkingen klein is, is de wetgever kennelijk van opvatting dat het voor partijen relevant is om te kunnen weten welke nevenbetrekkingen – ook al zijn deze niet verboden – een rechter vervult.⁴⁷ Hiertoe worden deze per gerechtelijke instantie opgenomen in een openbaar register. Dit heeft als doel het controleerbaar maken van de partijdigheid van de rechter. Van deze openbaarmaking kan alleen met het oog op de veiligheid

⁴² Emmerik, Loof & Schuurmans, *Research Memoranda Raad voor de Rechtspraak*, 2014/2, p. 22.

⁴³ Zie Nederlandse vereniging voor rechtspraak, *Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak*, januari 2014, raadpleegbaar via: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Leidraad-onpartijdigheid-en-nevenfuncties-in-de-rechtspraak-januari-2014.pdf>.

⁴⁴ Zie p. 6 van de Leidraad.

⁴⁵ Zie p. 7 van de Leidraad.

⁴⁶ Zie p. 7 van de Leidraad.

⁴⁷ A.S. Rueb, E. Gras en A.W. Jongbloed, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 33-34.

van de rechter worden afgezien. In dat geval wordt de betrekking op verzoek wel aan procespartijen verstrekt, tenzij ook dit de veiligheid van de rechter in gevaar brengt. Het register moet jaarlijks worden geactualiseerd en bewaart de functies voor drie jaar (art. 44a Wvra). Rechters die hun functionele autoriteit niet of onvolledig in kennis stellen van hun nevenbetrekkingen kunnen worden onderworpen aan tuchtrechtelijke sancties worden opgelegd op grond van artikel 46c lid 1 onder b Wvra.

De verplichting tot registratie en openbaarmaking geldt volgens artikel 44a Wvra alleen voor *nevenbetrekkingen*. In de leidraad worden deze onderscheiden van *nevenfuncties*.⁴⁸ Alle nevenbetrekkingen zijn tevens nevenfuncties, maar niet andersom. Onder het begrip ‘nevenbetrekking’ worden op basis van de leidraad in ieder geval verstaan: alle bezoldigde functies en activiteiten, docentschappen, het voeren van een eigen bedrijf, lidmaatschappen van besturen, advies-, klachten- en arbitragecommissies, tuchtcolleges, het drijven van handel, het zijn van commissaris, bestuurder of vennoot van een rechtspersoon of het optreden als arbiter, bindend adviseur of mediator. Als voorbeelden van nevenfuncties die niet tevens nevenbetrekkingen zijn, noemt de leidraad: “teamleider/begeleider van een sportteam, lid van een ouderraad van een school, lidmaatschap van een ad hoc commissie van een politieke partij, redacteur van een wijkkrant of verenigingsblad.” Het onderscheid tussen nevenfuncties en nevenbetrekkingen ziet uitsluitend op de verplichting tot registratie en openbaarmaking. Hiermee is dus niet gezegd dat het vervullen van een nevenfunctie, niet zijnde een nevenbetrekking, zich in alle gevallen probleemloos verhoudt tot het uitgangspunt van rechterlijke onpartijdigheid. Anders gezegd: ook dergelijke nevenfuncties kunnen er in de praktijk toe leiden dat een individuele rechter niet wordt belast met de beoordeling van een specifiek geval omwille van het voorkomen van (de schijn van) partijdigheid.

Er bestaat geen wettelijke plicht om het arbeidsverleden van een rechter openbaar te maken, maar in de praktijk wordt ook dit geregistreerd en gepubliceerd voor zover het de periode betreft tot zes jaar voor de indiensttreding van de betreffende rechter.⁴⁹

Wraking

Indien twijfels ontstaan over de rechterlijke onpartijdigheid, kunnen partijen een rechter wraken. De wraking is voor het civiele recht geregeld in artikelen 36 tot en met 39 Rv. Voor het bestuursrecht zijn deze artikelen, *mutatis mutandis*, overgenomen in artikelen 8:15 tot en met 8:20 Awb. Wraking ziet op zowel subjectieve als objectieve (on)partijdigheid.

⁴⁸ *Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak*, Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak 2014.

⁴⁹ M.L. van Emmerik, J.P. Loof & Y.E. Schuurmans, *Research Memoranda Raad voor de Rechtspraak*, 2014/2, p. 65.

Een rechter kan worden gewraakt op "op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden" (art. 36 Rv; art. 8:15 Awb). Dit is een open wrakingsgrond. Een verzoek hiertoe dient te worden ingediend zodra de betreffende feiten of omstandigheden aan de verzoeker bekend zijn geworden. Voorafgaand aan de zitting is het schriftelijk, na aanvang van de zitting kan een dergelijk verzoek ook mondeling. De behandeling wordt na een wrakingsverzoek geschorst (art. 37 Rv, art. 8:16 Awb). Als de rechter niet in de wraking berust (art. 38 Rv; art. 8:17 Awb) wordt de wraking behandeld door een meervoudige kamer van dezelfde rechterlijke instantie (art. 39 Rv; art. 8:18 Awb). Het is in bijzondere gevallen ook mogelijk dat een meervoudige kamer van een andere rechtbank de wraking in behandeling neemt.⁵⁰

In de literatuur bestaat het idee dat wraking vaker oneigenlijk gebruikt wordt.⁵¹ Uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat de wrakingsprocedure in Nederland weinig waarborgen kent tegen dergelijk misbruik. De onderzoekers wijzen erop dat er in andere landen financiële sancties tegen misbruik kunnen worden opgelegd, dat er gebruik wordt gemaakt van limitatief opgesomde wrakingsgronden en dat de zitting in sommige rechtsstelsels niet geschorst wordt.⁵²

Verschoning

Bij verschoning is het de rechter die verzoekt een zaak niet verder te behandelen vanwege twijfel over zijn onpartijdigheid. De wettelijke regeling is geregeld in artikelen 40 en 41 Rv waarvan de inhoud wederom is overgenomen in artikelen 8:19 en 8:20 Awb. Ook hier is het een meervoudige kamer die beslist. De regeling over verschoningsgronden knoopt aan bij de open geformuleerde wrakingsgrond (art. 40 lid 1 Rv jo. art. 36 Rv; art. 8:19 lid 1 Awb jo. art. 8:15 Awb).

Buiten de wettelijke verschoningsprocedure wordt in de praktijk ook gebruik gemaakt van een informele verschoning, ofwel terugtrekking. Dit is gebruikelijk wanneer een rechter voor de zitting tot de conclusie komt dat hij een zaak niet vrij kan behandelen. Bij deze procedure besluit de rechter in overleg met de teamvoorzitter of afdelingsvoorzitter dat een zaak wordt overgedragen aan een collega, zonder nadere procedure. Richtlijnen hiervoor zijn opgenomen in de verschoningsprotocollen van de verschillende gerechtelijke instanties.⁵³

Zaakstoedeling

Idealiter worden wraking en verschoning voorkomen. Voor een belangrijk deel moet dit mogelijk worden geacht door middel van prudentie in de toedeling van

⁵⁰ I. Giesen, F. Kristen, L. Enneking & L. van Lent, 'Op weg naar een nieuwe wrakingsprocedure, meer legitimiteit en minder oneigenlijk gebruik', *NJB* 2013/384, p. 384.

⁵¹ E. Bauw, 'Wat te denken van wraking?', *AA* 2011, p. 202-206.

⁵² I. Giesen, F. Kristen, L. Enneking & L. van Lent, *NJB* 2013/384.

⁵³ Zie het Verschoningsprotocol Gerechtshof 's-Gravenhage, art. 1 en 4.

zaken aan rechters. De wijze waarop deze toedeling plaatsvindt, is niet in de wet geregeld, maar wordt geregeld door diverse bestuursreglementen. Deze relatieve ongeregelde staat in enig contrast met de wetgevende aandacht die het onderwerp in andere Europese landen heeft gekregen.⁵⁴ Mede geïnspireerd hierdoor stuit de wijze van zaakstoedeling in Nederland op kritiek. Volgens Van Emmerik en Schuurmans is een transparante regeling nodig. Volgens hen is er nu sprake van “een catalogus van vrij vage omstandigheden waarmee rekening gehouden mag worden; transparante en navolgbare regels volgen daar echter niet uit”.⁵⁵ D’Oliveira sluit zich hierbij aan met een beroep op artikel 17 Grondwet: volgens hem moet de wet een regeling bieden op basis waarvan de burger van tevoren weet welke specifieke rechter zijn geschil beoordeelt en waarom.⁵⁶

Naar aanleiding van Kamervragen heeft de Minister van Veiligheid en Justitie laten weten dat een nadere regeling zal worden betrokken bij het programma Kwaliteit en Innovatie (KEI) van de Rechtspraak. Het gaat hierbij om een "digitaal rooster- en planningstool waar objectieve criteria een plaats krijgen".⁵⁷

2.4.3.3 Relevantie voor ADR?

Verschillende deelnemers aan de expertmeeting legden ten aanzien van onpartijdigheid vooral de nadruk op de contractsvrijheid van participanten in een ADR-traject. Het werd zo uitgedrukt, dat ‘als partijen akkoord gaan met een partijdige mediator dat hun vrije keuze is’. Daarbij geldt wel dat partijen voor de geschilbeslechting kennis moeten hebben van die partijdigheid en dit niet achteraf blijken. De gedachte werd echter breed gedragen dat het (toch) goed zou zijn als partijdigheid bij een ADR-aanbieder zoveel mogelijk wordt voorkomen. Zoals reeds is opgemerkt in par. 2.4.2.4 betrof dat onder meer het voorkomen van beïnvloeding van de uitkomst van een ADR-traject langs de lijnen van financiële afhankelijkheid (voorkomen dat ‘wie betaalt, bepaalt’). Ook werd aandacht gevraagd voor de omstandigheid dat ADR-aanbieders slechts een beperkt aantal vaste opdrachtgevers hebben en ertegen moeten waken dat de behoefte om vervolgoedprachten veilig te stellen en/of de relatie met deze opdrachtgevers goed te houden, niet conflicteert met de onpartijdigheid van de beslissing of de wijze waarop een conflict wordt begeleid.

Nevenfuncties of –betrekkingen en andere aspecten van onpartijdigheid zijn niet expliciet aan de orde gekomen in de *expert meetings*. Los hiervan kan wel worden

⁵⁴ Zie European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), Minimum Judicial Standards IV. Allocation of Cases – ENCJ Report 2013 – 2014.

⁵⁵ M.L. van Emmerik & Y.E. Schuurmans, ‘Meer transparantie bij rechterlijke zaakstoedeling dringend gewenst’, *NJB* 2016/593, afl. 12, p 798.

⁵⁶ H.U. Jessurun d’Oliveira, ‘Zaakstoedeling en het vleugellamme artikel 17 Grondwet, een oproep tot formele regelgeving’, *NJB* 2016/147, afl. 29 p. 2079-2080.

⁵⁷ *Aanhangsel handelingen II*, 2015-16, 2379.

gesignaleerd dat beslissers en bemiddelaars bij de verschillende vormen van ADR vrijwel steeds een hoofdfunctie elders hebben. Het zijn van arbiter of bindend adviseur is doorgaans een nevenfunctie van vooral advocaten en rechters. Dit in tegenstelling tot de situatie bij overheidsrechtspraak waarbij de beslissingen worden genomen rechters, die het rechterschap als hoofdfunctie uitoefenen en van wie de eventuele nevenfunctie kenbaar zijn uit een nevenfunctieregister. Bij ADR zal het daarom voor partijen lastiger zijn om er zelf achter te komen welke nevenfuncties of –betrekkingen een arbiter, bindend adviseur of mediator heeft en of deze mogelijk van invloed zou kunnen zijn op zijn onpartijdigheid. Primair zullen de aanbieders van ADR dit moeten bewaken en voor een deel gebeurt dat, zoals in het volgende hoofdstuk zal blijken bij de bespreking van de verschillende vormen van ADR en de waarborgen waarover deze thans beschikken. Daarnaast geldt dat binnen het kader van ADR partijen in beginsel meer invloed hebben op de keuze voor de ADR-aanbieder waarmee zij in zee willen gaan en met welke niet. Zo stellen partijen zelf het arbitraal college vast of kiezen voor een mediator.

2.4.4 Overige eisen aan de behandeling van een zaak

Toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter vormt de kern van het recht op een eerlijk proces. Daarnaast kan worden gewezen op andere beginselen die hiermee verband houden. Zonder daarbij volledigheid te betrachten wordt een aantal hiervan in deze paragraaf uitgelicht. Het betreft openbaarheid en motivering, *equality of arms* en het recht op bijstand.

2.4.4.1 Openbaarheid en motivering

De beginselen van openbaarheid en motivering zijn gecodificeerd in artikel 121 Grondwet. Het beginsel van openbaarheid is eveneens opgenomen in artikel 6 EVRM. In de jurisprudentie van het EHRM op grond van dit artikel is het beginsel van motivering eveneens erkend.⁵⁸ Anders dan bestuurders zijn rechters geen verantwoording schuldig aan andere overheidsorganen en –ambten. Dit kan worden begrepen vanuit de eerder besproken onafhankelijkheid. Voorkomen moet echter worden dat rechters in een vacuüm opereren waarin geen enkele controle denkbaar is. Ten aanzien van ‘lagere’ rechtspraak kan deze controle plaatsvinden via appèl- of cassatierechtspraak. Door middel van de beginselen van openbaarheid en motivering is ook publieke controle (en in zekere zin publieke verantwoording) mogelijk.

Openbaarheid van de behandeling van een zaak is nadrukkelijk een beginsel. Zowel Grondwet als EVRM voorzien in dermate ruim geformuleerde uitzonderingsmogelijkheden dat bezwaarlijk kan worden gesproken van een keihard

⁵⁸ EHRM 30 november 1987, zaaknr. 8950/80, (H - Belgium).

‘recht’.⁵⁹ De ratio voor deze uitzonderingen ligt voor een groot deel in het belang van privacy van partijen.⁶⁰ Op de openbaarheid van de uiteindelijke uitspraak staat de Grondwet geen uitzonderingen toe.

Partijen hebben er recht op om te weten op basis van welke argumenten een rechter tot zijn oordeel gekomen is. Dit biedt hen de gelegenheid om na te gaan in hoeverre de door hun in stelling gebrachte argumenten in het oordeel verdisconteerd zijn. Voor partijen die na een uitspraak nog kunnen beschikken over rechtsmiddelen is dit extra belangrijk. Zij hebben een gemotiveerde uitspraak nodig om een zinnig oordeel te kunnen vormen over het al dan niet inzetten daarvan en over de aandachtspunten die zij zullen moeten adresseren ingeval zij ervoor kiezen deze rechtsmiddelen inderdaad in te zetten. Ook voor derden is motivering van belang. Zo kan een deugdelijke motivering inzicht bieden in de vraag wat te verwachten valt in vergelijkbare gevallen. Artikel 121 Grondwet laat echter uitzonderingen toe op dit beginsel, zij het dat deze binnen het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht niet zo talrijk zijn als de uitzonderingen op de openbaarheid van behandeling.

2.4.4.2 Redelijke termijn

Een ander belangrijk aspect van het recht op een eerlijk proces is het recht op een uitspraak binnen een redelijke termijn. Effectieve rechtsbescherming – een basisvoorwaarde voor een rechtsstaat – is immers niet gebaat bij gerechtelijke procedures die zoveel tijd in beslag nemen dat de uiteindelijke uitspraak nog slechts bezwaarlijk kan worden gezien als een directe reactie op normoverschrijdend gedrag.

Het recht op een uitspraak binnen een redelijke termijn is gewaarborgd in artikel 6 EVRM. Ten aanzien van zowel bestuursrechtelijke als civielrechtelijke zaken is Nederland op dit vlak meermalen veroordeeld door het EHRM⁶¹ of heeft Nederland ten overstaan van het EHRM moeten toegeven dat het artikel 6 EVRM geschonden heeft.⁶² Mede in het licht hiervan hebben nationale rechters getracht richtlijnen te ontwikkelen ter voorkoming van overschrijdingen. De verschillende hoogste bestuursrechters hebben hierin sinds 2014 één lijn getrokken. Vanaf het bezwaar tot en met de uitspraak in hoogste instantie zou een bestuursrechtelijke rechtsgang –

⁵⁹ Boogaard en Uzman spreken niet eens van een beginsel, maar van een ‘notie’ van openbaarheid. Zie G. Boogaard en J. Uzman, Commentaar op artikel 121 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2017* (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

⁶⁰ Verder geldt dat de openbaarheid van de behandeling van een zaak via de zogeheten ‘Persrichtlijn’ in zoverre wordt beperkt dat het maken van beeld- en geluidsopnames niet altijd mogelijk is. Zie vooral hoofdstuk 3 van de Persrichtlijn, raadpleegbaar via www.rechtspraak.nl.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 14 mei 2002, zaaknr. 34549/97 (*Meulendijks – Nederland*) of EHRM 3 oktober 2002, zaaknr. 51392/99 (*Göcer – Nederland*).

⁶² Zie EHRM 17 september 2013, zaaknr. 13143/08 (*Van Galen – Nederland*).

eventuele prejudiciële procedures bij het Hof van Justitie van de EU buiten beschouwing gelaten – niet langer dan vier jaar in beslag moeten nemen.⁶³ Binnen de civielrechtelijke jurisprudentie kan een dergelijke algemene norm niet worden aangetroffen.⁶⁴ De grote diversiteit van zaken (met name in complexiteit daarvan) staat daaraan volgens de Hoge Raad in de weg. Daarmee sluit de Hoge Raad overigens aan bij de sterk casuïstische benadering van het EHRM zelf. In de woorden van de Hoge Raad: “Procedures voor de Nederlandse burgerlijke rechter lopen zodanig uiteen in aard, ingewikkeldheid en procesvoering, dat de zaaksgerichte benadering van het EHRM niet kan worden geconcretiseerd in algemene richttermijnen voor een redelijke duur van die procedures.”⁶⁵

Gelet op het belang van rechtspraak binnen een redelijke termijn – maar ook uit oogpunt van doelmatige besteding van schaarse middelen – wordt steeds kritischer gelet op doorlooptijden van zaken. Het is een vaste benchmark geworden in de jaarverslagen van de Raad voor de Rechtspraak.⁶⁶

2.4.4.3 Equality of Arms

Het beginsel van *equality of arms* is ontwikkeld in de jurisprudentie van het EHRM.⁶⁷ De ratio van het beginsel is gelegen in het bieden van de redelijke mogelijkheid een zaak en bijbehorend bewijs naar voren te brengen voor alle partijen. Dit moet bovendien geschieden onder voorwaarden die de partij niet in een substantieel nadeel tegenover opponent brengen.⁶⁸

Uit dit beginsel vloeit voort dat tijdens het onderzoek ter terechtzitting alle processtukken waarop de rechter zijn oordeel kan baseren bij beide partijen bekend moeten kunnen zijn. Het beginsel brengt met zich dat partijen processtukken (waaronder rapporten van deskundigen waarop een oordeel wordt gebaseerd)⁶⁹ moeten kunnen inzien en in staat gesteld moeten worden hierop te reageren. Daarnaast hebben partijen in beginsel het recht getuigen en deskundigen op te roepen en moeten zij in staat gesteld worden elkaars getuigen/deskundigen te horen.⁷⁰

⁶³ Deze rechtseenheid is bewerkstelligd door de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (in een zogeheten Grote Kamer) van 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188.

⁶⁴ Zie voor een uitgebreide bespreking van de ontwikkelingen in de Nederlandse jurisprudentie T.J. Poppema, De redelijke termijn na 29 januari 2014, in: *Trema* 2015/2.

⁶⁵ HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736.

⁶⁶ Deze zijn te raadplegen via jaarverslagrechtspraak.nl.

⁶⁷ EHRM, 17 januari 1970, Zaaknr. 2689/65 (*Delcourt - Belgium*).

⁶⁸ EHRM, 27 oktober 1993, zaaknr. 14448/88 (*Dombo - Nederland*).

⁶⁹ EHRM, 18 maart 1997, zaaknr. 21497/93 (*Mantovanelli - France*) en EHRM 19 juli 1995, *Kerojärvi - Finland*, Series A vol. 322.

⁷⁰ EHRM, 18 maart 1997, zaaknr. 21497/93 (*Mantovanelli - France*).

Wederom moet worden vastgesteld dat het beginsel van *equality of arms* geen equivalent vindt in de Nederlandse Grondwet. Uit het Nederlandse procesrecht blijkt grosso modo wel de aspiratie heeft om aan dit beginsel te voldoen. Talloze bepalingen uit zowel Rv als Awb kennen een ratio die op zijn minst deels overeenkomt met dit beginsel. Te denken valt aan regels omtrent repliek en dupliek, inzichtelijkheid van stukken, het oproepen van getuigen en deskundigen en het kunnen ondervragen van de getuigen en deskundigen die door de wederpartij zijn opgeroepen. Ook bepaalde in het procesrecht opgenomen termijnen (bijvoorbeeld voor het indienen van stukken of het oproepen van getuigen) hebben mede als achtergrond dat de wederpartij zich hierop fatsoenlijk moet kunnen voorbereiden. Ten aanzien van dergelijke termijnen moet echter worden voorkomen dat deze niet zo knellend werken dat zij op gespannen voet komen te staan met andere aspecten van het recht op een eerlijk proces, in het bijzonder het voorkomen van excessieve formaliteiten (zie paragraaf 4.1).

In *Steel & Morris - VK*⁷¹ wordt uit het beginsel van *equality of arms* in uitzonderlijke gevallen ook een recht op kosteloze rechtsbijstand afgeleid. Hierop zal in paragraaf 4.4.4 worden ingegaan.

2.4.4.4 Recht op bijstand

Artikel 18 lid 1 GW garandeert het recht op rechtsbijstand. Op grond van dit lid kan iedereen zich in rechte en in administratief beroep doen bijstaan. Hoewel de plaats in de Grondwet doet vermoeden dat het hier een sociaal grondrecht betreft is dat voor het eerste lid bepaald niet het geval.⁷² Beperkingen zijn mogelijk – vooral ten aanzien van de vraag door wie men zich mag laten bijstaan – maar uit de grondwetgeschiedenis kan worden afgeleid dat deze beperkingen niet van dien aard mogen zijn dat iemand feitelijk van dit recht wordt uitgesloten.⁷³ Het recht op rechtsbijstand worden in het EVRM (art. 6 lid 3 onder c) en het IVBPR (art. 14 lid 3 onder b) alleen expliciet gegarandeerd ten aanzien van de strafrechtspleging.

Het tweede lid van artikel 18 GW moet wel worden beschouwd als een sociaal grondrecht.⁷⁴ Het bevat een opdracht aan de wetgever om regels te stellen omtrent gefinancierde rechtsbijstand. Het recht vloeit ook voort uit de verdragen. In artikel 47 Handvest grondrechten EU wordt gefinancierde rechtsbijstand geplaatst in de sleutel van de toegang tot de rechter door te stellen dat: “[r]echtsbijstand wordt verleend aan diegenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voorzover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.” Het EVRM noemt de mogelijkheid van gefinancierde bijstand niet expliciet, maar in de jurisprudentie van het EHRM kunnen voorbeelden worden

⁷¹ EHRM, 15 februari 2015, zaaknr. 68416/01 (*Steel & Morris v UK*)

⁷² Zo ook Barkhuysen e.a. (2009), p. 14-15 en *Fleminx* (2013), par. 1.

⁷³ *Kamerstukken II* 13873, 3, p. 8-9.

⁷⁴ Zo ook Barkhuysen e.a. (2009), p. 14-15.

aangetroffen waarin uit het recht op feitelijke toegang tot de rechter een dergelijk recht wordt gedestilleerd.⁷⁵

Als gezegd, het EHRM is in het verleden ook langs het beginsel van *equality of arms* (weliswaar in uitzonderlijke gevallen) op een recht op gefinancierde rechtsbijstand uitgekomen. In *Steel & Morris – VK* oordeelt het EHRM dat het beginsel van *equality of arms* in beginsel geen plicht tot het verlenen van kosteloze rechtsbijstand met zich brengt. In de specifieke omstandigheden van het geval stelde het Hof echter dat gefinancierde rechtsbijstand wel op zijn plaats was geweest, gezien de omvang en gecompliceerdheid en de vrijheid van meningsuiting die in de zaak centraal stond.⁷⁶

In Nederland biedt de Wet op de rechtsbijstand de invulling van de in artikel 18 lid 2 GW gegeven wetgevingsopdracht. Deze wet voorziet in de instelling van de Raad voor de rechtsbijstand en bevat de regels omtrent de verlening van gefinancierde rechtsbijstand. Gelet op de kosten die gefinancierde rechtsbijstand met zich brengt, bestaat momenteel discussie over de vraag of het stelsel kan worden herzien.

2.4.4.5 Relevantie voor ADR?

De in de vorige subparagraaf behandelde beginselen zijn besproken tijdens de expertmeeting. Daarbij werd duidelijk dat *openbaarheid* voor de meeste vormen van ADR niet als een relevante waarborg werd beschouwd. Voor een deel werd zelfs het tegendeel betoogd. De vertrouwelijke setting waarbinnen partijen – vooral in het kader van mediation – werken aan de oplossing van hun geschil werd door de meeste deelnemers aan de expertmeeting als zodanig wezenlijk ervaren dat openbaarheid in veel gevallen niet alleen irrelevant, maar ook onwenselijk werd geacht. Dat laatste geldt ook bij arbitrage, waarvoor in veel gevallen – bijvoorbeeld in verband met bedrijfsbelangen – nu juist wordt gekozen vanwege het niet-openbare karakter ervan.

Ten aanzien van *motivering* werd aangegeven dat de noodzaak daarvan mede afhankelijk is van de rol van de ADR-aanbieder. Is deze een geschilbeslechter (bijvoorbeeld een arbiter of iemand die bindend advies geeft), dan ligt enige mate van motivering voor de hand. Vervult de ADR-aanbieder de rol van procesbegeleider, dan ligt het bepaald niet in de rede dat het op diens pad ligt om de door partijen bereikte uitkomst van een motivering te voorzien.

Geschiloplossing binnen *redelijke termijn* werd door vrijwel alle deelnemers aan de expertmeeting van belang geacht, zij het dat dit bij ADR thans – naar het oordeel

⁷⁵ EHRM 9 oktober 1979, (*Airey – Ierland*), NJ 1980/376. Zie ook Redactioneel, “Goede gefinancierde rechtshulp: een noodzakelijke voorwaarde voor effectieve toegang tot de rechter en een eerlijk proces”, NJCM-Bulletin 2008, p. 1113-1115.

⁷⁶T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM’, *Trema* 2006/4, p. 137 - 138

van de deelnemers – in de praktijk reeds betere resultaten oplevert van bij reguliere rechtspraak. Mede daarom werd behandeling binnen een redelijke termijn niet gezien als een beginsel dat in het verloop van dit onderzoek een prominente rol zou hoeven spelen. Tevens geldt hier, dat naarmate partijen meer zeggenschap hebben over het proces en de uitkomst van ADR – en die is bij mediation bij uitstek veel groter dan bij de beide andere vormen – het minder in de rede ligt dat anderen zich met de redelijkheid van de termijn die partijen zich gunnen om ‘eruit te komen’ zouden moeten bemoeien.

Het beginsel van *equality of arms* is op verschillende manieren in de discussie betrokken. Vrijwel alle deelnemers waren het erover eens dat de meer formele aspecten van *equality of arms* – hoor en wederhoor, het recht om (tijdig) elkaars stukken in te zien etc. – eveneens relevant zijn voor ADR. Daarnaast is de vraag aan de orde gekomen of in het kader van ADR niet ook een meer materiële invulling van *equality of arms* van belang is. Daarbij zou het gaan om een zekere mate van ongelijkheidscompensatie in die gevallen waarin één van beide partijen in een zodanig minder sterke uitgangspositie verkeert, dat de machtsverhouding tussen partijen in termen van middelen en vermogens sterk uit balans is. Deelnemers verschilden van opvatting over de mate waarin hier een rol voor de ADR-aanbieder is weggelegd. Wel werd aangegeven – zeker in de sessie die werd afgenomen met ADR-aanbieders zelf – dat hiermee in de praktijk wel degelijk rekening gehouden wordt.

Ten aanzien van het *recht op bijstand* (begrepen als het recht van partijen om zich te laten bijstaan door een ander dan de ADR-aanbieder zelf), ten slotte, werd aangegeven dat dit bij sommige vormen van ADR standaard geregeld is. Bij minder strak gereguleerde vormen van ADR werd dit vooral gezien als een onderwerp waarover partijen onderling overeenstemming dienden te bereiken. *Financiering* van deze vorm van bijstand was voor de meeste deelnemers aan de expertmeeting niet aan de orde.

2.5 De rechter en (andere) fundamentele rechten

In paragraaf 2 is reeds opgemerkt dat de bescherming van fundamentele rechten een integraal onderdeel is van de rechtsstaat. In veel gevallen wordt van de rechter gevergd dat hij deze bescherming biedt. Als overheidsorgaan is immers ook de rechter gebonden aan deze rechten; niet alleen aan het recht op een eerlijk proces.

In geschillen waarin de overheid tegenover een burger staat, ligt dit voor de hand. Van oudsher zijn fundamentele rechten (grondrechten, mensenrechten) geschreven voor dergelijke verticale relaties. In dergelijke gevallen is de beperkingsclausule van het betreffende grondrecht leidend en zal een beperking doorgaans alleen mogelijk zijn wanneer daarin is voorzien in een afzonderlijk wettelijk voorschrift. In veel gevallen zal de rechter ook moeten vaststellen of de beperking past binnen de daarvoor gegeven doelcriteria en bij de toepassing van het EVRM zal eveneens – conform de standaardformulering in vrijwel alle beperkingsclausules binnen dit verdrag – moeten worden vastgesteld of de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving.

Ingewikkelder ligt dit in een horizontale relatie. Beperkingsclausules zijn niet geschreven met dergelijke situaties in het achterhoofd waardoor zij hier eigenlijk niet bruikbaar zijn.⁷⁷ In horizontale relaties – en dus in civiele zaken waarin grondrechten een rol spelen – worden fundamentele rechten doorgaans door de rechter meegewogen als element in een belangenafweging. Daarin lijkt enige vrijblijvendheid te schuilen, maar dat valt mee. Doet een rechter dit namelijk niet, of niet afdoende, dan kan het EHRM daarin aanleiding zien Nederland te veroordelen wegens schending van het EVRM.

2.5.1 Relevantie voor ADR?

Hoewel er ook voorbeelden van toepassing van ADR zijn in de verhouding overheid-burger, geldt doorgaans dat binnen de context van ADR wordt gezocht naar een oplossing in een horizontaal conflict. Waar ADR leidt tot een (vaststellings)overeenkomst, geldt dat deze niet én in strijd mag zijn met dwingend recht én naar inhoud of strekking tevens in strijd met de goede zeden of de openbare orde (art. 7:902 BW, zie ook hierna par. 3.3.1). Het is mogelijk is om de werking van bepaalde fundamentele rechten contractueel in te perken. Te denken valt aan de profwielrenner die contractueel, via de voorwaarden van zijn proflicentie, akkoord gaat met al dan niet aangekondigde dopingcontroles). Tegelijkertijd zijn deze mogelijkheden niet onbeperkt. In die gevallen waarin de ADR-aanbieder optreedt als beslechter van het geschil, kan ervoor worden gepleit dat deze de grenzen die worden opgeworpen door deze fundamentele rechten in het oog houdt. Tijdens de expertmeetings spitste de discussie zich vooral toe op de verantwoordelijkheden van

⁷⁷ Een arrest waarin de Hoge Raad dit bij hoge uitzondering wel doet is HR 18 juni 1993, *NJ* 1994/347 (*Verplichte Aidstest*).

de ADR-aanbieder die optreedt als procesbegeleider (vooral mediators). Verschil van opvatting bestond over de mate waarin deze verantwoordelijk kan worden gehouden voor een uitkomst die in overeenstemming is met fundamentele rechten. Door de meeste deelnemers werd de autonomie van partijen benadrukt, waarbij voor de procesbegeleider geen grotere rol weggelegd is dan het wijzen van partijen op mogelijke gevolgen van de afspraken die zij wensen te maken ('informed consent').

2.6 Conclusie

De rechtsstatelijke waarborgen voor de rechtspraak omvatten meer dan alleen het recht op een eerlijk proces. De gebondenheid van de overheid (en dus ook de rechter) aan het recht en het waarborgen van fundamentele rechten zijn daarvan eveneens belangrijke onderdelen.

Dat gezegd zijnde, vormt het recht op een eerlijk proces wel de kern van de rechtsstatelijke waarborgen met betrekking tot rechtspraak. In dit hoofdstuk is een aantal van de elementen daarvan uitgelicht. Zo is de toegang tot de rechter essentieel en hoort daarbij eveneens dat de rechter over alle relevante (juridische) aspecten van een zaak mag oordelen ('full jurisdiction').

Voorts is van belang dat de rechter onafhankelijk is. Dat wil zeggen dat hij niet oneigenlijk moet kunnen worden beïnvloed door ambten en organen van de overige staatsmachten. Zowel de Wet RO als de Wvra voorzien in mechanismen om deze onafhankelijkheid zoveel mogelijk te garanderen waar het gaat om de rechtspositie van de rechter, de institutionele inbedding van de rechtspraak als zodanig en het voorkomen van inmenging in specifieke zaken. Gelet hierop kunnen de sturingsmogelijkheden voor de minister voor de rechtspraak slechts zeer beperkt zijn.

Een volgend aspect betreft de onpartijdigheid van een rechter. Onpartijdigheid ziet op de relatie tussen de rechter en één of meer partijen en dient ter voorkoming van rechterlijke vooringenomenheid. In de praktijk gaat het bij het vaststellen of een rechter onpartijdig is meestal niet om de vraag of een rechter daadwerkelijk vooringenomen is (subjectieve partijdigheid), maar om de vraag of een rechter dit – gegeven een bepaalde context – zou kunnen zijn (objectieve partijdigheid). Dit laatste krijgt vooral gestalte door middel van een risicoanalyse: leidt een combinatie van omstandigheden – bijvoorbeeld een rechter in een zaak is eerder in een andere capaciteit bij dezelfde zaak betrokken geweest – tot de redelijke angst bestaat dat een rechter (bewust of onbewust) vooringenomen zou kunnen zijn.

Tot slot is een aantal andere elementen van het recht op een eerlijk proces besproken, zoals de openbaarheid van behandeling en uitspraak, de motivering van rechterlijke oordelen, het beginsel van rechtspraak binnen een redelijke termijn, het recht op bijstand en het beginsel van *equality of arms*. Allen zijn, om uiteenlopende redenen, essentieel voor een eerlijk proces.

De vervolgvraag is uiteraard geweest of deze beginselen en rechten ook essentieel zijn voor (alle vormen van) ADR. In verschillende subparagrafen van dit hoofdstuk is deze vraag – aan de hand van de bespreking daaromtrent in de expertmeetings – aan de orde gesteld. Van de eisen die aan reguliere rechtspraak worden gesteld in het kader van het recht op een eerlijk proces, blijkt een aantal inderdaad enige relevantie te hebben voor (verschillende vormen van) ADR. Dit betreft onder meer het recht op *toegang tot een rechter*. Volgehouden kan worden dat een stijging van het aantal conflicten dat middels ADR wordt opgelost en het aanmoedigingsbeleid dat dienaangaande van overheidswege wordt gehanteerd niet zo ver mogen gaan dat iemand tegen zijn wil mag worden afgehouden van zijn recht op geschilbeslechting door een overheidsrechter.

Er zijn ook beginselen van een eerlijk proces waarvan kan worden volgehouden dat een ‘vertaling’ naar de context van ADR zinvol is. Hierbij gaat het vooral om aspecten van *onpartijdigheid, motivering, het recht op bijstand en equality of arms*. Daarmee is echter niet gezegd dat deze één-op-één zouden kunnen worden vertaald naar een *eis* voor ADR, laat staan voor alle vormen van ADR. Zo zal voor de aanbieder van ADR die vooral optreedt als procesbegeleider (zoals de mediator) minder reden zijn om een uitkomst zelfstandig van een motivering te voorzien en zal het in dergelijke procedures van de partijen zelf afhankelijk (kunnen) zijn in hoeverre zij accepteren dat partijen zich laten bijstaan door anderen (niet zijnde de mediator).

Strikt genomen speelt het beginsel van onafhankelijkheid in het kader van ADR een beperkte rol. Dit beginsel richt zich op de relatie tussen de rechter en de overige staatsmachten en zou in die zin alleen toepasbaar kunnen zijn op ADR-trajecten tussen een burger en de overheid. Een aantal uitwerkingen van het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid zou echter wel degelijk ‘vertaling’ kunnen verdienen voor toepassing binnen ADR-trajecten. Hierbij gaat het vooral om het voorkomen dat de ADR-aanbieder in een relatie van financiële afhankelijkheid staat ten opzichte van één van de partijen (via stelselmatige financiering of via de noodzaak vervolgoopdrachten van deze partij te acquireren) op een wijze die de geschilbeslechting of procesbegeleiding in concrete gevallen beïnvloedt. Bij reguliere rechtspraak bestaan instrumenten ter voorkoming hiervan in het kader van *onafhankelijkheid* (de rechter ontvangt zijn middelen immers van de andere staatsmachten). Bij ADR in horizontale verhoudingen gaat het hier eigenlijk om *onpartijdigheid*.

De gebondenheid van de rechter aan regels van dwingend recht kan een rol spelen in ADR-trajecten. Dit is vooral afhankelijk van de mate waarin partijen (hebben kunnen) afspreken dat het geschil al dan niet wordt beslecht langs juridische lijnen. Voorts *kan* ook hier het verschil tussen ADR waarbij de aanbieder optreedt als beslechter van het geschil en ADR waarbij de aanbieder optreedt als

procesbegeleider relevant zijn.⁷⁸ In dat laatste geval behouden partijen zelf een belangrijke (wellicht zelfs de primaire) verantwoordelijkheid voor het tot stand komen van een rechtsgeldige overeenkomst. Wel kan van ADR-aanbieder (in ieder geval van een professionele ADR-aanbieder) worden verwacht dat deze partijen erop wijst dat zij mogelijk een onrechtmatige overeenkomst sluiten ('informed consent'). Voor de gebondenheid aan fundamentele rechten geldt, grosso modo, hetzelfde.

Tot slot kan worden gewezen op rechtsstatelijke beginselen die voor ADR niet relevant zijn of die uit de aard van ADR niet problematisch te achten zijn. Dit laatste geldt voor geschilbeslechting binnen een *redelijke termijn*, het voorkomen van *excessieve formaliteiten*. Juist omdat ADR voorziet in een laagdrempelige en relatief snelle procedure, lijken deze beginselen in het verloop van dit onderzoek geen prominente rol te hoeven spelen. Voor het beginsel van *openbare behandeling* van rechtsgedingen lijkt bij verschillende vormen van ADR geen plaats. In veel gevallen zou juist de vertrouwelijkheid die bij ADR kan worden betracht, bevorderend werken voor geschiloplossing.

In de volgende hoofdstukken zal ten aanzien van de meest prominente, in dit hoofdstuk gesignaleerde, rechtsstatelijke waarborgen de proef op de som worden genomen in een ADR-context. Bekeken zal worden of – en zo ja: in hoeverre – deze waarborgen in theorie en praktijk (zie de *case studies*) een rol spelen.

⁷⁸ Dat hoeft niet altijd relevant te zijn. In het kader van bindend advies bestaat de wettelijke mogelijkheid (art. 7:902 BW) om af te wijken van dwingend recht, zie ook paragraaf 3.3.3.

Hoofdstuk 3. Alternatieve geschiloplossing in Nederland

3.1 Inleiding

In Nederland is de beslechting van privaatrechtelijke geschillen opgedragen aan de rechter (art. 112 GW). Men kan echter alternatieven kiezen voor de ‘gebruikelijke’ gang naar de overheidsrechter. In dat geval wordt doorgaans gesproken van ‘alternatieve oplossing’, ook wel *alternative dispute resolution* (ADR). In dit hoofdstuk wordt nader geduïd wat hieronder moet worden verstaan en hoe het beeld van het aanbod van de verschillende vormen van ADR eruitziet.

Voor een definitie van wat buitengerechtelijke geschiloplossing is, sluiten wij aan bij een definitie zoals die ook door het WODC wordt gehanteerd: *buitengerechtelijke procedures zijn procedures waarin personen of instanties met advies- of beslissingsbevoegdheid of met een faciliterende rol in een geschil al dan niet vrijwillig door de rechtzoekende worden ingeschakeld voorafgaand aan of in plaats van een beroep op de rechter.*⁷⁹

In het licht van deze definitie worden buitengerechtelijke geschiloplossing als volgt van andere vormen van geschilgedrag onderscheiden:

1. De term buitengerechtelijke geschiloplossing staat voor procedures die tot doel hebben om geschillen tussen partijen op te lossen. Procedures waarin wel beslissingen worden genomen, maar die niet primair zijn gericht op het beslechten van geschillen (bijvoorbeeld tuchtrecht), scharen we niet onder de buitengerechtelijke geschiloplossing.
2. Buitengerechtelijke geschiloplossing betreft geschillen van twee (of meer) partijen waarbij een derde bij het geschil wordt betrokken, die geen rechtstreeks aandeel in het geschil heeft, maar intervenueert in het kader van een specifieke rol. Die rol kan bemiddeling zijn of het nemen van een beslissing.⁸⁰
3. Een derde kenmerk van een buitengerechtelijke geschiloplossing is dat het geschilbeslechting is met een zekere formele aard, in tegenstelling tot meer informele vormen van geschilbeslechting, zoals een wijkagent die bemiddelt bij een burenruzie. Een *procedure*, in dit verband, houdt in dat een min of meer vaste methodiek wordt gevolgd en dat algemene regels formeel worden toegepast.
4. Het vierde en laatste criterium voor verdere afbakening is het *structurele karakter* van de procedure, in tegenstelling tot incidentele of ad hoc geschilbeslechting.

Op basis van deze criteria kunnen binnen de alternatieve geschiloplossing drie (hoofd)vormen worden onderscheiden: arbitrage, bindend advies en mediation.⁸¹

⁷⁹ WODC Cahier 2006-6.

⁸⁰ Van Velthoven & Ter Voert 2004, 51.

⁸¹ Aldus ook de Beleidsbrief ADR 2000-2002, *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 352, 19.

Arbitrage is het door partijen onderwerpen van een geschil aan een derde, die een bindende beslissing neemt over de beslechting van het geschil, maar niet optreedt in de hoedanigheid van overheidsrechter.⁸² Een bindend advies is een uitspraak in opdracht van partijen door een of meer derde(n), waarmee een einde wordt gemaakt aan een onzekere situatie, of waarmee een of meer geschillen worden beslecht. Een bindend advies leidt tot een vaststellingsovereenkomst. Bindend advies is vooral van toepassing op consumentengeschillen, onder de koepel van de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC). Niettemin wordt bindend advies ook ingeroepen bij geschillen tussen natuurlijke personen onderling.

Arbitrage en bindend advies lijken op elkaar. Zowel arbitrage als bindend advies zijn vormen van particuliere geschilbeslechting door een derde partij die berust op overeenkomst. *Beslechting* van geschillen dus. Slechts geschillen over rechten die ter vrije beschikking van partijen staan kunnen aan een arbiter of een bindend adviseur worden voorgelegd. De belangrijkste elementen van de procedure volgens welke de arbitrage verloopt zijn in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld. Dat is bij bindend advies niet het geval, daardoor valt arbitrage, meer op één lijn te stellen met overheidsrechtspraak dan bindend advies. Een ander belangrijk verschil tussen arbitrage en bindend advies betreft de tenuitvoerlegging. Ook al leveren beide geen executoriale titel op, in geval van arbitrage is die eenvoudig te verkrijgen doordat de voorzieningenrechter op verzoek van één van de partijen verlof tot tenuitvoerlegging kan verlenen. Bij bindend advies dient de naleving van de door de beslissing van de bindend adviseur tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst langs de voor overeenkomsten gebruikelijke manier te worden afgedwongen.

Mediation verschilt in die zin van arbitrage en bindend advies, dat de ingeschakelde derde geen beslissing neemt in het geschil. Vandaar de aanduiding *geschiloplossing*. Mediation is een vorm van bemiddeling waarbij een neutrale professional/deskundige, de mediator, het overleg tussen partijen begeleidt. Partijen geven de beslissing over hun geschil niet uit handen, maar beslissen daar gezamenlijk over onder begeleiding van de mediator. De begeleiding van de mediator richt zich daarbij op het herstellen van de communicatie tussen partijen en vervolgens op de achter de rechten en plichten liggende emoties van partijen. Daarbij wordt breder gekeken dan naar het (juridische) geschil alleen en wordt het conflict en de achterliggende belangen in de volle breedte meegenomen. De uitkomst van mediation is bindend voor zover deze resulteert in een vaststellingsovereenkomst. De naleving van deze overeenkomst kan zo nodig langs de gebruikelijke weg – via de civiele rechter - worden afgedwongen.

In dit hoofdstuk worden de drie (hoofd)vormen van ADR nader belicht. Dat zal gebeuren in de volgorde van meer formele *geschilbeslechting* (arbitrage en bindend advies) naar meer informele *geschiloplossing* (mediation). Achtereenvolgens wordt van deze vormen behandeld: het juridisch kader, een beschrijving van de diverse

⁸² Brenninkmeijer, van Ewijk en van der Werf, 2002: 15

verschijningsvormen en de omvang ervan, tot slot, een identificatie van relevante waarborgen.

Maar voordat de drie (hoofd)vormen van ADR nader worden belicht eerst een paar woorden over *Online Dispute Resolution* (ODR). Dit omdat alle drie de vormen van ADR ook online worden aangeboden,⁸³ waarbij gebruik gemaakt digitale middelen van conflictbeslechting en conflictoplossing. Tegenwoordig is het immers vrij gebruikelijk voor mensen dat wanneer zij een (juridisch) probleem ervaren, zij dit zelf proberen op te lossen door online te zoeken naar mogelijkheden.⁸⁴ Daarnaast heeft ODR een aantal voordelen, zoals dat het uitermate toepasselijk is voor geschillen die online zijn ontstaan, maar ook is een feitelijke ontmoeting tussen de partijen niet nodig, hetgeen tijd en geld kan besparen.⁸⁵ Nadelen van ODR zijn juist het gebrek aan *face-to-face* contacten en technologische problemen.⁸⁶

Verdonschot signaleert in dat verband drie trends.⁸⁷ Ten eerste heeft de hier gesignaleerde ontwikkeling geleid tot een ‘digitalisering van het aanbod aan juridische dienstverlening.’ Dit komt omdat enerzijds het particuliere online aanbod voor burgers om zich te laten adviseren of ondersteunen groter wordt,⁸⁸ terwijl anderzijds de reguliere Nederlandse rechtspraak ook een digitaliseringsslag ondergaat.⁸⁹ Een tweede trend die hiermee gepaard gaat is dat de rol van juridische adviseurs steeds kleiner wordt omdat burgers zelf (op een makkelijke manier) informatie kunnen opzoeken.⁹⁰ Dit betekent overigens niet dat burgers hierdoor helemaal geen behoefte hebben aan persoonlijke professionele juridische

⁸³ M.J. Ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, 2015, *Geschilbeslechtigingsdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC, p. 27 schrijven: “Tot ODR (*online dispute resolution*) wordt – althans in de Nederlandse context – gerekend het via digitale kanalen onderhandelen, bemiddelen en arbitrereren.”

⁸⁴ J.M. Barendrecht, *Understanding the market for justice* (paper Tilburg Law School), 2009, zie http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416841.

⁸⁵ M.J. Ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, 2015, *Geschilbeslechtigingsdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC, p. 49.

⁸⁶ M.J. Ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, 2015, *Geschilbeslechtigingsdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC, p. 49.

⁸⁷ J.H. Verdonschot, ‘De technologie van toegang tot het recht’, *Justitiële verkenningen* 2014,1.

⁸⁸ A. Buck, P. Pleasance & N. Balmer, ‘Do citizens know how to deal with legal issues? Some empirical insights’, *Journal of Social Policy* 2008, p. 661-681.

⁸⁹ J.H. Verdonschot, ‘KEI en ODR, hand in hand vooruit’, *Recht der Werkelijkheid* 2016,2. Zie hierover: www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rechtspraak-en-geschiloplossing/vernieuwing-in-de-rechtspraak/programma-kwaliteit-en-innovatie-rechtspraak-kei

⁹⁰ J.H. Verdonschot, ‘De technologie van toegang tot het recht’, *Justitiële verkenningen* 2014,1.

dienstverlening; in veel gevallen wordt deze alsnog ingeschakeld.⁹¹ Tot slot wordt in grotere mate juridische dienstverlening ‘ontward’ aangeboden. Ontwarde diensten, zo schrijft Verdonkschot,⁹² zijn diensten met een beperkte reikwijdte en duidelijke afbakening, zoals het juridisch coachen van mensen tijdens onderhandelingen of wanneer zij zichzelf vertegenwoordigen in een procedure, of het schrijven van een juridische brief.

In Nederland bestaat een groot aantal online voorzieningen voor informatie, advies (rechtshulp) en procedures waarop bij problemen een beroep kan worden gedaan. De *Geschilbeslechtingdelta 2014* noemt bijvoorbeeld de volgende: Rechtwijzer,⁹³ Consuwijzer,⁹⁴ websites van rechtsbijstandsverzekeraars, de Consumentenbond, grotere webwinkels (zoals Wehkamp), Marktplaats en eBay. Over de gevolgen van digitalisering van het aanbod aan juridische dienstverlening voor de aanpak die burgers kiezen voor het oplossen van hun geschillen zijn geen empirische studies voorhanden.⁹⁵

Op Europees niveau heeft eveneens een digitaliseringsslag plaatsgevonden. De Europese Commissie heeft een platform gelanceerd om consumenten en handelaren te helpen om geschillen te beslechten over zowel nationale als grensoverschrijdende aankopen. De geschillen worden voor de nationale instanties voor alternatieve geschillenbeslechting gebracht die bij het platform zijn aangesloten. Op dit moment zijn 117 ADR-instanties in 17 lidstaten aangesloten, er zijn weinig algemene procedures: elk geschillenorgaan hanteert eigen regels en procedures.⁹⁶ Op Europees niveau bestaan al sinds de latere jaren negentig aanbevelingen en regulering wat betreft ODR, bijvoorbeeld de *Recommendation on Arbitration* van 1998 en over online mediation (2001, rec 98/257/CE) en de Mediationrichtlijn van 2008.⁹⁷

In 2013 is de verordening betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG

⁹¹ A. Currie, *Self-helpers need help too*, 2010, www.lawforlife.org.uk/index.php/research-and-theory/self-helpers-need-help-too (laatst bezocht 13 september 2017); J. Macfarlane, *The National Self-Represented Litigants Project: Identifying and meeting the needs of self-represented litigants* (Final report), 2013.

⁹² J.H. Verdonkschot, ‘De technologie van toegang tot het recht’, *Justitiële verkenningen* 2014,1, p. 78.

⁹³ <http://rechtwijzer.nl/> (laatst bezocht 13 september 2017).

⁹⁴ <https://www.consuwijzer.nl/> (laatst bezocht 13 september 2017).

⁹⁵ M.J. Ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, 2015, *Geschilbeslechtingdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC, p. 51.

⁹⁶ <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home.chooseLanguage> (laatst bezocht 13 september 2017).

⁹⁷ M.J. Ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, 2015, *Geschilbeslechtingdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC, p. 49.

(verordening ODR consumenten) in werking getreden, om dit platform mogelijk te maken. Deze verordening heeft als doel om ODR te vergemakkelijken en te bevorderen, nu ODR een ‘eenvoudige, doelmatige, snelle en goedkope buitengerechtelijke oplossing voor geschillen biedt.’⁹⁸ De verordening richt zich overigens alleen op geschillen die voortvloeien uit online transacties. In de verordening wordt aandacht besteed aan verschillende rechtsstatelijke waarborgen, hoewel het hoofddoel is om marktwerking in de Europese Unie te bevorderen.⁹⁹ Deze waarborgen zien vooral op privacy met betrekking tot de data opgeslagen door het platform, nu de concrete procedures afhankelijk zijn van de verschillende nationale ADR-aanbieders.

Al deze trends vergroten enerzijds de toegang tot het recht, maar dragen ook het risico deze te beperken. De voordelen, zoals hiervoor geschetst, zijn legio. In het geval van een goed ontwikkeld online systeem kunnen burgers deels geautomatiseerde, deels persoonlijke hulp krijgen bij alle aspecten van hun juridisch probleem.¹⁰⁰ De kosten liggen beduidend lager, en in veel gevallen zijn er wel professionele juridische specialisten achter het systeem. Om tegemoet te komen aan eventuele risico’s die ODR meebrengt worden verschillende standaardnormen ontwikkeld om toegang tot het recht te waarborgen.

In het internationale debat, tenslotte, is meerdermaal reeds de vraag opgeworpen of ODR gejuridiseerd moet worden, of dat daarmee de een informele aanpak waar de burger naar opzoek is teniet wordt gedaan.¹⁰¹ Het gros van de suggesties om de problemen die zich voordoen zien op het vormgeven van *soft ethical principles* in ODR.¹⁰² Dit moet voorkomen dat de online procedures dusdanig formaliseren dat

⁹⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=NL> (laatst bezocht 13 september 2017), overweging (8).

⁹⁹ Verordening te raadplegen via: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=NL> (laatst bezocht 13 september 2017).

¹⁰⁰ Zie hierover uitgebreider J.H. Verdonschot, ‘De technologie van toegang tot het recht’, *Justitiële verkenningen* 2014,1 over M-Sheria en Rechtwijzer 2.0.

¹⁰¹ Zie onder meer: N. Bensley, ‘Online Dispute Resolution’, *American Bar Association* 2004,6,4, p. 4; R. Morek, ‘The Regulatory Framework for Online Dispute Resolution: A Critical View’, *Toledo Law Review* 2006, 38, 1, p. 163-192; D. Rainey, ‘Third-Party Ethics in the Age of the Fourth Party’, *International Journal of Online Dispute Resolution*, 2014,1,1, p. 37-56; S.J. Shackelford & A.H. Raymond, ‘Building the Virtual Courthouse: Ethical Considerations for Design, Implementation, and Regulation in the World of ODR’, *Wisconsin Law Review* 2014, 3, p. 614-657; K.C. Liyanage, ‘The Regulation of Online Dispute Resolution: Effectiveness of Online Consumer Protection Guidelines’, *Deakin Law Review* 2012, 17, 2, p. 251-282.

¹⁰² Zie bijvoorbeeld: L. Wing, ‘Ethical Principles for Online Dispute Resolution’, *International Journal on Online Dispute Resolution* 2016,3,1, p. 12-29.

alle informele voordelen verdwijnen.¹⁰³ De genoemde *principles* zijn gelijkheid, toegang tot de rechter, verantwoordelijkheid, vertrouwelijkheid, *equality of arms*, eerlijkheid, onpartijdigheid, *informed consent*, innovatie, legaliteit, bescherming tegen *contra legem*, transparantie. Zeer vergelijkbaar met de eerder beschreven rechtsstatelijke waarborgen. Deze richtlijnen zien veelal op de competenties van de online geschilbeslechte met betrekking tot deze waarborgen, met als veelgenoemde optie een zekere *stamp of approval* waardoor burgers enigszins voorgelicht worden over de deskundigheid van de online geschilbeslechter.¹⁰⁴

3.2 Arbitrage

3.2.1 Juridisch kader

Arbitrage is geschilbeslechting door (één of meer) arbiters. Het vervangt de procedure voor de overheidsrechter. Arbitrage wordt veelal toegepast bij contractuele geschillen tussen bedrijven, maar ook arbitrage tussen overheden of tussen overheid en bedrijven komt voor. Ook kan arbitrage tussen consumenten en bedrijven voorkomen.¹⁰⁵ Arbitrage wordt ook wel aangeduid als ‘private rechtspraak’.¹⁰⁶ Arbitrage wordt door de partijen zelf gefinancierd en om een geschil ter beslechting te kunnen voorleggen aan arbiters is een arbitrageovereenkomst nodig. Dat is een contractuele afspraak tussen partijen voorafgaand aan of na het ontstaan van het geschil. Een voorafgaande afspraak komt voor in de vorm van een arbitraal beding in een overeenkomst of als onderdeel van de algemene voorwaarden van een overeenkomst. Partijen spreken dan af toekomstige geschillen aan arbitrage te onderwerpen. Omdat een arbitraal college niet altijd als onafhankelijk of onpartijdig kan worden ervaren, is een dergelijk beding in relatie tot consumenten op de zwarte lijst van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden geplaatst (art 6:236 onderdeel n BW), zodat de consument de keuze kan maken tussen arbitrage of de overheidsrechter. Bestaat tussen partijen een geldige arbitrageovereenkomst, dan zal de rechter aan wie een geschil wordt voorgelegd zich onbevoegd moeten verklaren als een van de partijen toch naar de rechter gaat en de ander zich op het bestaan van de arbitrageovereenkomst beroep (art. 1022 lid 1 Rv). De bevoegdheid van de overheidsrechter volgt uit de wet, die van arbiters uit een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW e.v.), oftewel de arbitrageovereenkomst.

¹⁰³ L. Wing, ‘Ethical Principles for Online Dispute Resolution’, *International Journal on Online Dispute Resolution* 2016,3,1, p. 18; R. Morek, ‘The Regulatory Framework for Online Dispute Resolution: A Critical View’, *Toledo Law Review* 2006, 38, 1.

¹⁰⁴ L. Wing, ‘Ethical Principles for Online Dispute Resolution’, *International Journal on Online Dispute Resolution* 2016,3,1, p. 24-27.

¹⁰⁵ Denk aan het hierna te noemen voorbeeld van e-Court.

¹⁰⁶ Bauw e.a. 2016, p. 242.

Arbitrage is wettelijk geregeld in het vierde boek van het Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering, artikel 1020-1077 Rv. In deze regeling zijn elementaire beginselen van procesrecht verankerd. De arbitrale procedure zal dus hebben te voldoen aan deze vereisten voor een behoorlijk proces. De bepalingen in Rechtsvordering beogen onder meer zeker te stellen dat de betrokken arbiter(s) onafhankelijk en onpartijdig zijn. Zo kan een door partijen overeengekomen benoemingswijze door de overheidsrechter terzijde worden gesteld indien door de overeengekomen benoemingswijze één der partijen wordt bevoordeeld (1028Rv) en kunnen arbiters via eenzelfde procedure als bij rechters – en met inschakeling van de overheidsrechter - worden gewraakt (1035 Rv).

De procedure wordt volgens artikel 1036 Rv gevoerd op een wijze als door partijen overeengekomen of zoals door het scheidsgerecht bepaald. Arbiters kunnen oordelen volgens wettelijke bepalingen, maar ook *als goede personen naar billijkheid* (art. 1054 lid 3 Rv). In het laatste geval moeten arbiters weliswaar het recht toepassen, maar ze mogen regels van regelend en dwingend recht buiten beschouwing laten als de billijkheid dat eist. Hun vonnis mag echter niet voor wat betreft totstandkoming of inhoud in strijd komen met de openbare orde en goede zeden; in dat geval is het vernietigbaar (art. 1065 lid 1 sub 2 Rv). Wij komen hier nog op terug.

Bij arbitrage behandelt een arbitraal college het juridische geschil derhalve op een wijze en volgens een procedure die sterk lijkt op die bij de (overheids)rechter. Een arbitraal college – de wet spreekt van ‘scheidsgerecht’- bestaat uit één of drie arbiters (scheidsrechters). De procedure vangt aan met een schriftelijke eis waarop de tegenpartij vervolgens reageert met een schriftelijk verweer. Eventueel volgt een tweede schriftelijke ronde. Daarna houdt het scheidsgerecht een zitting waar de partijen hun standpunt mondeling kunnen toelichten. Ook kan de commissie getuigen en deskundigen horen of zelf tot plaatsopneming overgaan, bijvoorbeeld door een bezoek te brengen aan een bouwwerk. Vervolgens wijst het scheidsgerecht schriftelijk vonnis. Indien partijen dat zijn overeengekomen wordt het vonnis gedeponereerd bij de griffie van de rechtbank.

Partijen zijn gebonden aan het arbitraal vonnis. De naleving van het vonnis kan worden afgedwongen door middel van een verzoek aan de voorzieningenrechter van de rechtbank om toestemming te verlenen om tot executie over te gaan (exequatur procedure). Met het verkregen exequatur kan een deurwaarder worden ingeschakeld om tot executie over te gaan (art. 1062 en 1063 Rv).

De voorzieningenrechter van de rechtbank kan de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis slechts weigeren, indien hem na een summierlijk onderzoek is gebleken dat het aannemelijk is dat het vonnis door het gerechtshof zal worden vernietigd of herroepen op een van hierna te noemen gronden.

Indien partijen dit zijn overeengekomen kan tegen het arbitrale vonnis hoger beroep (bij een ander scheidsgerecht) worden ingesteld. Een arbitraal vonnis kan in alle gevallen op een beperkt aantal gronden op verzoek van een der partijen door een

gerechtshof worden vernietigd (art. 1065 Rv) of herroepen (art. 1068 Rv). Het gerechtshof kan *vernietigen* indien:

- a. een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt;
- b. het scheidsgerecht is in strijd met de daarvoor geldende regelen samengesteld;
- c. het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden;
- d. het vonnis is conform de eisen ondertekend of niet met redenen omkleed;
- e. het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, is in strijd met de openbare orde.

Het gerechtshof kan het arbitraal vonnis *herroepen* als:

- a. het vonnis berust geheel of ten dele op na de uitspraak ontdekt bedrog, door of met medeweten van de wederpartij in de arbitrale procedure gepleegd;
- b. het vonnis berust geheel of ten dele op bescheiden die na de uitspraak blijken vals te zijn;
- c. een partij heeft na de uitspraak bescheiden die op de beslissing van het scheidsgerecht van invloed zouden zijn geweest en door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden, in handen gekregen.

Door middel van weigering van een exequatur, dan wel door vernietiging of herroeping, kan de civiele rechter (rechtbank dan wel gerechtshof), indien daarom door een der partijen verzocht, enig toezicht houden op de eerlijkheid van (het verloop van) de arbitrageprocedure. De gronden hebben enerzijds het karakter van (rechtsstatelijke) waarborgen, maar zijn anderzijds zo restrictief geformuleerd, dat het rechterlijk toezicht hier als marginaal moet worden aangemerkt. Dit is het gevolg van een bewuste keus van de wetgever, die overeenkomt met de internationale standaarden op dit gebied.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Het gaat hier ook om recente keuzes, gegeven het feit dat de arbitragewetgeving met ingang van 2015 is herzien (Stb. 2014, 200).

3.2.2 Beschrijving van het veld

Een onderscheid kan worden gemaakt tussen ad-hoc arbitrage en institutionele arbitrage. Bij institutionele arbitrage wordt de procesgang bewaakt door een arbitrage-instituut. Het gaat hier om privaatrechtelijke instellingen die zich ten doel stellen arbitrageprocedures te begeleiden en te propageren. Daartoe stellen zij regels van (model) procesreglementen op, assisteren zij de benoeming van arbiters en assisteren zij partijen en arbiters bij implementeren van de procesregels en het respecteren van termijnen. Het feit dat een groot aantal van deze instituten gelieerd zijn aan gevestigde organisaties uit het maatschappelijk veld of (semi-)overheidsorganisaties), dan wel de besturen ervan worden benoemd door dergelijke organisaties, kan worden gezien als een zekere waarborg voor eerlijke geschilbeslechting.

Arbitrage-instituten hanteren lijsten van arbiters die deskundig zijn op de betreffende gebieden. In een ad-hoc arbitrage zijn uitsluitend arbiters verantwoordelijk voor een goed verloop van de procedure. Arbiters kunnen er echter wel voor kiezen een reeds voorhanden procesreglement op de arbitrage van toepassing te verklaren.¹⁰⁸ Er zijn sectorspecifieke instituten, zoals de Raad van Arbitrage voor de Bouw, of instituten die zich niet beperken tot een of meer sectoren, zoals het Nederlands Arbitrage Instituut. Ook zijn er instituten die arbitrage primair aanbieden als commerciële activiteit. Zij bieden deze dienst als product aan en sluiten daartoe contracten met bedrijven die grote aantallen geschillen door middel van arbitrage willen laten beslechten tegen een lagere prijs dan de kosten van de overheidsrechter. E-court is een voorbeeld van een dergelijk arbitrage-instituut.

Het verschijnsel arbitrage doet zich in ons land op redelijk grote schaal voor, althans waar het betreft het variatie in aanbod, minder waar het gaat om de aantallen zaken. Er zijn meer dan honderd verschijningsvormen, die al dan niet in instituten zijn ondergebracht. Sommige marktsectoren sluiten zich op die manier vrijwel geheel af van overheidsrechtspraak, zoals bijvoorbeeld de boomkwekerijen en de witlofkwekers.¹⁰⁹ Hieronder volgt een (indicatieve en bepaald niet uitputtende) opsomming van de belangrijkste arbitrage aanbieders in Nederland:

- Het Nederlands Arbitrage Instituut (<http://www.nai-nl.org/nl/>), opgericht in 1949, neemt van oudsher een centrale plaats in. Het NAI is een onafhankelijke stichting die arbitrageprocedures organiseert. Het bestuur bestaat onder andere uit vertegenwoordigers van de Kamer van Koophandel. Het NAI doet zelf geen arbitrage-uitspraken, maar beschikt over een uitgebreid bestand van arbiters.
- Voor arbitrage in de ICT sector bestaat sinds 1989 een gespecialiseerd arbitrage instituut onder de naam Stichting Geschillen Oplossing Automatisering

¹⁰⁸ Bijvoorbeeld het arbitragereglement van de Nederlandse Organisatie voor Expeditie en Logistiek ('FENEX').

¹⁰⁹ A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2017, p. 43.

(SGOA; <http://www.sgoa.eu/>). Arbitrale colleges worden door partijen zelf samengesteld uit juristen en deskundigen op ICT gebied, aan de hand van de SGOA deskundigen lijst.

- De Raad van Arbitrage voor de Bouw (<http://www.raadvanarbitrage.nl/php/main.php>) is in 1907 opgericht om geschillen in de bouw bij wege van arbitrage te beslechten. In het algemeen treden als arbiter(s) op, deskundigen uit de bouwwereld. Om de onafhankelijkheid te waarborgen zijn er diverse organisaties bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw betrokken: Bouwend Nederland, Kivi, BNA, ONRI, Ministerie van Verkeer en Waterstaat, VNG, Aedes en Nederlandse Juristen-Vereniging. De voorzitter wordt op voordracht van de Raad van de Rechtspraak benoemd en is (oud-)lid van de Rechterlijke Macht.
- De stichting DigiTrage (<http://www.digitrage.nl/>) verzorgt digitale arbitrage voor incassozaken. De stichting is in 2013 opgericht en is gevestigd in Utrecht. De organisatie achter DigiTrage bestaat uit professionals afkomstig uit de advocatuur, rechtspraak, academische wereld en bedrijfsleven. Om de onafhankelijkheid te waarborgen kent de stichting een Raad van Toezicht en een Raad van Advies. DigiTrage opereert zonder winst oogmerk.
- De stichting Transport And Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam (TAMARA, <https://www.tamara-arbitration.nl/>) biedt sinds 1988 een mogelijkheid om door arbitrage geschillen op het terrein van scheepvaart, transport en internationale handel op een efficiënte manier op te lossen. Arbitrage via de stichting TAMARA is een alternatief voor de traditionele rechtsgang en voor Londense arbitrage.
- Stichting Arbitrage Rechtspraak Nederland (<http://www.arbitragerechtspraak.nl/>) heeft als missie de rechtstoegang voor alle procespartijen laagdrempeliger te maken, allereerst in Nederland. Als de bevoegdheid van het scheidsgerecht is geregeld kunnen (incasso-)geschillen veel sneller en tegen veel lagere kosten volledig digitaal (online, dus ODR) worden beslecht.
- Het Garantie Instituut Woningbouw neemt sinds 1 januari 2010 als zelfstandig instituut geen nieuwe verzoeken tot arbitrage in behandeling. De arbitrage werkzaamheden zijn vanaf dat moment uitbesteed aan de Stichting Geschillencommissies Consumentenzaken (<https://www.degeschillencommissie.nl/over-ons/commissies/garantiewoningen/#>) en door de eerder genoemde Raad van Arbitrage voor de Bouw.
- Een recente aanbieder van arbitrage is e-Court. Dit commerciële scheidsgerecht biedt het oude 'product' arbitrage aan in een nieuw jasje, namelijk een volledig digitale procedure en lijkt vooral als arbiter in incassogeschillen tussen een

aantal grote bedrijven (waarmee e-Court een contract heeft gesloten en die haar voor haar diensten betalen) en consumenten op te treden.¹¹⁰

In Nederland werden tot 2013 jaarlijks zo'n 1.150 vonnissen gedeponereerd bij rechtbanken.¹¹¹ Omdat met de invoering van het nieuwe arbitragerecht in 2015 de verplichting tot deponeren is afgeschaft, is het (nog) moeilijker geworden om zicht te krijgen op het aantal arbitrale vonnissen. Wel is duidelijk dat het aantal in verhouding tot het aantal zaken bij de civiele en de kantonrechter gering is

3.2.3 Waarborgen

De bepalingen van de regeling van arbitrage in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bieden garanties die overeenkomen met een aantal van de in hoofdstuk 2 geïdentificeerde rechtsstatelijke waarborgen. Weliswaar heeft de herziening van het arbitragerecht in 2015 een verschuiving van dwingend recht naar regelend recht laten zien en is de keuzevrijheid voor partijen (partijautonomie) en de aanbieder van arbitrage vergroot, maar daarbij heeft de wetgever een afweging gemaakt waarbij rechtsstatelijke waarborgen zijn meegenomen.¹¹² Waar die waarborgen in het geding zijn, is gekozen voor dwingend recht. De naleving van die waarborgen kan op verschillende wijze worden afgedwongen.

In par. 3.2.1 werd duidelijk, dat de voorzieningenrechter de mogelijkheid van executie aan een arbitraal vonnis kan onthouden en het gerechtshof een arbitraal vonnis kan vernietigen dan wel herroepen. Dit kan slechts op een beperkt aantal strikt omschreven gronden. Die gronden zijn er vooral op gericht om zeker te stellen dat voldoende sprake is van een vrijwillige keuze voor arbitrage, dat het arbitraal college op eerlijke wijze is samengesteld, dat de arbiters onafhankelijk en onpartijdig zijn en dat het vonnis is tot stand gekomen na een proces dat aan de elementaire eisen van een eerlijk proces voldoet. Daarnaast is sprake van de bescherming van partijen die in het bijzonder kwetsbaar zijn. Met het oog hierop is het arbitragebeding op de zwarte lijst van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden geplaatst (art 6:236 onderdeel n BW). Dit garandeert dat voor de consument ook bij een arbitragebeding de keuze openstaat tussen arbitrage of de overheidsrechter

¹¹⁰ Bauw e.a. 2016, p. 241. Zie ook <http://www.e-court.nl/> (laatst bezocht 17 augustus 2017).

¹¹¹ A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2017, p. 42.

¹¹² Zie nader G.J. Meijer en. P.E. Ernste, *De arbitragewet 2015, bezien in het licht van dwingend recht en regelend recht*, *RM Themis* 2015-3, p. 95-106.

3.3 Bindend advies

3.3.1 Juridisch kader

Partijen kunnen ingeval zij een geschil hebben in een vaststellingsovereenkomst vastleggen dat zij zich zullen binden aan een uitspraak van een derde over dat geschil (art. 7:900 lid 2 BW).¹¹³ Die uitspraak bepaalt vervolgens de inhoud van de vaststellingsovereenkomst en is daarmee bindend voor partijen. Er is dan sprake van ‘bindend advies’. Het bindend advies en de wijze waarop het tot stand komt is verder niet in de wet geregeld. Bij niet-nakoming van de vaststellingsovereenkomst na bindend advies kan de wederpartij bij de rechter een vordering tot nakoming instellen. Het vonnis dat dan wordt verkregen kan desnoods worden geëxecuteerd met behulp van de ‘sterke arm’.

De afspraak om geschillen aan een bindend adviseur voor te leggen kan, evenals bij arbitrage, zowel voorafgaand als na het ontstaan van een geschil zijn gemaakt. Dat eerste kan bij overeenkomst of bij algemene voorwaarden. Waar het gaat om een bepaling in algemene voorwaarden ten opzichte van consumenten is een dergelijke bepaling, evenals bij arbitrage, een zwarte-lijstbeding. Bindend advies is informeler dan arbitrage in die zin dat de procedure waarlangs het bindend advies tot stand komt, zoals gezegd, niet in de wet is geregeld. Daarmee ontbreken hier de waarborgen die de wettelijke arbitrageregels als bedoeld in par. 3.2.3 bieden. De status en het rechtsgevolg van een bindend advies zijn dan ook een andere dan dat van een arbitraal vonnis. Om de naleving van de beslissing af te dwingen moet men zich ‘gewoon’ (zoals bij andere overeenkomsten) tot de rechter wenden om een vonnis te verkrijgen waarin tot nakoming van de overeenkomst wordt veroordeeld. Eerst dat vonnis levert een executoriale titel op, terwijl voor een arbitraal vonnis slechts verlof tot executie van de voorzieningenrechter (‘exequatur’, zie par. 3.2.1) nodig is. Tegelijk kan de rechter het bindend advies slechts marginaal toetsen en slechts vernietigen als de inhoud of de wijze van totstandkoming ervan ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ is (art. 7:904 lid 1 BW). In dat geval kan de rechter mogelijk zelf uitspraak doen in het desbetreffende geschil (lid 2).

Hoewel de procedure om tot bindend advies te komen in hoge mate door partijen, dan wel door de aanbieder van bindend advies, zelf kan worden bepaald en dat in beginsel ook de inhoud van de vaststellingsovereenkomst vrij is, kan een bindend advies op een beperkt aantal gronden op verzoek van een der partijen door de rechter worden vernietigd:¹¹⁴

- Het beding waarin bindend advies is overeengekomen is opgenomen in algemene voorwaarden en niet is voldaan aan de eisen die artikel 6:236 onderdeel n BW daaraan stelt.

¹¹³ Bauw e.a. 2016, p. 245 e.v.

¹¹⁴ P.E. Ernste, *Bindend Advies*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2015.

- Het beding waarin bindend advies is overeengekomen is vernietigbaar op grond van een wilsgebrek (art. 3:44 BW).
- Het bindend advies is in strijd met dwingend recht en komt tevens naar inhoud of strekking in strijd met de goede zeden of de openbare orde (art. 7:902 BW).
- Indien gebondenheid aan het bindend advies in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 7:904 BW).
- Het bindend advies is gebaseerd op een vaststelling betreffende feiten waar partijen niet de vrije beschikking over hebben (bijvoorbeeld geldigheid huwelijk, faillissement, octrooi).

Met deze mogelijkheid van vernietiging is er een beperkte toezichthoudende rol van de civiele rechter ten aanzien van bindend advies, in die gevallen waarin een der partijen daartoe het initiatief neemt, waardoor een beperkte mate van rechtsbescherming wordt gegarandeerd.

3.3.2 Beschrijving van het veld

Bindend advies is een specifiek in Nederland ontwikkelde procesvorm.¹¹⁵ Het kent twee verschijningsvormen. Ten eerste kunnen partijen (ook al is er geen geschil) contractueel vastleggen dat een derde een beslissing neemt, bijvoorbeeld over de kwaliteit van een te leveren goed. Dit betekent dat een tussen partijen reeds bestaande rechtsverhouding wordt aangevuld of gewijzigd of dat de inhoud van een prestatie nader wordt bepaald. Zo'n eerste vorm van bindend advies wordt wel het 'zuiver' bindend advies genoemd. Voorbeelden hiervan zijn de bepaling van de omvang van schade of van een huurprijs. Bij deze vorm van bindend advies hoeft er tussen partijen niet per sé op voorhand een geschil te bestaan. Het bindend advies in dergelijke gevallen leidt tot een vaststellingsovereenkomst.

Bij de tweede vorm van bindend advies gaat het om de categorie van het 'oneigenlijk' of 'onzuiver' bindend advies. Hier is nadrukkelijk sprake van een geschil tussen partijen en in dit geschil neemt een onpartijdige derde een beslissing welke de partijen blijkens overeenkomst vervolgens bindt. Ook hier leidt het bindend advies tot een vaststellingsovereenkomst welke dient te worden nagekomen.¹¹⁶ De beslissing van de derde stelt de inhoud van de vaststellingsovereenkomst tussen partijen vast. De nakoming kan zo nodig bij de civiele rechter worden afgedwongen. 'Zuiver' bindend advies ziet voornamelijk op

¹¹⁵ Brenninkmeijer, van Ewijk en van der Werf, 2002: 15, In: A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2017, p. 41.

¹¹⁶ A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2017, p. 41.

waarderingskwesties, terwijl ‘onzuiver’ of ‘oneigenlijk’ bindend advies meer het karakter van beslechting van een reeds bestaand geschil heeft.

Daarnaast kan worden onderscheiden tussen ‘institutioneel bindend advies’, doorgaans in de vorm van een vaste geschillencommissie met een eigen reglement, en ‘ad hoc bindend advies’ wanneer het gaat om een voor een specifieke zaak aangewezen bindend adviseur of geformeerd college van bindend adviseurs.¹¹⁷ Institutioneel bindend advies wordt vooral gebruikt bij consumentengeschillen, waarbij de geschillencommissies vallen onder de SGC. Andere voorbeelden van institutioneel bindend advies zijn het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid), het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI)¹¹⁸ en e-Court¹¹⁹, die naast arbitrale procedures ook bindend adviesprocedures aanbieden.

Bij ‘onzuiver’ of ‘oneigenlijk’ bindend advies, de meest voorkomende vorm, gaat het veelal om ‘institutioneel bindend advies’. Het gaat dan in de het overgrote deel van de gevallen om consumenten die klachten hebben over producten of diensten van bedrijven. Dergelijke klachten kunnen worden aangebracht bij een van de meer dan 50 geschillencommissies die vallen onder de Stichting Geschillencommissie voor Consumentenzaken (SGC); ook wel kortweg: de Geschillencommissie.¹²⁰ De SGC wordt gefinancierd door de aangesloten branches enerzijds en door het Ministerie van Veiligheid en Justitie anderzijds. Andere aanbieders van bindend advies zijn het eerder genoemde Kifid, dat is bestemd voor klachten over financiële producten of diensten, bijvoorbeeld een verzekering of een hypotheek, en de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ) die zich richt op klachten van consumenten rond zorgverzekeringen. Anders dan bij het SGC is het voor financiële dienstverleners en zorgverzekeraars wél verplicht zich aan te sluiten bij Kifid, respectievelijk de SKGZ.

Bij bindend advies gaat het in het overgrote deel van de zaken om consumenten die klachten hebben over producten of diensten van bedrijven. In dergelijke gevallen wordt de optie voor de beslechting van een geschil via een bindend advies door middel van een beding in de algemene voorwaarden opgenomen. Dat laatste gebeurt na instemming van de Sociaal Economische Raad.

Bindend advies wordt echter ook buiten het terrein van consumentengeschillen, zij het op veel beperkter schaal, toegepast. De oplossingen voor geschillen in de vorm van een bindend advies die in het TV programma *De Rijdende Rechter* worden gegeven zijn daar voorbeelden van. In een aantal geschillencommissies worden ook geschillen tussen bedrijven of beroepsbeoefenaren onderling en klachten van bedrijven of beroepsbeoefenaren tegen hun consumenten c.q. cliënten behandeld,¹²¹

¹¹⁷ P.E. Ernste, *Bindend Advies*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2015, p.5.

¹¹⁸ <http://www.nai-nl.org/nl/>

¹¹⁹ <http://www.e-court.nl/>

¹²⁰ Jaarverslag SGC 2016: 57 geschillencommissies.

¹²¹ Bauw e.a. 2016, p. 240.

de Stichting Geschillencommissie voor Beroep en Bedrijf (SGB). Bij het SGB waren in 2016 vijftien geschillencommissies aangesloten.¹²²

Evenmin als bij arbitrage is er door de versnippering van het aanbod en het gebrek aan gegevens moeilijk zicht te krijgen op de totale omvang van bindend advies in Nederlands. Onderzoek van het WODC¹²³ laat zien dat het aantal bij de Stichting Geschillencommissie Consumentenzaken (SGC) ingekomen en afgehandelde geschillen een dalende trend vertoonde tot 2012. Dit wordt toegeschreven aan de economische omstandigheden (minder transacties) en meer oplossingsgerichte ondernemers. Na 2011 lijkt de daling in de instroom te stagneren rond 5.000 zaken in 2012 en 2013. Brenninkmeijer schat dat er onder auspiciën van de SGC jaarlijks zo'n 3.300 uitspraken worden gedaan en dat dit aantal stijgt. Als reden voor die stijging voert hij aan dat het aanbod van bindend advieszaken voor consumenten (i.e. het aantal geschillencommissies) zich gestaag heeft uitgebreid. Bindend advies wordt ook buiten consumentengeschillen toegepast. Naar schatting komt het ongeveer 5.000 keer per jaar voor.¹²⁴

Het Jaarverslag 2016 van de SGC rapporteert 4.801 ingediende klachten in dat jaar, hetgeen resulteerde in 3.611 opgeloste zaken (2.046 uitspraken; 197 schikkingen door deskundigen; en 1.368 onderlinge oplossingen door partijen). De gemiddelde behandelingsduur bedroeg drie maanden. Het Jaarverslag 2016 van de SGB vermeldt 239 ingediende klachten in dat jaar, met als resultaat 213 opgeloste zaken (165 uitspraken en 48 onderlinge oplossingen). In het geval van de SGB worden de oplossingen overigens niet altijd gevonden in een bindend advies. Zo wordt binnen de Geschillencommissie Advocatuur gebruik gemaakt van arbitrale vonnissen of akten van compromis. Slechts bij de geschillencommissies Energie en de Geschillencommissies Water worden oplossingen gevonden in de vorm van een bindend advies (in 29 en in resp. 4 gevallen).

3.3.3 Waarborgen

Een belangrijke waarborg is de vraag of de geschilbeslechter waar het gaat om de inhoud van zijn beslissing gebonden is aan de wet. Op grond van artikel 7:902 BW is bindend advies ook bindend indien dit in strijd komt met bepalingen van dwingend recht, dit tenzij het bindend advies niet alleen met dwingend recht, maar ook met de goede zeden of de openbare orde strijdig is.

Een volgende waarborg bij bindend advies is gelegen in de vrijwilligheid. De bevoegdheid van de bindend adviseur(s) berust immers, evenals bij arbitrage, op een vrijwillige keuze van partijen om het geschil niet aan de rechter, maar aan de bindend adviseur voor te leggen en zich aan diens beslissing te binden. Wanneer het

¹²² Jaarverslag SGB 2016.

¹²³ WODC Factsheet 2015-1

¹²⁴ Brenninkmeijer e.a., 2017.

een ‘zwakkere’ partij betreft, wordt de vrijwilligheid van de keuze extra gewaarborgd langs dezelfde weg als bij arbitrage, namelijk door een bindend advies clause in algemene voorwaarden aan te merken als een ‘zwarte-lijstbeding’.

In geval van consumentengeschillen wordt de keuze voor bindend advies veelal (of beter: vrijwel steeds) vooraf in de algemene voorwaarden gemaakt. Door opname van een dergelijke afspraak op de zwarte lijst, kan bindend advies daarin niet dwingend worden opgelegd. De gebruiker van de algemene voorwaarden moet de consument de ruimte geven om binnen een termijn van tenminste een maand nadat de gebruiker op de afspraak heeft beroepen alsnog te kiezen voor de gang naar de rechter (art. 6:236 sub n BW). Deze wettelijke waarborg voor de consument als zwakke partij is nodig, omdat het immers niet onaannemelijk is dat veel consumenten pas met de inhoud van dergelijke voorwaarden worden geconfronteerd op het moment dat er een geschil is en dus nauwelijks kan worden gezegd dat zij een bewuste keus hebben gemaakt. Een bindend advies beding in algemene voorwaarden dat niet voldoet aan de termijneis is onredelijk bezwarend en daarmee vernietigbaar op grond van art. 6:233 BW.¹²⁵

Voorts is in de algemene voorwaarden waarin een bindend adviesclause is opgenomen met een verwijzing naar een geschillencommissie, doorgaans eveneens een clause opgenomen, inhoudende dat wanneer de consument de initiatiefnemer is om een geschil voor te leggen aan een geschillencommissie, de leverancier/ondernemer daaraan gebonden is. Voorwaarde hiervoor is wel dat de consument dit tijdig kenbaar maakt, doorgaans binnen een termijn van vijf weken. In feite is de uiteindelijke keuze om of naar een geschillencommissie te gaan, of naar de kantonrechter daarom aan de consument.¹²⁶ Deze regeling in algemene voorwaarden is een gevolg van het feit dat voorafgaand aan de instelling van een geschillencommissie in de Sociaal Economische Raad zogeheten ‘tweezijdige’ algemene voorwaarden worden opgesteld, die de bedrijven in de desbetreffende branche zullen hanteren. Ook dit biedt consumenten waarborgen ten aanzien van de hantering van het bindend advies.

Een voordeel van bindend advies is de over het algemeen informele en snelle vorm van geschilbeslechting.¹²⁷ Het ontbreken van een wettelijke regeling betekent overigens niet dat partijen en de bindend adviseur volledig vrij zijn om de inhoud en de wijze van procesvoering te bepalen. De in par. 3.3.1 genoemde vernietigingsgronden bieden de garantie dat daarbij een aantal elementaire eisen in acht wordt genomen. In het bijzonder geldt dat voor artikel 7:904 BW, dat bepaalt dat het bindend advies kan worden vernietigd als de gebondenheid aan het bindend advies in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven

¹²⁵ Zie nader over een en ander ook A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2017, p. 41.

¹²⁶ E. Bauw e.a., *Togadragers in de rechtsstaat. De juridische professies en de toegang tot het recht*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 246.

¹²⁷ P.E. Ernste, 2012, ‘De rol van bindend advies naast arbitrage’, *Tijdschrift voor Arbitrage*, no. 72.

omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat laat ruimte voor de rechter om indien hij daartoe wordt geroepen de naleving van elementaire beginselen van behoorlijk procesrecht, zoals onafhankelijkheid en onpartijdigheid, hoor en wederhoor en het motiveringsbeginsel, te verzekeren.¹²⁸ Ook hierin is een waarborg gelegen.

De borging van de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de bindend adviseurs bij de geschillencommissies voor consumentenzaken en het eerlijke verloop van de procedure worden verder geregeld in het reglement van de betreffende commissie. Ten aanzien van de SGC wordt dit door het ministerie van V en J zeker gesteld door middel van de Erkenningsregeling geschillencommissies consumentenzaken 1997.¹²⁹ Deze is opgesteld om “een goede consumentenklachtenbehandeling te bevorderen” en stelt eisen aan het procesreglement van de geschillencommissies. Zo moet het reglement o.a. een wrakingsregeling bevatten en gelden er eisen aan het verloop van de procedure.

In geval van een ad hoc bindend advies komen partijen onderling de bindend adviseur overeen.¹³⁰ Hoor en wederhoor dient ook dan door de bindend adviseur te zijn geborgd, tenzij partijen van dit beginsel afstand hebben gedaan. Als hoor en wederhoor niet in acht wordt genomen, dan is het bindend advies aantastbaar op grond van artikel 7:904 lid 1 BW.¹³¹ Het recht op hoor en wederhoor omvat naast het recht op tegenspraak, ook het recht om gehoord te worden. Oftewel, partijen moeten voldoende de gelegenheid krijgen om standpunten uiteen te zetten.¹³²

Voorts moet hier in het kader van de waarborgen bij bindend advies waar het gaat om consumentengeschillencommissies worden genoemd de Europese richtlijn ADR Consumenten, die tot doel heeft het gebruik van ADR in consumentenzaken te bevorderen, maar tevens beoogt voor die zaken een aantal waarborgen te regelen.¹³³ In Nederland is deze richtlijn geïmplementeerd door middel van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten.

¹²⁸ P.E. Ernste, 2010, ‘Bindend advies in het ondernemingsrecht’, *Ondernemingsrecht*, no. 5, p. 30-38.

¹²⁹ Laatstelijk gewijzigd in 2012, *Stcrt.* 2012, 21342.

¹³⁰ P.E. Ernste, *Bindend Advies*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2015, p.53-55.

¹³¹ P.E. Ernste, *Bindend Advies*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2015, p.57.

¹³² P.E. Ernste, *Bindend Advies*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2015, p.60.

¹³³ Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen (Richtlijn ADR consumenten).

Richtlijn ADR Consumenten

Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening

(EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (richtlijn ADR consumenten)

De Richtlijn ADR Consumenten is gebaseerd op de gedachte dat alternatieve geschillenbeslechting (ADR) een eenvoudige, snelle en goedkope oplossing voor geschillen tussen consumenten en ondernemers biedt, maar nog niet overal in de EU voldoende ontwikkeld was. Slechts een klein percentage burgers weet hoe zij een klacht in moeten dienen bij een ADR-entiteit. De Richtlijn is voorafgegaan door twee aanbevelingen. De Richtlijn stelt regels over voor welke geschillen ADR beschikbaar moet zijn en aan welke kwaliteitseisen deze moet voldoen. De richtlijn beoogt een eenvoudige, betaalbare, doelmatige en toegankelijke verhaalprocedure te bieden. De considerans beoogt enerzijds de privacy en vertrouwelijkheid te waarborgen, terwijl veel voorkomende informatie wel, vergezeld met aanbevelingen, moet worden gedeeld om problemen in de toekomst te voorkomen. De Richtlijn vereist dat de ADR-instanties geschillen op een billijke, praktische en proportionele wijze oplossen en dat die instanties onafhankelijk en integer zijn (considerans 32).

De Richtlijn biedt voorts regels over de toegang tot en toegankelijkheid van de ADR-procedures (artikel 5), over onafhankelijkheid en onpartijdigheid (artikel 6), over transparantie (artikel 7), doeltreffendheid (artikel 8) en billijkheid (artikel 9). Billijkheid behelst onder meer hoor en wederhoor, het recht op bijstand en het verstrekken van een schriftelijke uitspraak (artikel 9 lid 1), net als de mogelijkheid dat de partijen zich terugtrekken of het geschil alsnog aan een rechter voor kan leggen (lid 2). Ook regelt de Richtlijn dat een ADR-clausule voor het ontstaan van het geschil niet aan de consument tegengeworpen kan worden (artikel 10 lid 1) en dat de uitspraak slechts bindend is indien beide partijen daar uitdrukkelijk mee hebben ingestemd (artikel 10 lid 2). De uitkomst van een ADR-procedure mag de wettelijke bescherming van een consument niet wegnemen (artikel 11). ADR heeft geen gevolgen voor de verjaringstermijn (artikel 12). Verder regelt de richtlijn voorlichting en bijstand (hoofdstuk III) en de formele rol van de bevoegde autoriteiten en de Europese Commissie (hoofdstuk IV).

Ten aanzien van de waarborgen in het geval van bindend advies kan het volgende worden vastgesteld. De uitspraak van een geschillencommissie leidt tot een vaststellingsovereenkomst tussen partijen in de zin van artikel 7:900 lid 2 BW. De rechter kan een dergelijke uitspraak/bindend advies op grond van artikel 7:902 BW marginaal toetsen: het advies is ook bindend als zij in strijd mocht blijken met

dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Een bindend advies is vernietigbaar wanneer de beslissing in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 7:904 lid 1 BW). Daarmee heeft de rechter een in potentie bewakende en waarborgende rol, nu hij een bindend advies kan vernietigen wanneer elementaire procedurele waarborgen bij de totstandkoming veronachtzaamd zijn. Deze rol is echter zeer beperkt vanwege de marginale toetsing en de afhankelijkheid van het initiatief van een der partijen om eventuele ongeregelheden aan de rechter voor te leggen.

3.4 Mediation

3.4.1 Juridisch kader

Mediation is 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.¹³⁴ Het onderscheidende kenmerk van mediation ten opzichte van de beide andere vormen van ADR is dat mediation tussen partijen plaatsvindt en er geen derde is die een beslissing neemt. De derde die bij de oplossing van het geschil wordt betrokken, de mediator, neemt een neutrale positie in en heeft het vertrouwen van partijen. Dit vertrouwen kan gebaseerd zijn op deskundigheid, een bepaalde (onafhankelijke) positie, of persoonlijkheid. Het veronderstelde voordeel van mediation is dat het zorgt voor een verbeterde verstandhouding tussen partijen, kiezen immers gezamenlijk een oplossing voor hun conflict. Het verbeteren van de verstandhouding is soms zelfs de kern van de mediation.¹³⁵ Aandacht voor meer dan alleen juridische elementen, en zelfs de nadruk op de menselijke factor is daarbij de grootste toevoeging ten opzichte van bestaande geschilbeslechting.

Partijen nemen in erkenning van hun zelfstandigheid of autonomie deel aan het proces en de mediator heeft slechts een begeleidende, en dus niet beslissende, rol. Het merendeel van de mediations start met het ondertekenen van een mediationovereenkomst: een schriftelijke overeenkomst waarin de partijen afspreken zich in te spannen om de kwestie door mediation op te lossen en de mediator de opdracht verlenen om in de kwestie als mediator op te treden en de mediator deze opdracht aanvaardt. Als er vóór de mediation een gerechtelijke procedure loopt, dan wordt deze opgeschort voor de duur van de mediation. Sinds de ADR-richtlijn is artikel 3:16 lid 4 BW ingevoerd in de Nederlandse wetgeving, waarmee verjaring wordt gestuit door aanvang van mediation. De toegang tot de rechter in letterlijke zin wordt dus niet belemmerd door mediation. Tijdens de

¹³⁴ A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2017, p. 31.

¹³⁵ A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2017, p. 34.

mediation zullen partijen geen procedures aanhangig maken jegens elkaar. Maatregelen ter bewaring van rechten (zoals beslaglegging of het instellen van hoger beroep) mogen wel via een gerechtelijke procedure genomen worden.

De verhoudingen tussen betrokkenen (tussen partijen en mediator en tussen partijen onderling) wordt derhalve primair bepaald door de afspraken die zij met elkaar maken. Het juridisch kader daarvan is het ‘gewone’ verbintenissenrecht. Partijen geven de mediator een opdracht om te bemiddelen en de mediator vraagt daarvoor een vergoeding. Daarmee is de juridische basis gelegd voor de mediation in de mediationovereenkomst. Ook de afspraken tussen partijen onderling voorafgaand aan een mediation kunnen in een dergelijke mediationovereenkomst worden vastgelegd. Verder kunnen partijen gedurende de mediation tussentijdse afspraken maken over het verloop van de mediation of over deelonderwerpen. Veelal wordt het resultaat van een geslaagde mediation vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst waarin hetgeen is overeengekomen en eventuele nevenafspraken, zoals over hoe verder met elkaar om te gaan, herstel van communicatie, etc. worden vastgelegd (art. 7:900 e.v. BW).

De naleving van die overeenkomst kan worden afgedwongen bij de civiele rechter. Hier geldt in beginsel hetzelfde dat hetgeen is uiteengezet in par. 3.3.1 ten aanzien van vaststellingsovereenkomst die het resultaat is van bindend advies. In de praktijk is er wel een belangrijk verschil in de toepassing van de vernietigingsgronden nu de rol van de mediator een wezenlijk andere is dan die van een bindend adviseur. Zie daarover nader par. 3.4.3.

Daarnaast is hier van belang de verhouding tussen de mediator en de beroepsorganisatie waarbij deze is aangesloten. De grootste en belangrijkste beroepsorganisatie is de Mediatorsfederatie Nederland (MfN), maar er bestaan in Nederland ook andere mediator-beroepsorganisaties, bijvoorbeeld het (internationaal opererende) ADR-register.¹³⁶ Een MfN-registermediator is onderworpen aan het klacht- en tuchtrecht van de organisatie waarbij hij is aangesloten. De MfN biedt garanties met betrekking tot professionaliteit, deskundigheid, kwaliteit en beroepsethiek, waarvan de naleving kan worden afgedwongen via het tuchtrecht. In het geval een van de partijen klachten heeft over de betreffende mediator zou hij die klacht aan de Stichting Kwaliteit Mediators (SKM, waarover nader par. 3.4.2) kunnen voorleggen, en indien daar geen gepaste oplossing uitkomt de mediator tuchtrechtelijk kunnen aanklagen in het geval de mediator volgens de klager in strijd met de MfN-gedragsregels heeft gehandeld. In bepaalde gevallen zou een mediator indien hij of zij ook als advocaat werkzaam is ook in die hoedanigheid tuchtrechtelijk aangesproken kunnen worden. Langs de weg van de beroepsorganisatie wordt ook voorzien in een aantal waarborgen ten aanzien van degenen die bij die organisatie zijn aangesloten. Mediators zijn echter niet verplicht zich aan te sluiten bij een het MfN of enige andere organisatie, zodat deze waarborgen niet over de gehele linie gelden. Voor een nadere bespreking van

¹³⁶ <https://www.adr-register.com/nl/> (laatst bezocht 29 september 2017).

de gedragsregels wordt verwezen naar de case study over familiemediation in par. 4.3.

Uit het voorgaande vloeit voort, dat mediation als zodanig niet is geregeld in de wet. In Nederland werd tot voor kort een wettelijke regeling kennelijk niet noodzakelijk geacht. Op 21 mei 2008 hebben het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie een Richtlijn Mediation vastgesteld.¹³⁷ Deze Europese mediation richtlijn is geïmplementeerd door de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, die op 21 november 2012 in werking getreden.¹³⁸ Deze wet is alleen van toepassing op *grensoverschrijdende* burgerlijke en handelsgeschillen en kan hier verder vanwege de beperkte relevantie voor de praktijk buiten bespreking blijven. Een drietal wetsvoorstellen van Kamerlid Van der Steur met als doel mediation een wettelijke status te geven als volwaardig alternatief naast of in plaats van traditionele rechtspraak, ingediend in 2013, zijn bij brief van 10 juni 2015¹³⁹ ingetrokken. Een daaropvolgend voorstel voor de Wet bevordering mediation van de minister van Veiligheid en Justitie Van der Steur is op 13 juli 2016 in consultatie gegaan. Na de einddatum van de consultatie op 30 september 2016 en het aftreden van minister Van der Steur op 26 januari 2016 is het tot op heden nog ongewis hoe het verder zal gaan met dit wetsvoorstel.

3.4.2 Beschrijving van het veld

Mediation wordt al geruime tijd in het privaatrecht gebruikt in het personen- en familierecht, maar meer recentelijk ook in andere particuliere geschillen en in zakelijke geschillen tussen bedrijven. Dit potentieel brede gebruik wordt gestimuleerd doordat rechters kunnen verwijzen naar een mediator zodra en voor zover zij dit passend achten. En, uiteraard, slechts dan indien partijen daarmee akkoord gaan. Nederland kent geen vorm van verplichte mediation. Wel wordt mediation gestimuleerd in het kader van de gefinancierde rechtsbijstand. Ook in politiek opzicht mag mediation in Nederland zich verheugen op toegenomen belangstelling, zie de hierboven genoemde wetsvoorstellen van eerst Kamerlid en daarna minister van Veiligheid en Justitie Van der Steur. ‘Mediator’ is geen beschermd beroep, een ieder mag zich zo noemen, maar Nederland kent wel geregistreerde mediators die aan bepaalde kwaliteitseisen moeten voldoen en aangesloten zijn de Mediatorsfederatie Nederland (MfN).

De MfN, die op 1 januari 2014 van start is gegaan, is een van de vertegenwoordigers van het beroep van mediation in de publieke belangenbehartiging in Nederland, zo vermeldt de website¹⁴⁰ De MfN vervult de rol van gesprekspartner voor de overheid,

¹³⁷ Richtlijn 2008/52/EG.

¹³⁸ Stb. 2012, 570.

¹³⁹ Kamerstukken II 2014/15, 33723, 14.

¹⁴⁰ Website MfN: <https://mediatorsfederatienederland.nl/> (laatst bezocht op 11 mei 2017).

de politiek en voor andere partijen. In de federatie hebben zich een aantal grote landelijke verenigingen van mediators verenigd.¹⁴¹ Daarnaast maakt de MfN zich sterk voor de verdere ontwikkeling van het beroep van mediator en bewaakt en bevordert zij de kwaliteit van de beroepsuitoefening. De bewaking en de bevordering van kwaliteit is ondergebracht bij de Stichting Kwaliteit Mediators (SKM). Kende de voorloper van deze stichting - het Nederlandse Mediation Instituut (NMI) - in 2011 nog ongeveer 4.500 geregistreerde opgeleide mediators (waarvan ca. 950 gecertificeerd),¹⁴² als gevolg van een gewijzigd registratiebeleid, waar onder meer strengere eisen aan de registratie werden verbonden, waren dat er in 2012 nog maar ca. 2.500.¹⁴³ Door een relatief groot aantal in- en uitschrijvingen per jaar zijn dat er in het MfN-register thans ca. 3.000, terwijl het aantal van de oorspronkelijke 2.500 mediators uit 2012 is gereduceerd tot ca. 2.000. Precieze cijfers zijn niet voorhanden, maar geschat wordt dat er jaarlijks zo'n 50.000 mediations in Nederland plaatsvinden.¹⁴⁴

De kwaliteit van mediators wordt gewaarborgd door de MfN, en in het bijzonder door de SKM. Het SKM voert het kwaliteitssysteem van de MfN uit en beheert het MfN-register. MfN-registermediators voldoen aan de kwaliteits- en onderhoudseisen van het MfN-register. Het gaat daarbij om het volgen van opleidingen, het bijhouden van vak kennis, het jaarlijks verrichten van een minimumaantal mediations en het naleven van MfN-regelgeving. Sinds 2012 maakt ook het verplichte kwaliteitsinstrument Peer Review onderdeel uit van deze driejaarlijkse onderhoudseisen.¹⁴⁵

De door de MfN vastgestelde verplichte onderhoudseisen (waaronder het doen van minimaal negen mediations in een periode van drie jaar), het PE-stelsel en de Peer Review zijn bedoeld om de kwaliteit van het mediationberoep te borgen en continu te verbeteren, alsmede om een professionele standaard in de beroepsgroep neer te zetten. In het kader van de kwaliteitsborging kent de SKM daarnaast een eigen klachtafhandelingssysteem met een klachtenfunctionaris die in geval van een klacht in een specifieke casus op grond van de klachtenregeling een klachtbehandelaar aanstelt (een neutraal en externe deskundige met een brede oriëntatie en ervaring in de mediation-wereld). Ten slotte is de SKM aangesloten bij de Stichting

¹⁴¹ Bijvoorbeeld de Nederlandse Mediatorsvereniging (NMV), het Nederlands Instituut van Psychologen, sectie mediation (NIP), de vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsmediators (vFAS), de Nederlandse Vereniging van Mediatoren Advocaten (NVVMA), de Vereniging van mediators in het notariaat (VMN) en Vereniging van Mediators bij de Overheid (VMO).

¹⁴² R.J.M. Vogels, *De stand van Mediation in Nederland*, Stratus 2011.

¹⁴³ A. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017.

¹⁴⁴ J.M. Barendrecht & B.E. Baarsma, 'Mediation 2.0', *NJB* 2015,32, p. 2239-2243; L. van Almelo, 'Mediators wachten op boost', *Mr* 2014,5, p. 75-78; M.J. Ter Voert & C.M. Klein Haarhus, 2015, *Geschiedbeslechtingdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC, p. 35.

¹⁴⁵ M. Simon Thomas, *Evaluatie onderzoek naar 'Peer Review' voor de MfN-registermediator*, onderzoeksrapport, Universiteit Utrecht, 2016.

Tuchtrechtspraak Mediators (STM), een onafhankelijke stichting die is belast met de tuchtrechtspraak van bij haar aangesloten mediationinstellingen.

3.4.3 Rechtsstatelijke waarborgen

Evenals bij de beide andere vormen van ADR dient primair te worden gewaarborgd dat de keuze voor mediation in plaats van de gang naar de rechter vrijwillig is gemaakt. Hoewel dit in het verleden wel is overwogen, kent Nederland niet de verplichting voor partijen om hun geschil door middel van mediation op te lossen voordat zij naar de rechter mogen stappen. Het recht op toegang tot de rechter is in zoverre dan ook gewaarborgd. Het zijn dus partijen die vrijwillig en gezamenlijk besluiten om gebruik te maken van de diensten van een mediator. Deze keuze kunnen zij, evenals bij arbitrage en bindend advies, maken voorafgaand aan het geschil, in een mediationclausule in een contract dat zij hebben gesloten, dan wel in de algemene voorwaarden bij dat contract. Daarnaast kunnen zij de keuze maken nadat het geschil is ontstaan. Bij arbitrage komt de voorafgaande keuze (bij algemene voorwaarden) in de praktijk het meest voor, bij mediation is dat de keuze achteraf.

De context van vrijwilligheid is verder bij mediation een andere dan bij de keuze voor arbitrage of bindend advies. Partijen geven met de keuze voor mediation immers niet hun lot uit handen aan een derde die over hun geschil beslist, maar behouden gedurende de mediation zelf volledige zeggenschap over de uitkomst ervan. Dit betekent dat zij gedurende het gehele proces van mediation de mogelijkheid hebben om ‘eruit te stappen’. Dit raakt aan de essentie van mediation, zoals geformuleerd door het Europese Hof van Justitie en waarbij zelfbeschikking en vrijwilligheid voorop staan.¹⁴⁶ Zolang het resultaat van de mediation derhalve nog niet in een vaststellingsovereenkomst is vastgelegd, is de vrijwilligheid in beginsel gewaarborgd. ‘In beginsel’, omdat het in de praktijk zo kan zijn dat niet voor elke partij duidelijk is welke keuzes er zijn te maken. De informatiepositie van partijen ten aanzien van hun rechten en mogelijkheden is daarom van groot belang om de zeggenschap en autonomie van partijen te waarborgen. Hier ligt een belangrijke taak voor de mediator, die mede wordt ingevuld door de gedragsregels waaraan de ‘aangesloten’ mediators zijn gebonden.

In die gedragsregels zijn de nodige waarborgen geregeld, die kunnen worden gerelateerd aan de rechtsstatelijke waarborgen als beschreven in hoofdstuk 2. Hieronder zullen wij op hoofdlijnen de in dit verband belangrijkste gedragsregels benoemen en proberen een analogie met de rechtsstatelijke waarborgen te vinden.

¹⁴⁶ Zie HvJ EU 14 juni 2017, zaaksnr. C-75/16 –(*Menini en Rampanelli*), ECLI:EU:C:2017:457. De vrijwillige aard van de bemiddeling is volgens het hof gelegen in het feit dat ‘de partijen er zelf voor verantwoordelijk zijn, deze naar eigen goeddunken kunnen organiseren en te allen tijde kunnen beëindigen’.

De eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een mediator zijn voor de MfN-geregistreerde mediators vastgelegd in gedragsregels. De MfN gedragsregels geven richtlijnen voor het gedrag van de MfN-registermediator. De gedragsregels zien op de integriteit (“de mediator gedraagt zich zoals van een behoorlijk mediator mag worden verwacht”), de transparantie (“de mediator verschaft partijen duidelijkheid over het mediationproces”), partijautonomie (“de mediator zorgt dat de autonomie van partijen is gewaarborgd” en “de mediator doet geen uitspraak over de kwestie”) en de eisen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en vertrouwelijkheid.

De eis van onafhankelijkheid heeft betrekking op de positie van de mediator ten opzichte van de partijen bij de mediation. Het betekent zoveel als dat de mediator vanuit zijn of haar deskundigheid tijdens het mediationproces tot een zo objectief mogelijke opstelling komt bij de beoordeling van feiten en gedragingen van partijen.¹⁴⁷ Onafhankelijkheid zegt iets over de positie die een mediator inneemt. In de MfN gedragsregels is dit verwoord in de belangeloosheid van de mediator. Dat houdt in dat hij geen belang heeft bij het geschil of de uitkomst van de mediation dat zijn onafhankelijkheid zou kunnen aantasten. Indien hiervan geen sprake is, mag hij de opdracht niet aanvaarden, dan wel – als het belang pas later aan het licht komt - of zich terstond terug te trekken. Een belang zou bijvoorbeeld kunnen liggen in een persoonlijke of zakelijke relatie van de mediator met een van de partijen (in het heden of in het verleden) of bij de uitkomst van de zaak. Ook dient de mediator door zijn of haar gedrag te vermijden dat de schijn ontstaat dat hij of zijn niet onafhankelijk zou zijn. Het is in eerste instantie aan de mediator om dit te bewaken, met de mogelijkheid van toetsing door de tuchtrechter achteraf.

Bij de eis van onpartijdigheid staat een gelijke behandeling van en houding tot partijen voorop. Anders dan bij onafhankelijkheid waarbij het over de *positie* van de mediator gaat, gaat het bij onpartijdigheid over de *houding* van de mediator.¹⁴⁸ Ten eerste houdt dit in dat de mediator er voor alle partijen is en zonder vooringenomenheid handelt. Ten tweede houdt het volgens die gedragsregels in dat wanneer de mediator de kwestie niet op een onpartijdige wijze kan begeleiden hij de opdracht niet aanvaardt of zich op tijd terugtrekt. Kenmerkend hierbij is de neutrale rol van de mediator ten opzichte van alle bij de mediation betrokken partijen. Ten opzichte van een ieder van de betrokkenen heeft hij een vertrouwenspositie. De mediator handelt zonder vooringenomenheid en geeft in woord noch daad blijk van enige voor- of afkeur van (één van de) partijen. De mediator treedt ook alleen op in die kwesties waarbij hij zijn onpartijdigheid kan bewaren. Van een goed mediator wordt verwacht dat hij zichzelf kritisch volgt en zijn neutrale, onpartijdige positie doorlopend bewaakt, aldus de MfN-gedragsregels.

¹⁴⁷ A. Brenninkmeijer, D. Bonenkamp, K. van Oyen en H. Prein, *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 333.

¹⁴⁸ A. Brenninkmeijer, D. Bonenkamp, K. van Oyen en H. Prein, *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p.335.

In het geval van de zogeheten interne mediators (dat is een mediator die in dienst is van hetzelfde overheidsorgaan waarvan hij de conflicten met burgers bemiddelt, bijvoorbeeld bij de Belastingdienst) rijst per definitie de vraag betreffende onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Hij staat als mediator dan ook tussen de burger en zijn (directe) collega's. Dit roept vanzelfsprekend vragen op met betrekking tot de onafhankelijkheid van een dergelijke figuur. In verband hiermee is een 'statuut voor de interne mediator' door de MfN opgesteld, waarin zeker waarborgen zijn vastgelegd en waaraan MfN interne mediators zijn gebonden.¹⁴⁹ Uit de expertmeetings blijkt ons overigens dat de figuur van de interne mediator in de praktijk bijna geen problemen oplevert omdat mediators in een pool rouleren, waarbij vermeden wordt dat er op de eigen vestiging wordt bemiddeld.

Bij zowel de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid speelt de regel van *informed consent* een belangrijke rol. Dit houdt in dat de mediator de partijen zo begrijpelijk en volledig mogelijk informeert over momenten waarop die onafhankelijkheid en onpartijdigheid (aan het begin van mediation, dan wel gedurende het proces) in het geding zou kunnen zijn. Tijdens de expertmeetings werd dit ook wel transparantie over de rol van de mediator genoemd. Het is vervolgens aan de partijen om te kiezen of ze al dan niet willen doorgaan met de mediation.

De vertrouwelijkheid betreft het uitgangspunt dat alles wat tijdens een mediation mondeling en schriftelijk wordt uitgewisseld, vertrouwelijk is. Dergelijke informatie mag niet buiten de mediation om, tijdens of na de afloop daarvan, worden gebruikt. Tenzij partijen daarover expliciet afwijkende afspraken over hebben gemaakt. Informatie die al openbaar of bekend was voordat de mediation een aanvang nam valt uiteraard buiten de geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsplicht betreft zowel de partijen als de mediator. Voor de mediator geldt dat de geheimhoudingsplicht vervalt voor zover de mediator dit nodig heeft om zich te verweren in procedures, inclusief klacht- of tuchtprocedures, zo staat in de toelichting van de MfN-gedragsregels te lezen.

Samenvattend kan worden geconcludeerd, dat in de gedragsregels voor mediators de volgende 'kernwaarden' centraal staan: 1) vrijwilligheid voor wat betreft de keuze al dan niet van mediation gebruik te maken en vrijwilligheid bij partijen in welke oplossing uiteindelijk voor het geschil wordt gekozen; 2) partijautonomie; 3) onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator; en 4) vertrouwelijkheid. In aanvulling hierop moet worden vermeld, dat mediators tijdens de *expert meeting* aangaven dat zij bij uitstek ook het bewaken van de *equality of arms* tot hun taak rekenen. Daarmee bieden de gedragsregels partijen een aantal belangrijke rechtsstatelijke waarborgen. De naleving ervan wordt bevorderd door de mogelijkheid van een beroep door (voormalige) partijen op de tuchtrechter.

Daarnaast kan een vaststellingsovereenkomst die na mediation tot stand is gekomen worden vernietigd op hierboven in par. 3.3.1 genoemde gronden. De rechter kan de

¹⁴⁹ https://mfregister.nl/content/uploads/sites/3/2014/02/Statuut_Interne_Mediator.pdf (laatst bezocht 6 juli 2017).

overeenkomst bijvoorbeeld vernietigen als deze in strijd is met dwingend recht en tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde (art. 7:902 BW), of als er sprake is van een wilsgebrek. Wel staat hier de marginale toetsing voorop. De vraag is wat de rol van de mediator hierin is. Primair is de mediator procesbegeleider en niet verantwoordelijk voor de inhoud van de uitkomst van dat proces. Wel zal de mediator partijen moeten informeren over juridische aspecten die verbonden zijn aan een bepaalde overeenkomst, en indien nodig doorverwijzen naar een specialist.

Maar indien partijen willens en wetens een vaststellingsovereenkomst *contra legem* willen sluiten, dan valt dat, althans volgens de mediators die hierover tijdens de expertmeetings spraken, buiten de verantwoordelijkheid van de betrokken mediator (mits het niet in strijd is met goede zeden of openbare orde). Waar daarbij de grens ligt is lastig te bepalen. In relatie tot de overheid die via mediation tot afspraken komt doet zich ook hier de vraag voor of deze *contra legem* mogen zijn. Dit zou in principe alleen denkbaar zijn als deze *contra legem* kan worden gestoeld op een reeds in de rechtspraak erkend algemeen beginsel van behoorlijk bestuur of een ander algemeen rechtsbeginsel.

Hoofdstuk 4. Case Studies

4.1 Inleiding

Zoals in hoofdstuk 1 is uiteengezet, dienen de *case studies* primair om verdieping te geven aan de algemene beschrijving van het ADR veld in hoofdstuk 3. In meer detail wordt ingegaan op drie in overleg met de begeleidingscommissie gekozen vormen van ADR. Achtereenvolgens worden beschreven: de wettelijke basis, de organisatie, de procedures voor geschilbeslechting c.q. –oplossing en de financiering. Tegen deze achtergrond wordt vervolgens bezien of en in welke mate aan de in hoofdstuk 2 beschreven rechtsstatelijke waarborgen wordt voldaan.

Bij de keuze voor de *case studies* zijn de volgende overwegingen van belang geweest. Op voorhand was duidelijk dat arbitrage, ook wel aangeduid als ‘private rechtspraak, zodanige met ‘publieke rechtspraak’ vergelijkbare waarborgen biedt, dat een case study op het terrein van deze vorm van ADR voor het onderhavige onderzoek minder interessante resultaten konden worden verwacht. Gekozen is daarom voor *case studies* die betrekking hebben op de beide andere vormen van ADR. Vervolgens was van belang dat ten minste een van de drie *case studies* betrekking zou moeten hebben op het bestuursrecht. Tot slot, heeft een rol gespeeld de beschikbaarheid van voldoende actueel en relevant materiaal.

De drie *case studies* verschillen sterk in omvang. De eerste case study naar het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid) betreft een meer complexe en organisatie die verschillende vormen van ADR aanbiedt en waar veel is vastgelegd in formele procedures en reglementen. Hierdoor is de case study beschrijving aanzienlijk forser uitgevallen dan die naar scheidingsmediation en ADR bij de overheid. In de case study naar scheidingsmediation zal aandacht worden besteed aan een aspect van het aanbod aan ADR dat sterk in ontwikkeling is, namelijk het online aanbod van ADR-diensten, oftewel ‘online dispute resolution’ (ODR). Het aanbod van dergelijke diensten ten behoeve van scheidingsbemiddeling zal worden beschreven.

4.2 Case study Kifid

4.2.1 Inleiding

Een van de wijzen van buitengerechtelijke geschilbeslechting is het bindend advies (of de bemiddeling) door geschillencommissies, al dan niet toegespitst op de beslechting van geschillen tussen consumenten en dienstverleners. In de Implementatiewet buitengerechtelijke geschilbeslechting (hierna: implementatiewet) zijn regels opgenomen waaraan instanties tot buitengerechtelijke geschilbeslechting moeten voldoen.

Een van deze instanties is de Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (afgekort 'Kifid'), waarbij consumenten klachten kunnen indienen tegen de aanbieder van een financieel product of een financiële dienst. In deze *case study* staan de geschillencommissie en de commissie van beroep van het Kifid centraal. Het gaat dan om geschillen tussen consumenten en bij Kifid aangesloten financiële dienstverleners.

Bij Kifid kunnen klachten worden ingediend over financiële producten en dienstverlening met betrekking tot verzekeringen (schadeverzekeringen en levensverzekeringen), beleggingen, hypotheek en bankzaken. Het Kifid beslecht geschillen op basis van (al dan niet) bindend advies, een van de meer informele vormen van ADR die door een groot aantal aanbieders wordt gebruikt. Hiermee is de werkwijze vergelijkbaar met het grootste deel van de meer dan vijftig onder de koepel 'De Geschillencommissie' vallende geschillencommissies op deze basis.

4.2.2 Wettelijke basis

Op basis van de Wet financieel toezicht dienen financieel dienstverleners over een interne klachtenprocedure te beschikken bij een geschilleninstantie die erkend is door de Minister van Financiën (art. 4:17 Wft). Het Klachtinstituut Financiële dienstverlening is de enige instantie die zodanig erkend is.¹⁵⁰ Zo zijn financieel dienstverleners verplicht zich aan te sluiten bij Kifid.

In het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: besluit) zijn nadere regels over aangewezen geschilleninstanties opgenomen. Het Kifid is zoals gezegd de enige zodanig aangewezen geschilleninstantie. Naar de inhoud van deze regelingen wordt verwezen waar deze relevant zijn. In hoofdlijnen kan worden opgemerkt dat het besluit enkele waarborgen voor de geschilleninstantie neerlegt, met name wat betreft onafhankelijkheid (art. 46 en 47 Besluit) en de wijze van behandeling van een klacht (art. 48 Besluit).

¹⁵⁰ Eisma, *Ondernemingsrecht* 2007/2.

4.2.3 Organisatie

Overzicht

Kifid is ontstaan als alternatieve geschillenbeslechter voor klachten van consumenten over de financiële sector. Verschillende meer specifieke geschillenbeslechteurs gingen in 2007 samen in het Kifid.¹⁵¹ Kifid is een stichting, dus de organisatie is vastgelegd in de Statuten. Deze kunnen slechts gewijzigd worden met goedkeuring van de minister van Financiën.

Het bestuur van Kifid benoemt nieuwe bestuursleden op basis van een door de minister van Financiën goedgekeurde profielschets. Ook de benoemingen zelf dienen door de minister goedgekeurd te worden.¹⁵² Artikel 46 lid 1 van het Besluit vereist een onafhankelijk en naar behoren samengesteld bestuur, waarvan de benoemingsprocedure schriftelijk is vastgelegd. Het bestuur is niet bevoegd in de behandeling of beoordeling van geschillen te treden. Dit wordt nader besproken in paragraaf 4.2.6, betreffende de institutionele en rechtspersoonlijke onafhankelijkheid van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep.¹⁵³

Voor de behandeling van de geschillen kent het Kifid een Geschillencommissie en een Commissie van Beroep, waarvan de leden door het bestuur worden benoemd.¹⁵⁴ De werkzaamheden van de commissies zijn verder vastgelegd in de reglementen van de betreffende commissies, die door het bestuur worden vastgesteld.¹⁵⁵

In de Statuten van voor 14 februari 2017 kende het Kifid tevens een Ombudsman. Deze Ombudsman had aanvankelijk als taken het beoordelen van klachten, waartegen beroep openstond bij de Geschillencommissie, en het bemiddelen tussen consumenten en financieel dienstverleners.¹⁵⁶ Vanaf oktober 2014 tot april 2017 had de Ombudsman formeel slechts een bemiddelingsfunctie.¹⁵⁷ In de praktijk werd deze functie vanaf 2015 uitgeoefend door de Geschillencommissie.¹⁵⁸ In de statuten en het Reglement Geschillencommissie Kifid die in werking zijn vanaf 1 april 2017 is het instituut van de Ombudsman afgeschaft en is de bemiddelende rol van de Geschillencommissie geformaliseerd.

De Geschillencommissie

¹⁵¹ Van Mil e.a. 2016, p. 11-12.

¹⁵² Art. 5.3 Statuten Kifid.

¹⁵³ Art. 9.1 Statuten Kifid.

¹⁵⁴ Art. 19 Statuten Kifid.

¹⁵⁵ Art. 20.2, 21.2 en 28.1 onder d en d Statuten Kifid,

¹⁵⁶ Art. 20 Statuten Kifid 2011; Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (geldig tot 1 oktober 2014).

¹⁵⁷ Art. 3 Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (geldig tot 1 april 2017).

¹⁵⁸ Interviews Kifid.

De Geschillencommissie is het orgaan van Kifid dat de geschillen in eerste aanleg beslecht. De leden van de Geschillencommissie worden door het bestuur benoemd voor een periode van vijf jaar, waarbij herbenoeming mogelijk is.¹⁵⁹ De Statuten schrijven voor dat de leden van de Geschillencommissie onafhankelijk zijn, hun werkzaamheden naar eigen inzicht verrichten en geen instructies aanvaarden over de uitoefening van hun functie.¹⁶⁰ Op grond van artikel 48a Besluit is de toestemming van de minister van Financiën voor de benoeming van leden van de Geschillencommissie vereist.

Het lidmaatschap van de Geschillencommissie is een nevenfunctie. De reguliere leden van de Geschillencommissie zijn als hoofdfunctie vaak rechter, advocaat of bijvoorbeeld onderzoeker bij een juridische faculteit. Deskundige leden zijn vaak in hun hoofdfunctie werkzaam geweest in financiële functies. De voorzitter is fulltime aangesteld en is tevens verantwoordelijk voor de organisatie van Kifid.¹⁶¹

Potentiële leden worden niet actief benaderd: het beleid is dat er openbare vacatures worden uitgeschreven. Er geldt een incompatibiliteitsregeling, zie daarvoor para. 4.2.6.

De Commissie van Beroep

Tegen oordelen van de Geschillencommissie staat (in bepaalde gevallen) beroep open bij de Commissie van Beroep. Ook de leden hiervan worden door het bestuur voor een periode van vijf jaar benoemd en kunnen worden herbenoemd,¹⁶² en ook hier is onafhankelijkheid, eigen inzicht en het niet aanvaarden van instructies in de Statuten verankerd.¹⁶³ Ook hier is op grond van artikel 48a Besluit de toestemming van de minister van Financiën voor de benoeming van de leden van de Commissie van Beroep vereist, en ook hier geldt een incompatibiliteitsregeling. Hier wordt nader op ingegaan in paragraaf 4.2.6.

Zowel het lidmaatschap als het voorzitterschap van de Commissie van Beroep is een nevenfunctie, de hoofdfuncties zijn vergelijkbaar met die bij de Geschillencommissie. Leden van de commissie worden, anders dan bij de Geschillencommissie, actief benaderd door de voorzitter van de Commissie van Beroep en door hem aangedragen bij het bestuur van Stichting Kifid.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Art. 20.4 Statuten Kifid

¹⁶⁰ Art. 20.3 Statuten Kifid.

¹⁶¹ Interviews Kifid; artikel 18.2 Statuten Kifid.

¹⁶² Art. 21.1 & 21.4 Statuten Kifid.

¹⁶³ Art. 21.3 Statuten Kifid.

¹⁶⁴ Interviews Kifid.

4.2.4 Financiering

De begroting van Kifid wordt vastgesteld door het bestuur na goedkeuring door de Minister van Financiën en na raadpleging van de brancheorganisaties van de aangesloten financiële dienstverleners.¹⁶⁵ Kifid wordt gefinancierd doordat de aangesloten financiële dienstverleners een jaarlijkse bijdrage betalen.¹⁶⁶ De wijze waarop deze bijdrage wordt berekend, is vastgelegd in het Kostenreglement, dat vastgesteld wordt door het bestuur.¹⁶⁷

De totale jaarbijdrage wordt berekend aan de hand van de aantallen te verwachten klachten en de kostprijzen die door een externe accountant berekend zijn aan de hand van gegevens van het tweede voorafgaande kalenderjaar.¹⁶⁸ De bijdragen zijn vastgesteld als percentages. Over 2017 geldt voor banken een percentage van 0,052965 % over de bruto binnenlandse loonsom met een minimum van € 100,00. Voor verzekeraars geldt een percentage van het bruto premie-inkomen. Voor overige financiële dienstverleners zijn er tariefgroepen op basis van het aantal werknemers.¹⁶⁹

Tekorten en overschotten worden verrekend met de bijdragen van het opvolgende kalenderjaar. Bij een overschrijding van de totale begroting van Kifid kunnen brancheorganisaties van financiële dienstverleners een commissie instellen om de doelmatigheid van de extra uitgaven die tot de overschrijding geleid hebben te laten toetsen.¹⁷⁰

4.2.5 De procedure

Inleiding

Kifid kent twee soorten procedures: de reguliere procedure, die bestaat uit de eerste aanleg voor de Geschillencommissie en de mogelijkheid tot hoger beroep voor de Commissie van Beroep, en een procedure naar aanleiding van de ontwikkelingen rondom rentederivaten.¹⁷¹ Deze case study ziet op de reguliere procedure. Deze is uitgewerkt in het Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid) Bemiddeling en Bindend Advies (hierna: Reglement Geschillencommissie) en het Reglement Commissie van Beroep financiële dienstverlening (Kifid) (hierna:

¹⁶⁵ Art. 27.1 Statuten Kifid.

¹⁶⁶ Art. 4.1 Statuten Kifid.

¹⁶⁷ Art. 28.1 onder a Statuten Kifid.

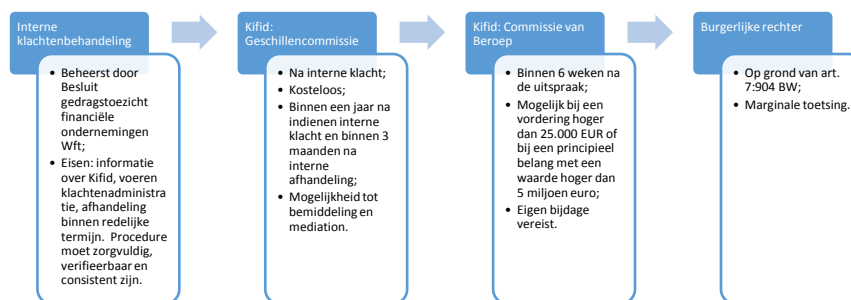
¹⁶⁸ Art. 3 Kostenreglement Kifid.

¹⁶⁹ Zie voor de exacte bijdragen respectievelijk art. 4.5, 5.6 en 6.6 Kostenreglement Kifid.

¹⁷⁰ Art. 11 Kostenreglement Kifid.

¹⁷¹ Zie over de procedure voor Kifid omtrent rentederivaten: Lenaerts, *TFR* 2015/11.

Reglement Commissie van Beroep). In deze procedure worden klachten behandeld van consumenten tegen financiële dienstverleners.¹⁷²



Figuur 1: Procedure KiFid

Het voortraject: de interne klachtbehandeling

Een klacht bij Kifid wordt pas in behandeling genomen, als de kwestie eerst is voorgelegd aan de financiële dienstverlener zelf. Wanneer de consument de klacht niet van tevoren intern ingediend heeft, stuurt de Geschillencommissie de klacht aan de dienstverlener door, mits de consument daar toestemming voor geeft. De Geschillencommissie neemt de klacht alsnog in behandeling als de dienstverlener de klacht niet binnen 6 weken afgehandeld heeft.¹⁷³

De Wet financieel toezicht en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: ‘besluit’) stellen eisen aan de interne klachtenprocedure. Zo moet een financiële instelling een interne klachtenprocedure hebben die gericht is op een spoedige en zorgvuldige afhandeling van klachten (art. 4:17 lid 1 sub a Wft). De financiële dienstverleners moeten de over de klachtenprocedure bekendheid geven aan het personeel (at. 40 Besluit) en een klachtenadministratie voeren (art. 41 Besluit). Ook dient de klager geïnformeerd te worden over de mogelijkheid om een klacht aan Kifid voor te leggen (art. 42 Besluit) en dient de klachtenafhandeling binnen een ‘redelijke termijn’ geschieden (art. 43 en 44 Besluit).

¹⁷² Art. 1 Reglement Geschillencommissie.

¹⁷³ Art. 6 Reglement Geschillencommissie.

Het indienen en de behandelbaarheid van een klacht bij Kifid

Artikel 48 lid 1 sub a en b Besluit vereisen een duidelijke omschrijving over het indienen van een klacht en het aanhangig maken van een geschil. Voor Kifid zijn deze regels opgenomen in het Reglement Geschillencommissie.

Het indienen van klachten kan in het Nederlands of in het Engels en gebeurt schriftelijk via een formulier of online. De indiener van een klacht moet de feiten vermelden waarop de klacht betrekking heeft en relevante bewijsstukken overleggen.¹⁷⁴ De klacht moet uiterlijk binnen een jaar nadat de consument de klacht aan de financiële dienstverlener heeft voorgelegd, en binnen drie maanden na de interne afhandeling ervan, worden ingediend. Indien de financiële dienstverlener heeft nagelaten de consument te wijzen op de mogelijkheid om een klacht aan Kifid voor te leggen, vervalt de eis van drie maanden en geldt een redelijke termijn vanaf het moment dat de consument deze mogelijkheid begreep of behoorde te begrijpen. Een verdere uitzondering is mogelijk bij een verschoonbare termijnoverschrijding of als de financiële dienstverlener laat blijken dat hij de klacht alsnog inhoudelijk beoordeeld wil zien.¹⁷⁵

De Geschillencommissie neemt een klacht niet in behandeling indien een andere instantie reeds geoordeeld heeft over het geschil, wanneer het Nederlands recht niet van toepassing is, wanneer de vordering exclusief verdragingsrente en kosten de miljoen euro overschrijdt of als het feitelijk onderzoek zo tijdrovend en ingewikkeld is, dat de klacht zich niet leent voor de behandeling door de Geschillencommissie.¹⁷⁶

De beoordeling over het al dan niet in behandeling nemen van een klacht gaat vooraf aan de inhoudelijke behandeling.¹⁷⁷ De consument kan tegen een afwijzend oordeel in bezwaar.¹⁷⁸ De Geschillencommissie kan ook gedurende de behandeling alsnog beoordelen dat een klacht niet verder in behandeling genomen kan worden.¹⁷⁹

De inhoudelijke behandeling

Bij de behandeling van de klacht kan de consument zich bij laten staan of zich laten vertegenwoordigen. De Geschillencommissie kan ook bepalen dat de consument in persoon aanwezig moet zijn bij de behandeling van de klacht.¹⁸⁰

Wanneer de klacht behandelbaar is, kan de consument worden gevraagd de klacht nader toe te lichten. Dit geschiedt telefonisch door een secretaris van de

¹⁷⁴ Art. 4 Reglement Geschillencommissie.

¹⁷⁵ Art. 5 Reglement Geschillencommissie.

¹⁷⁶ Art. 2 Reglement Geschillencommissie.

¹⁷⁷ Art. 7 Reglement Geschillencommissie.

¹⁷⁸ Art. 8 Reglement Geschillencommissie.

¹⁷⁹ Art. 9 Reglement Geschillencommissie.

¹⁸⁰ Art. 11 Reglement Geschillencommissie.

Geschillencommissie: het doel hiervan is 'de klacht achter de klacht zoeken'.¹⁸¹ Als de klacht voldoende duidelijk is, wordt de betrokken financiële dienstverlener op de hoogte gesteld.¹⁸² Overigens kan de betrokken secretaris ook in een later stadium contact opnemen met de consument, bijvoorbeeld als er niet adequaat gereageerd is. Dit geschiedt in het kader van ongelijkheidscompensatie. Hier wordt verslag van gedaan aan de betrokken financiële dienstverlener.¹⁸³ Die heeft de mogelijkheid schriftelijk verweer te voeren of te verwijzen naar het standpunt dat zij in de interne klachtenprocedure heeft ingenomen.¹⁸⁴ Indien de financiële dienstverlener verweer heeft gevoerd, kan de gelegenheid worden gegeven tot het nemen van repliek en dupliek.¹⁸⁵

De Geschillencommissie kan besluiten een klacht niet verder te behandelen wanneer de consument onvoldoende meewerkt.¹⁸⁶ Een tegenvordering door de financieel dienstverlener is niet mogelijk.¹⁸⁷

Bemiddeling en mediation

De Geschillencommissie kan bij de behandeling overgaan tot bemiddeling door een functionaris van de Geschillencommissie die deelneemt aan de behandeling van de klacht, of doorverwijzen naar mediation door een aan Kifid verbonden mediator. De functionaris kan zowel een secretaris of een lid van de Geschillencommissie zijn.¹⁸⁸

Bemiddeling

Als de klacht en het standpunt van de financiële dienstverlener zich daarvoor lenen, kan de commissie die de klacht behandelt, overgaan tot bemiddeling. Dit kan in ieder stadium van de behandeling in een door de Geschillencommissie te bepalen vorm en verloopt via een functionaris die bij de Geschillencommissie is betrokken bij de behandeling van de klacht. Hij kan eenzijdig met partijen communiceren en vragen om nadere gegevens en een bemiddelingsbijeenkomst houden.¹⁸⁹ Als er overeenstemming bereikt wordt, kunnen partijen de Geschillencommissie vragen de inhoud daarvan in een brief of in een vaststellingsovereenkomst vast te leggen.¹⁹⁰ Het Reglement Geschillencommissie vereist geen instemming van de partijen om tot bemiddeling over te gaan.

Als bemiddeling niet tot resultaat heeft geleid, is het uitgangspunt dat de Geschillencommissie die vervolgens uitspraak gaat doen, kennisneemt van de

¹⁸¹ Interviews Kifid.

¹⁸² Art. 12 Reglement Geschillencommissie.

¹⁸³ Interviews Kifid.

¹⁸⁴ Art. 12 Reglement Geschillencommissie.

¹⁸⁵ Art. 13 Reglement Geschillencommissie.

¹⁸⁶ Art. 15 Reglement Geschillencommissie.

¹⁸⁷ Art. 16 Reglement Geschillencommissie.

¹⁸⁸ Interviews Kifid

¹⁸⁹ Art. 23.1 Reglement Geschillencommissie.

¹⁹⁰ Art. 23.2 Reglement Geschillencommissie.

inlichtingen die tijdens de bemiddeling zijn verkregen, maar kan hiervan afwijken indien een partij laat weten dat zij niet wil dat de Geschillencommissie van bepaalde inlichtingen kennisneemt. Als een partij verzoekt geen kennis te nemen van de bij de bemiddeling uitgewisselde informatie, neemt de functionaris die betrokken was bij de bemiddeling of die de bemiddelingsbijeenkomst heeft geleid, geen deel meer aan de verdere behandeling van de klacht.¹⁹¹ In de praktijk wordt bij bemiddeling op het initiatief van de behandelende commissie gevraagd of er behoefte is om van deze tenzij-formule gebruik te maken.¹⁹² In 2016 zijn er 1270 van de 3328 klachten door bemiddeling beëindigd.¹⁹³

Mediation

De Geschillencommissie kan ook voorstellen dat partijen overgaan tot mediation door een aan Kifid verbonden mediator. Doorverwijzing gebeurt alleen als alle partijen daarmee instemmen. De gang van zaken bij mediation wordt niet zoals bij bemiddeling vastgesteld door de Geschillencommissie, maar in overleg tussen de partijen en de mediator. De mediation is vertrouwelijk: de Geschillencommissie neemt geen kennis van de informatie die aan de partijen uitsluitend door de mediation bekend is.¹⁹⁴ Mediation komt in de praktijk weinig voor: dit is in 2016 in het geheel niet voorgekomen.¹⁹⁵

Vergelijking bemiddeling en mediation

Zowel bij bemiddeling als bij mediation is het doel dat partijen onderling, onder begeleiding, tot overeenstemming komen. Bij bemiddeling is degene die deze begeleiding verleent, een bij de behandeling van de klacht betrokken functionaris van Kifid. Bij mediation is dit een mediator die aan Kifid is verbonden.

Bemiddeling geschiedt op initiatief vanuit de Geschillencommissie. Instemming van de partijen is niet vereist. Bij mediation is deze instemming wel vereist.

De bemiddeling geschiedt in een door de Geschillencommissie te bepalen vorm. De gang van zaken van mediation wordt door de partijen zelf, in overleg met de mediator, bepaald.

Het is bij bemiddeling mogelijk dat de betrokken functionaris eenzijdig met de partijen communiceert, hoewel er wel hoor- en wederhoor plaatsvindt doordat de andere partij de gelegenheid krijgt kennis te nemen van wat er bij eenzijdige communicatie onder de aandacht gebracht is.¹⁹⁶ Bij mediation ligt het voor de hand dat partijen zelf bepalen of deze eenzijdige communicatie wenselijk is.

¹⁹¹ Art. 24 Reglement Geschillencommissie.

¹⁹² Interviews Kifid.

¹⁹³ Jaarverslag Kifid 2016, p. 23.

¹⁹⁴ Art. 26 Reglement Geschillencommissie.

¹⁹⁵ Interviews Kifid.

¹⁹⁶ Art. 21.1 en 21.2 Reglement Geschillencommissie.

Bij bemiddeling is het uitgangspunt dat de Geschillencommissie kennisneemt van de informatie die in het kader van de bemiddeling wordt gedeeld, tenzij partijen verzoeken geen kennis te nemen van deze informatie. Mediation is altijd vertrouwelijk.

De bereikte overeenstemming bij bemiddeling kan in een brief of in een vaststellingsovereenkomst worden vastgelegd.¹⁹⁷ Hoewel deze voorziening voor mediation niet in het reglement is vastgelegd, ligt het voor de hand dat de keuze voor een brief of vaststellingsovereenkomst onder de vrijheid valt die de partijen hebben om de gang van zaken tijdens de mediation en de afsluiting daarvan vast te stellen.¹⁹⁸

	Bemiddeling	Mediation
Initiatief	Geschillencommissie	Voorstel door Geschillencommissie of verzoek van één van de partijen.
Instemming nodig	Niet voorgeschreven	Instemming alle partijen vereist
Behandelaar	Functionaris van de Geschillencommissie	Aan Kifid verbonden mediator
Vorm	Bepaalt Geschillencommissie	Bepalen partijen in overleg met mediator
Communicatie	Eenzijdig en/of bij een bemiddelingsbijeenkomst	Bepalen partijen in overleg met mediator

¹⁹⁷ Art. 23.2 Reglement Geschillencommissie.

¹⁹⁸ Art. 26.2 Reglement Geschillencommissie.

Vertrouwelijkheid	Uitgangspunt is dat Geschillencommissie kennisneemt van informatie. Partijen kunnen bepalen dat de Geschillencommissie geen kennisneemt van de gedeelde informatie.	Geschillencommissie neemt geen kennis van de gedeelde informatie.
Einde bij het bereiken van overeenstemming	Brief of, op verzoek van partijen, een vaststellingsovereenkomst.	Bepalen partijen in overleg met mediator

Voortgezette behandeling

Als de Geschillencommissie geen aanleiding ziet voor bemiddeling of mediation, of wanneer dit niet tot overeenstemming geleid heeft, wordt de behandeling voortgezet. Er wordt dan een Commissie ingesteld die de klacht verder behandelt. Leden van deze commissie kunnen worden gewraakt.¹⁹⁹ Op wraking als rechtsstatelijke waarborg bij de behandeling door Kifid zal in paragraaf 4.3.2 nader ingegaan worden.

Deze commissie kan een mondelinge behandeling gelasten met het doel nadere inlichtingen in te winnen of (alsnog) een minnelijke regeling te beproeven. De behandeling is, in tegenstelling tot de reguliere rechtspraak, niet openbaar.²⁰⁰ In paragraaf 4.6 wordt nader ingegaan op de openbaarheid van de procedure bij Kifid als rechtsstatelijke waarborg.

Tijdens deze mondelinge behandeling neemt ongelijkheidscompensatie, zo blijkt uit interviews, een belangrijke plaats in. Tijdens een zitting wordt door de behandelende commissie in de gaten gehouden of de consument alles begrijpt. Hierbij neemt de commissie ook in aanmerking wat de aard van de bijstand is, bijvoorbeeld of die professioneel verleend is of verleend wordt door een familielid (zie para. 4.4).²⁰¹

Ten aanzien van het bewijs knoopt het Reglement Geschillencommissie aan bij de artikelen 148 e.v. van het Wetboek voor Burgerlijke Rechtsvordering. In aansluiting met artikel 19 Rv bepaalt het reglement voorts dat de commissie slechts gebruik maakt van stukken voor zover andere partijen er kennis van kunnen hebben nemen en erop hebben kunnen reageren.

¹⁹⁹ Art. 27, 29, 30 en 31 Reglement Geschillencommissie.

²⁰⁰ Art. 22 Reglement Geschillencommissie.

²⁰¹ Interviews Kifid.

Er geldt voorts een inlichtingenplicht. Ook kan de commissie nader onderzoek instellen of getuigen en deskundigen horen.²⁰²

Verkorte procedure

Een groot deel van de klachten is juridisch duidelijk ongegrond. Een dergelijke klacht wordt behandeld in een verkorte procedure door een enkelvoudige kamer van de Geschillencommissie. In de verkorte procedure krijgt de consument de gelegenheid op het verweer van de financiële dienstverlener te reageren, tenzij die slechts verwijst naar het standpunt dat ingenomen is bij de interne klachtenbehandeling. Een uitspraak na de verkorte procedure is niet bindend. Er is geen beroep bij de Commissie van Beroep mogelijk, maar de zaak kan nog wel aan de rechter worden voorgelegd.²⁰³

De uitspraak

De Geschillencommissie doet uitspraak door een digitaal opgemaakte uitspraak aan partijen te verzenden. Die wordt in het digitale portal geplaatst voor de consument die digitaal procedeed, en als dat niet het geval is op papier aan de consument toegezonden. De financiële dienstverleners ontvangen de uitspraken op papier. De Commissie van Beroep verzendt uitspraken alleen op papier. De uitspraak wordt gepubliceerd, behalve indien zij in een verkorte procedure gewezen is en geen belangwekkende beslissing bevatten.²⁰⁴

De uitspraak van deze behandeling is alleen bindend als beide partijen voorafgaand aan de uitspraak de bindendheid hebben aanvaard. Aangesloten financiële dienstverleners kunnen uitspraken van Kifid zowel in het algemeen als per geval, voorafgaand aan de behandeling, als bindend aanvaarden.²⁰⁵ Wanneer de uitspraak niet door zowel de consument als de financiële dienstverlener als bindend aanvaard wordt, doet de Geschillencommissie een advies dat geen bindende status heeft en dus niet geldt als een vaststelling in de zin van artikel 7:900 e.v. BW. Dat Kifid de mogelijkheid moet openhouden dat de beslechting van een geschil slechts in een niet-bindend advies resulteert, is voorgeschreven in artikel 48 lid 1 sub k Besluit.

Hoewel een groot deel van de aangesloten financiële dienstverleners de uitspraak niet als bindend aanvaarden, heeft naar schatting van Kifid 80% tot 90% van de klachten betrekking op aangesloten financiële dienstverleners die de uitspraken als bindend accepteren.²⁰⁶ Dit komt omdat vooral intermediairs en onafhankelijke adviseurs zich niet bindend bij Kifid aansluiten, en er naar verhouding minder zaken tegen deze tussenpersonen zijn. Leden van de Nederlandse Vereniging van Banken,

²⁰² Art. 34 Reglement Geschillencommissie.

²⁰³ Art. 32 Reglement Geschillencommissie en de toelichting ervan. Deze mogelijkheid is opgenomen in artikel 48 lid 1 sub f en g Besluit.

²⁰⁴ Art. 39 Reglement Geschillencommissie.

²⁰⁵ Art. 28 Reglement Geschillencommissie.

²⁰⁶ Van Mil e.a. 2016, p. 36; interviews Kifid.

het Verbond van Verzekeraars, en de Organisatie voor Financiële Dienstverleners zijn verplicht lid zijn om de uitspraken van Kifid als bindend te aanvaarden.

Er zijn enkele gevallen bepaald waarin de uitspraak nooit bindend is: als die gewezen is bij een verkorte procedure,²⁰⁷ of als een hoog bedrag wordt toegewezen.²⁰⁸ Wanneer de financiële dienstverlener de zaak wil voorleggen aan de burgerlijke rechter – dat in uitzonderingsgevallen tot de mogelijkheden behoort²⁰⁹ – is het advies niet bindend, wanneer de consument niet aan deze procedure mee wil werken.²¹⁰

Hoger beroep bij de Commissie van Beroep

Binnen zes weken na verzending van de uitspraak kan hoger beroep worden ingesteld bij de Commissie van Beroep.²¹¹ Dit kan in de gevallen dat het belang van de vordering ten minste € 25.000 beloopt en alleen bij een bindende uitspraak.²¹²

Hoger beroep kan los van deze vereisten worden ingesteld in het geval dat de Voorzitter van de Geschillencommissie hoger beroep heeft opengesteld, of als de financieel dienstverlener aannemelijk maakt dat het principiële belang van de uitspraak zo zwaar weegt, dat het financiële belang de grens van vijf miljoen euro zal overschrijden. In dit laatste geval betaalt de financieel dienstverlener de kosten van de klager en betaalt hij ook de toegewezen vordering in eerste aanleg, ongeacht de uitspraak.²¹³

Daarnaast kan de voorzitter van de Geschillencommissie in het geval van een bindende uitspraak op verzoek van een partij dat binnen drie maanden ingediend is, hoger beroep openstellen bij de Commissie van Beroep als beroep er om andere gronden niet tegen open staat. Dat kan wanneer de voorzitter van mening is dat er goede gronden bestaan om aan te nemen dat de uitspraak voor vernietiging ex artikel 7:904 BW vatbaar is.²¹⁴

²⁰⁷ Art. 32.4 Reglement Geschillencommissie.

²⁰⁸ Art. 38.6 Reglement Geschillencommissie.

²⁰⁹ De financiële dienstverlener kan in de zaak voorleggen aan de burgerlijke rechter “indien het een Klacht betreft waarvan de Financiële dienstverlener naar het oordeel van de burgerlijke rechter aannemelijk maakt dat de uitspraak zo principiële moet worden geacht, dat het daarmee gemoeide belang voor de Financiële dienstverlener of de bedrijfstak in zijn algemeenheid de grens van € 5.000.000,- zal overschrijden” (art. 41.2 Reglement Geschillencommissie). Hier wordt later in dit hoofdstuk nader op ingegaan.

²¹⁰ Art. 41.2 Reglement Geschillencommissie.

²¹¹ Art. 6 Reglement Commissie van Beroep.

²¹² Art. 5.1 Reglement Commissie van Beroep.

²¹³ Art. 5.2 Reglement Commissie van Beroep.

²¹⁴ Art. 41.3 Reglement Geschillencommissie Kifid.

Het hoger beroep heeft een schorsende werking.²¹⁵ De procedure kent een eigen bijdrage van 500 euro voor een consument en van 500 tot 5000 euro voor de financieel dienstverlener.²¹⁶

Net als bij de behandeling door de Geschillencommissie wordt het beroep behandeld door een commissie,²¹⁷ waarvan het mogelijk is een wrakingsverzoek ten aanzien van de leden in te dienen.²¹⁸ Op deze wrakingsprocedure in het kader van de rechtsstatelijke waarborgen wordt nader ingegaan in paragraaf 4.3.2. De procedureregels uit het Reglement van de Commissie van Beroep sluiten aan bij de procedure voor de Geschillencommissie.

4.2.6 Rechtsstatelijke waarborgen

In de voorgaande hoofdstukken zijn de organisatiestructuur en de procedures van Kifid in grote lijnen uiteengezet. In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de vraag of en hoe de rechtsstatelijke waarborgen in deze structuur en in de procedureregels zijn verankerd. Dit wordt gedaan aan de hand van de waarborgen die zijn behandeld in hoofdstuk 2 van dit rapport.

Legaliteit

Een belangrijke waarborg is de vraag of de geschilbeslechter gebonden is aan de wet. Dit artikel wordt echter door artikel 10 Implementatiewet ten aanzien van Kifid buiten werking gesteld. Zo wordt gewaarborgd dat de adviezen van Kifid voldoen aan bindende wetsbepalingen en is de legaliteit van de adviezen gewaarborgd.

Toegang tot de rechter

Er dienen twee aspecten van de toegang tot de rechter worden onderscheiden: de toegang tot Kifid en de toegang tot de burgerlijke rechter.

Toegang tot Kifid

Bij de toegang tot het Kifid zijn enerzijds de daadwerkelijke toegang tot de klachtenprocedure bij Kifid, en anderzijds de toegankelijkheid ervan van belang.

De toegang tot het Kifid wordt met name gewaarborgd doordat artikel 12 Implementatiewet de verplichting aan financiële dienstverleners oplegt om consumenten te wijzen op de mogelijkheid om een klacht bij het Kifid in te kunnen dienen, zowel in het algemeen als indien een klacht bij de financiële dienstverlener ingediend en niet opgelost is. Dit wordt ondersteund door de bepaling in de

²¹⁵ Art. 5.3 Reglement Commissie van Beroep.

²¹⁶ Art. 5.4 Reglement Commissie van Beroep.

²¹⁷ Art. 7 Reglement Commissie van Beroep.

²¹⁸ Art. 8 Reglement Commissie van Beroep.

reglementen van Kifid dat de termijn om een klacht in te dienen voor de consument wordt verlengd als niet op deze mogelijkheid gewezen is.²¹⁹

Toegankelijkheid

Bekendheid en vindbaarheid

Uit de evaluatie van het Kifid (zie kader) blijkt dat van de 466 respondenten 97 respondenten een klacht gehad te hebben over een financieel dienstverlener. Van deze 97 respondenten hebben er 24 geen klacht bij Kifid ingediend, omdat ze van het bestaan van deze organisatie niet wisten.²²⁰

Evaluatieonderzoek Kifid

In 2016 is er in opdracht van het ministerie van Financiën een evaluatieonderzoek over Kifid uitgevoerd door KWINK groep. Dit onderzoek geeft enerzijds uitvoering aan de toezegging van de minister aan de Tweede Kamer om de in 2013 vernieuwde organisatiestructuur te evalueren, en anderzijds aan de vereiste evaluatie uit het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, dat Kifid iedere vier jaar door een onafhankelijke onderzoeksinstantie geëvalueerd dient te worden (*Kamerstukken II*, 2016-17, 29507, 142).

Het onderzoek richt zich op zes onderwerpen: onafhankelijkheid, het tegengaan van versnippering, borging van het consumentenbelang (waaronder laagdrempeligheid), doeltreffendheid en doelmatigheid. De volgende onderzoeksmethoden zijn bij dit onderzoek ingezet: bronnenonderzoek naar onder meer de statuten en reglementen van Kifid, de jaarverslagen, een klanttevredenheidsonderzoek dat Kifid heeft laten uitvoeren, klachten over Kifid bij het instituut zelf en bij het ministerie, de website van Kifid en de cijfers over doorlooptijden; gesprekken met Kifid en met externe stakeholders en twee enquêtes, een onder een consumentenpanel en een onder advocaten (Van Mil e.a. 2016, p. 3-4).

De consumentenenquête waarnaar verwezen is, is ingevuld door 466 respondenten uit een representatief panel van Nederlandse consumenten van 28 jaar en ouder. De consumenten waren voor 51 % man en voor 49 % vrouw, verspreid over verschillende leeftijdsgroepen (Van Mil e.a. 2016, p. 59).

²¹⁹ Art. 5 Reglement Geschillencommissie.

²²⁰ Van Mil e.a. 2016, p. 20.

Laagdrempeligheid

De reguliere behandeling door de Geschillencommissie is gratis en het indienen van een klacht kan eenvoudig online. De behandeling is sneller dan de procedure bij de rechter.

De uitspraak in hoger beroep vergt wel een eigen bijdrage, die is € 500 voor een consument. Ook dient de juridische bijstand zelf betaald te worden. In 2015 liet 24% van de klagers zich door een advocaat bijstaan. Hiermee is er sprake van een laagdrempelige klachtenbehandeling, concludeerde Van Mil e.a. bij de evaluatie van Kifid.²²¹ Dit is tevens een vereiste van de Richtlijn ADR Consumenten.²²²

Begrijpelijkheid

Hoewel Van Mil e.a. constateert dat advocaten relatief positief oordelen over de begrijpelijkheid in de communicatie van Kifid, oordeelt de evaluatiecommissie kritisch over de begrijpelijkheid van de communicatie van Kifid, met name omdat de website zowel wat betreft taal als wat betreft toegankelijkheid voor verbetering vatbaar zijn.²²³ Deze website is inmiddels gewijzigd.

Uit onderzoek door middel van een representatief panel van consumenten blijkt dat de uitspraken van het Kifid ten tijde van het evaluatieonderzoek voor grote minderheden onvoldoende begrijpelijk of leesbaar waren. Zo gaf bij twee uitspraken van Kifid 27% en 22% van de consumenten aan dat ze het oneens waren met de stelling: "ik snap wat de uitkomst van de uitspraak is".²²⁴

In een reactie stelt Kifid te werken aan deze toegankelijkheid. In 2016 sprak het instituut het streven uit om begin 2017 te voldoen aan de eisen van het Waarmerk Drempelvrij. In de woorden van Kifid betekent dit dat "de gebruiksvriendelijkheid opnieuw verbetert. Dit betekent: de informatie is begrijpelijk, het taalgebruik is eenvoudiger en de logica en opbouw van de website zijn duidelijk".²²⁵

Redelijke termijnen

Voor Kifid zijn in het kader van het verbod op excessieve formaliteiten de doorlooptijden van belang, zowel wat betreft de reglementaire bepalingen als de gerealiseerde doorlooptijden.

²²¹ Van Mil e.a. 2016, p. 27.

²²² Artikel 8 lid 3 sub c van deze richtlijn eist dat een buitengerechtelijke geschillenprocedure kosteloos of tegen een geringe vergoeding beschikbaar is

²²³ Van Mil e.a. 2016, p. 27-28.

²²⁴ Van Mil e.a. 2016, p.28

²²⁵ *Reactie op Evaluatierapport: vernieuwing Kifid verloopt succesvol*, 20 december 2016. Online beschikbaar (geraadpleegd 27 april 2017). <https://www.kifid.nl/nieuws/reactie-op-evaluatierapport-vernieuwing-kifid-verloopt-succesvol/144>

Reglementen

De reglementen van Kifid kennen een aantal regels over termijnen. De meeste van deze termijnen zien op de consumenten en de financiële dienstverleners. Zo kent het Reglement Geschillencommissie bepalingen waarbinnen een klacht bij Kifid ingediend moet zijn,²²⁶ en een termijn waarbinnen een consument in bezwaar kan gaan tegen een afwijzende beslissing omtrent de behandelbaarheid van een klacht,²²⁷ maar geen termijn waarbinnen de ontvangst van een klacht bevestigd moet worden. Artikel 3 Implementatiewet legt hier een termijn op van uiterlijk 3 weken.

Er is evenmin een termijn opgenomen in de reglementen waarbinnen de financiële dienstverlener geïnformeerd wordt over de klacht en het daarbij gepaarde verzoek of de financiële dienstverlener verweer wil voeren of wil verwijzen naar het eerder ingenomen standpunt.²²⁸ Voor het verweer heeft de financiële dienstverlener vier weken, wat verlengd kan worden met twee weken of met vier weken in de zomermaanden.²²⁹ Voor repliek en dupliek geldt een termijn van twee weken met eenzelfde verlengingsmogelijkheid.²³⁰

Voor het tijdstip van de mondelinge behandeling die op de schriftelijke behandeling kan volgen, is geen termijn in de reglementen opgenomen.²³¹

De Geschillencommissie kent een streeftermijn van 90 dagen voor het doen van een uitspraak, die door de Geschillencommissie verlengd kan worden.²³² Deze streeftermijn en de uitstelmogelijkheid komen overeen met de termijn in de ADR-Richtlijn.²³³

De Geschillencommissie kan de termijn handhaven door te laat ingezonden stukken buiten beschouwing te laten, behoudens zwaarwegende redenen om een dergelijk stuk toch toe te laten.²³⁴ De klacht van een consument die, ondanks het stellen van een laatste termijn, verzuimt te reageren op verzoeken tot het inzenden van stukken of het verstrekken van inlichtingen, kan buiten behandeling gesteld worden.²³⁵

²²⁶ Art. 5 Reglement Geschillencommissie.

²²⁷ Vier weken, art. 8 Reglement Geschillencommissie.

²²⁸ Dat de financiële dienstverlener geïnformeerd wordt, is opgenomen in art. 7.3 Reglement Geschillencommissie.

²²⁹ Art. 12.7 Reglement Geschillencommissie.

²³⁰ Art. 13.3 Reglement Geschillencommissie.

²³¹ Zie art. 33 Reglement Geschillencommissie.

²³² Art. 38.2 Reglement Geschillencommissie.

²³³ Art. 8 lid 3 sub e ADR-Richtlijn consumenten.

²³⁴ Art. 12.7, 13.4 & 40.2 Reglement Geschillencommissie.

²³⁵ Art. 15 Reglement Geschillencommissie.

Voor de behandeling van een hoger beroep gelden soortgelijke termijnvoorschriften.²³⁶ De ontvangstbevestiging van het beroep dient onverwijld verstuurd te worden.²³⁷

Zowel de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep kennen een algemene hardheidsclausule: de voorzitter van de desbetreffende commissie kan van de procedurevoorschriften afwijken als het toepassen daarvan voor een partij zou leiden tot een onbillijkheid van ernstige aard en de belangen van de andere partij daardoor niet onevenredig worden geschaad.²³⁸

Resultaten

Bij de evaluatie van Kifid in 2015 werd geconcludeerd dat de doorlooptijden in 2015 verbeterd zijn, maar nog wel als lang ervaren worden. Dit hangt samen met de onduidelijkheid over de termijnen. Van Mil e.a. schrijven dat het Kifid als een *black box* wordt ervaren: “het gevoel is dat er informatie wordt aangeleverd, dat het daarna regelmatig relatief lang stil blijft en er dan op verzoek van Kifid weer op zeer korte termijn moet worden gereageerd”.²³⁹

Van Mil merkt voorts op dat Kifid interne streefnormen heeft opgesteld, naast de bestaande ADR-richtlijn: het streven is om in 95% van de gevallen binnen zeven dagen aan de consument te laten weten of de klacht behandelbaar is, in 95% van de gevallen binnen veertien dagen klachten toewijzen aan een secretaris en 95% van de klachten binnen 180 dagen na binnenkomst afgehandeld hebben. Kifid houdt deze doorlooptijden goed bij en gebruikt die bij de aansturing van secretarissen.²⁴⁰

Overigens wordt in het evaluatierapport ook opgemerkt dat er uitloop voorkomt vanwege termijnoverschrijding door consumenten en financiële dienstverleners.²⁴¹

Toegang tot de rechter

Toegang tot de rechter in plaats van het bindend advies

De mogelijkheid om een klacht in te dienen bij Kifid staat niet aan de gang naar de burgerlijke rechter in de weg. In de eerste plaats kan een beding dat de consument verplicht een klacht aan Kifid voor te leggen, dat gesloten is voordat het geschil ontstaan is, niet aan de consument tegengeworpen worden (art. 9 lid 1 Implementatiewet).²⁴² Bovendien kan de beslissing alleen bindend zijn als de partijen vooraf geïnformeerd zijn over en ingestemd hebben met het bindende

²³⁶ Zie art. 6.6 en 6.9 Reglement Commissie van Beroep.

²³⁷ Art. 6.4 Reglement Commissie van Beroep.

²³⁸ Art. 57 Reglement Geschillencommissie; art. 24 Reglement Commissie van Beroep.

²³⁹ Van Mil e.a. 2015, p. 32.

²⁴⁰ Van Mil e.a. 2015, p. 33. De interne streefcijfers zijn niet gepubliceerd.

²⁴¹ Van Mil e.a. 2015, p. 32.

²⁴² Wat betreft een bindend adviesclausule in algemene voorwaarden vloeit dit tevens voort uit art. 6:233 onder a jo. art. 6:236 onder n BW, waarbij een dergelijke clausule als onredelijk bezwarend aangemerkt wordt.

karakter van het besluit van Kifid (art. 9 lid 2 Implementatiewet). Tenslotte is ook het bindend advies, zij het zeer beperkt, bij de rechter aantastbaar op grond van artikel 7:904 lid 1 BW, waarbij het advies marginaal getoetst kan worden.²⁴³ De toegang tot de burgerlijke rechter wordt dus niet door het Kifid afgesneden.

Toegang tot de rechter na het bindend advies

Reguliere procedure

Kifid doet uitspraak als bindend advies indien de partijen de uitspraak bij voorbaat als bindend aanvaard hebben. De mogelijkheid dat een bindend advies door de rechter op de voet van artikel 7:904 lid 1 BW vernietigd kan worden (zie para. 3.3.1) geeft de rechter een in potentie bewakende en waarborgende rol, nu hij een bindend advies kan vernietigen wanneer elementaire procedurele waarborgen bij de totstandkoming veronachtzaamd zijn. Artikel 10 Implementatiewet stelt deze hoge grens naar beneden bij. Op grond van dit wetsartikel vindt artikel 7:902 BW geen toepassing bij uitspraken van Kifid en mag een bindend advies van Kifid dus niet in strijd komen met dwingend recht. De vernietigingsgronden van artikel 7:902 BW voor de burgerlijke rechter zijn zo uitgebreid ten opzichte van een regulier bindend advies, nu ook aan dwingend recht getoetst mag worden. Dit breidt de genoemde bewakende en waarborgende rol van de rechter in potentie uit.

Verkorte procedure

In het geval van een verkorte procedure is het advies van de Geschillencommissie niet bindend, ondanks de aanvaarding van de bindendheid van de uitspraak door beide partijen. In dat geval kan het geschil nog ten volle aan de rechter worden voorgelegd.²⁴⁴

Het beginsel van full jurisdiction

Bij het beginsel van *full jurisdiction* gaat het erom dat partijen niet de gelegenheid wordt ontnomen om bepaalde juridische relevante facetten van een zaak aan Kifid voor te leggen. De reglementen van Kifid verhinderen dit niet: de Geschillencommissie kan een klacht en de daaraan gekoppelde vordering ten volle beoordelen.

Partijen hebben wel de mogelijkheid de Geschillencommissie te verzoeken om bepaalde informatie met het oog op de privacy slechts aan een gemachtigde die arts of advocaat is te verstrekken of in het geheel niet te verstrekken. In dat laatste geval beoordeelt de voorzitter van de Geschillencommissie of een door hem aangewezen lid van de Geschillencommissie of een partij deze informatie wel of niet dient te

²⁴³ Vgl. HR 20 mei 2005, *NJ* 2017, 114.

²⁴⁴ Art. 32 Reglement Geschillencommissie.

verstrekken. In artikel 35 van het Reglement is een regeling opgenomen vergelijkbaar met het bestuursrecht en het burgerlijk recht.²⁴⁵

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Institutionele en rechtspersoonlijke onafhankelijkheid

Wat de onafhankelijkheid betreft, is zowel de onafhankelijkheid van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep ten opzichte van het stichtingsbestuur van Kifid van belang, als de onafhankelijkheid van Kifid ten opzichte van de aangesloten financiële dienstverleners. Daarnaast speelt de onafhankelijkheid ten opzichte van de Minister van Financiën.

Onafhankelijkheid jegens externe partijen

De financiële sector

In de eerste plaats wordt de onafhankelijkheid van het Kifid tegenover de financiële sector geregeld door incompatibiliteiten. Zo mogen leden van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep niet werkzaam zijn voor beroepsorganisaties voor financiële ondernemingen, of voor een financiële onderneming ten aanzien van wie klachten aan Kifid voorgelegd kunnen worden. Ook mogen zij gedurende een jaar voorafgaand aan de aanvaarding van de functie niet voor zo'n organisatie werkzaam zijn geweest en dienen zij zich ertoe te verbinden gedurende drie jaar nadat de functie beëindigd is, niet voor een aangesloten financieel dienstverlener te werken.²⁴⁶

Voor leden van het bestuur geldt dat zij niet werkzaam mogen zijn of de afgelopen drie jaren zijn geweest voor een beroepsorganisatie voor financiële ondernemingen, bij een aangesloten financiële dienstverlener of voor een brancheorganisatie. Dit geldt ook voor de partner en bloed- en aanverwanten tot en met de tweede graad.²⁴⁷

De regelingen dat bestuursleden en leden van de commissies gedurende een bepaalde termijn niet werkzaam geweest mogen zijn voor financiële dienstverleners geeft uitdrukking aan de eis van artikel 46 Besluit, dat vereist dat de onafhankelijkheid van het bestuur gewaarborgd wordt doordat de leden ervan gedurende een jaar voorafgaande aan de aanvaarding van de functie niet verbonden zijn geweest aan een financiële onderneming of een beroepsorganisatie ervan, en art 47 Besluit dat hetzelfde regelt voor de personen die met de geschillenbeslechting belast zijn.

De financiële sector financiert het Kifid. Hieromtrent is bepaald dat de begroting en het bezoldigingsbeleid door de Minister van Financiën goedgekeurd moet worden.²⁴⁸ Wel moet de begroting ter raadpleging aan brancheorganisaties voor

²⁴⁵ Art. 35 Reglement Geschillencommissie.

²⁴⁶ Art. 20.7 Statuten; art. 21.7 Statuten.

²⁴⁷ Art. 5.5 sub a Statuten.

²⁴⁸ Art. 8.2 en 27 Statuten.

financieel dienstverleners worden voorgelegd. Het verslag hiervan wordt bij het verzoek om goedkeuring aan de minister voorgelegd.²⁴⁹

Onafhankelijkheid ten opzichte van de Minister van Financiën

Ook de minister kent een zekere betrokkenheid bij Kifid. Zo moet hij toestemming geven voor de vaststelling en wijziging van de profielschets van bestuurders,²⁵⁰ voor de benoeming van leden van het bestuur, de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep (art. 48a Besluit) en voor het bezoldigingsbeleid van Kifid.²⁵¹ Ook verleent hij goedkeuring aan de begroting van Kifid²⁵² en aan een statutenwijziging van Kifid.²⁵³

De onafhankelijkheid ten opzichte van de financiële sector en de minister van Financiën wordt dus met name bereikt doordat de invloed gespreid is: de minister van Financiën dient steeds toestemming te geven. De financiële sector moet weliswaar via brancheorganisaties geraadpleegd worden, maar heeft geen beslissende invloed op de begroting of het beleid. Bovendien kan de minister Kifid al dan niet erkennen als geschillenbeslechter in de zin van artikel 4:17 Wft. Hiermee heeft hij een krachtig middel in handen om de gang van zaken binnen het Kifid te doen bijsturen.²⁵⁴

Bij de evaluatie van Kifid is geconcludeerd dat deze regeling bijdraagt aan de ervaren onafhankelijkheid van de financiële sector, maar dat de onafhankelijkheid ten opzichte van politiek en overheid een aandachtspunt is: er is in het verleden met name aandacht gegeven aan de onafhankelijkheid ten opzichte van de financiële sector, waarbij de minister van Financiën een aantal bevoegdheden verkregen heeft. Volgens Van Mil e.a. verdient thans de instemmingsbevoegdheid van de minister van Financiën ten opzichte van leden van de Geschillencommissie en van de Commissie van Beroep 'een nadere afweging'.²⁵⁵ De geïnterviewde betrokkenen zijn van mening dat de instemmingsbevoegdheid ten opzichte van de voorzitters en de leden van de commissies van de minister van Financiën beperkt zou kunnen worden. Zij wijzen erop dat de minister van Financiën ook in moet stemmen met de benoeming van bestuursleden, die in overleg met de voorzitters van de desbetreffende commissies een voordracht voor het lidmaatschap van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep doen: dat is volgens hen een voldoende waarborg. Daarnaast levert het verdrag op, nu steeds gewacht moet worden op de toestemming van de minister. De geïnterviewde betrokkenen bij Kifid

²⁴⁹ Art. 27 Statuten.

²⁵⁰ Art. 5.3 Statuten.

²⁵¹ Art. 8.2 Statuten.

²⁵² Art. 27 Statuten.

²⁵³ Art. 29.1 Statuten.

²⁵⁴ Interviews Kifid.

²⁵⁵ Van Mil e.a. 2015, p. 25.

benadrukken echter dat niemand op het Kifid een afhankelijkheidsrelatie ervaart, noch met de minister van Financiën, noch met de financiële sector.²⁵⁶

Onafhankelijkheid jegens Kifid-organen

In de statuten en reglementen van Kifid is voor zowel de Geschillencommissie als de Commissie van Beroep opgenomen dat de leden hun functie onafhankelijk en naar eigen inzicht uitoefenen en dat zij geen instructies van wie dan ook over de uitoefening van hun functie aanvaarden.²⁵⁷ Ook is in de taakomschrijving van het bestuur van Kifid opgenomen dat het uitdrukkelijk niet treedt in de beslechting van geschillen.²⁵⁸ Dit komt overeen met bepalingen in de Wet op de rechterlijke organisatie, waarin bepaald is dat het bestuur van een gerecht niet treedt in de procesrechtelijke behandeling of inhoudelijke beoordeling van concrete zaken of categorieën van zaken (art. 23 lid 2 Wet RO). Een overeenkomstige bepaling geldt voor de Raad van de Rechtspraak (art. 96 Wet RO).

De leden van beide commissies worden door het bestuur benoemd na raadpleging van de voorzitters, voor een termijn van 5 jaar. De leden van beide commissies kunnen telkens worden herbenoemd.²⁵⁹ De voorzitters van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep worden met een gekwalificeerder meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen genomen.²⁶⁰ Na het bereiken van de leeftijd van 70 jaar kan een lid van een commissie niet worden herbenoemd, uitgezonderd een eenmalige herbenoeming van één jaar.²⁶¹

Tussentijds ontslag van de leden van de Geschillencommissie kan worden aangevraagd door het bestuur en kan om zwaarwegende redenen door de Rechtbank Den Haag worden verleend.²⁶² Van deze procedure lijkt tot nu toe geen gebruik gemaakt te zijn.²⁶³

Het bezoldigingsbeleid van de stichting ten aanzien van de leden wordt vastgesteld door het bestuur na schriftelijke toestemming van de Minister van Financiën.²⁶⁴ Een voorstel voor het bezoldigingsbeleid wordt opgesteld door de

²⁵⁶ Interviews Kifid.

²⁵⁷ Art. 20.3 Statuten; art. 44 Reglement Geschillencommissie; art. 21 Statuten; art. 4.1 Reglement Commissie van Beroep.

²⁵⁸ Art. 9.1 Statuten Kifid.

²⁵⁹ Art. 20.4 Reglement Geschillencommissie; art. 21.4 Reglement Commissie van Beroep.

²⁶⁰ 13.9 onder d en e Statuten.

²⁶¹ Art. 20.4 Statuten Kifid.

²⁶² Art. 20.5 sub g Reglement Geschillencommissie Kifid; art. 21.4 Reglement Commissie van Beroep Kifid.

²⁶³ De zoektermen 'ontslag kifid' naar uitspraken van de Rechtbank Den Haag levert één resultaat op bij een zoektocht op de database van Rechtspraak.nl. Dit betreft echter een ontslagvergunning van een medewerker en geen ontslag van een lid van een van beide commissies (Rb Den Haag 28 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4822).

²⁶⁴ Art. 8.2 Statuten en art. 20.6 van het Reglement Geschillencommissie resp. art. 21.6 van het Reglement Commissie van Beroep

Renumeratiecommissie van Kifid, waarvan de leden worden benoemd door het bestuur en onafhankelijk en naar eigen inzicht hun taken uitvoeren.²⁶⁵

Voorts mogen leden van andere organen geen zitting nemen in het bestuur van Kifid²⁶⁶ en kunnen leden van de Geschillencommissie of de Commissie van Beroep geen zitting nemen in andere organen van Kifid.²⁶⁷

De handelwijze ten aanzien van de werving van commissieleden voor de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep blijkt te verschillen: bij het aantrekken van kandidaten voor de Geschillencommissie wordt gekozen voor open vacatures, waar in het geval van de Commissie van Beroep proactief contact opgenomen wordt met kandidaten.²⁶⁸

Onpartijdigheid

In de reglementen van Kifid zijn drie maatregelen genomen om voor de onpartijdigheid van leden van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep te waken: er gelden incompatibiliteiten, nevenfuncties moeten openbaar gemaakt worden en er is een wrakingsregeling voorzien.

Incompatibiliteiten en nevenfuncties

In de paragraaf over onafhankelijkheid zijn reeds de nodige incompatibiliteiten opgenomen, waaronder voor de onpartijdigheid met name de verboden om werkzaam te zijn in de periode een jaar voor, tijdens en drie jaar na het lidmaatschap van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep relevant zijn. Uit gesprekken met betrokkenen bij het Kifid blijkt dat deze vereisten als strikt worden ervaren. Er wordt in dit verband gewezen op het feit dat een beroep door vijf leden wordt behandeld: ook dit is al een controle tegen partijdigheid, nu de partijdigheid van één lid beperkte invloed heeft.²⁶⁹

Voor andere nevenfuncties geldt dat alle functies en nevenfuncties en de belangen en relaties die de onafhankelijkheid van de leden van beide commissies in gevaar zouden kunnen brengen, bij het bestuur en de voorzitter van de betreffende commissie gemeld moeten worden. Indien de functies relevant zijn, worden zij via de website van Kifid gepubliceerd of toegankelijk gemaakt door een eenvoudige verwijzing.²⁷⁰

Wraking en verschoning

Wraking

²⁶⁵ Art. 23 Statuten.

²⁶⁶ art. 5.5 sub b Statuten.

²⁶⁷ Art. 20.5 sub c Statuten; art. 21.5 sub c Statuten.

²⁶⁸ Interviews Kifid.

²⁶⁹ Interviews Kifid.

²⁷⁰ Art. 44.2 Reglement Geschillencommissie; art. 4.2 Reglement Commissie van Beroep.

De reglementen voor de Geschillencommissie en voor de Commissie van Beroep kennen wrakingsregelingen.²⁷¹ De mogelijkheid van wraking is voorgeschreven in artikel 48 lid 1 sub c Besluit.

Wraking kan schriftelijk ten aanzien van vooraf bekende wrakingsgronden of mondeling indien de wrakingsgrond tijdens de mondelinge behandeling blijkt. Wrakingsgrond is of ‘van te zijnen aanzien bestaande feiten of omstandigheden waardoor zijn onpartijdigheid of onafhankelijk oordeel bij de behandeling van de klacht aan twijfel onderhevig zou kunnen zijn’.

Net als de wraking in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht, wordt de behandeling na een verzoek geschorst. Indien de wraking wordt afgewezen, wordt de behandeling hervat in de stand waarin deze zich bevond toen het wrakingsverzoek werd gedaan.

Bij de Geschillencommissie wordt de wraking behandeld door een daartoe door de voorzitter van de Geschillencommissie ingestelde commissie, die bestaat uit drie leden van de Geschillencommissie.²⁷² Bij de Commissie van Beroep neemt de commissie die de zaak behandelt, in beginsel zelf de wraking in behandeling. Het lid tegen wie het wrakingsverzoek zich richt, neemt geen deel aan deze behandeling.²⁷³ In het geval dat alle leden van de behandelende commissie gewraakt worden, wijst de voorzitter een lid van de Commissie van Beroep aan om over de wraking te beslissen.²⁷⁴ Verder kan bij de Commissie van Beroep worden besloten dat de wraking geen schorsende werking heeft, indien de indruk bestaat dat de wraking slechts als verdragingsmiddel wordt gebruikt.²⁷⁵ Hierin wijkt de wrakingsprocedure bij de Commissie van Beroep dus af van wat voor de reguliere rechtspraak behandeld is, maar ook van wat bij de Geschillencommissie gebruikelijk is. Volgens de geïnterviewde betrokkenen komt dit verschil eruit voort dat de Commissie van Beroep kleiner is dan de Geschillencommissie, waardoor het moeilijker is om op korte termijn een volledige wrakingskamer aanwezig te hebben.²⁷⁶

De voorzitter kan een wrakingsverzoek ook als kennelijk ongegrond terzijde stellen indien buiten twijfel staat dat de aangevoerd bezwaren niet tot toewijzing van het verzoek kunnen leiden. Een wrakingsverzoek wordt in beginsel schriftelijk behandeld, maar kan ook mondeling behandeld worden. Het toetsingskader van artikel 7:904 lid BW, dat vernietiging door de rechter mogelijk maakt indien de gebondenheid aan de beslissing in verband met de totstandkoming van een bindend advies, lijkt het mogelijk te maken dat het afwijzen van een wrakingsverzoek op een later moment aan de rechter ter toetsing wordt voorgelegd. Er zijn echter geen

²⁷¹ Art. 46 en 47 Reglement Geschillencommissie; art. 8 Reglement Commissie van Beroep.

²⁷² Artikel 47 lid 1 Reglement Geschillencommissie.

²⁷³ Artikel 8.6 Reglement Commissie van Beroep.

²⁷⁴ Artikel 8.6 Reglement Commissie van Beroep.

²⁷⁵ Artikel 8.7 en de toelichting daarop, Reglement Commissie van Beroep.

²⁷⁶ Interviews Kifid.

voorbeelden van rechtspraak hieromtrent gepubliceerd.²⁷⁷ Uit de uitspraken blijkt wel dat de toetsingsmaatstaf voor vernietiging streng is: er wordt marginaal getoetst. Wat betreft de gebreken bij de totstandkoming geldt dat een beslissing pas vernietigbaar is, als er fundamentele beginselen van procesrecht veronachtzaamd zijn. Er wordt benadrukt dat de rechtbank niet de rol heeft van appèlinstantie op Kifid.²⁷⁸

Verschoning

Een lid van de Commissie verschoont zich indien de klacht zich richt tegen een financiële dienstverlener aan wie hij in de periode waarop de klacht betrekking heeft of drie jaar daarvoor, verbonden is geweest, of indien het lid zelf van oordeel is dat er feiten of omstandigheden bestaan waardoor zijn onpartijdigheid of onafhankelijk oordeel bij de behandeling van de klacht aan twijfel onderhevig zou kunnen zijn.

Uitspraken

Er zijn enkele uitspraken van het Kifid gepubliceerd met een aan ‘wraking’ gerelateerd trefwoord.²⁷⁹ Drie van deze zaken betreffen ‘gewone’ uitspraken waarin de wraking slechts terzijde wordt genoemd, een gevonden uitspraak is een uitspraak op het wrakingsverzoek.

In een van deze zaken heeft het wrakingsverzoek geleid tot de verschoning van een Commissielid. In twee andere zaken wordt de wrakingsprocedure slechts terzijde genoemd en is het verzoek afgewezen.²⁸⁰ In de vierde uitspraak werd een wrakingsverzoek tegen de – inmiddels afgeschafte – ombudsman afgewezen.²⁸¹

²⁷⁷ Doorzoeking van de database van www.rechtspraak.nl met de zoekopdracht ‘7:904 BW kifid’ levert 9 uitspraken op. Geen hiervan heeft betrekking op een wrakingsverzoek dat ter beoordeling aan de rechter wordt voorgelegd.

²⁷⁸ Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 17 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5066, (r.o. 4.10); Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 3 juni 2014, ECLI:NL:GHSE:2014:1628, r.o. 4.9.

²⁷⁹ Er is gezocht met verschillende trefwoorden in het uitsprakenregister van Kifid. Het trefwoord ‘wraking’ levert 4 uitspraken op (2014-017, 2013-010, 2011-01 en 2011-88). Uit de interviews blijkt dat de uitspraken op een wrakingsverzoek sinds maart 2017 gepubliceerd worden.

²⁸⁰ Uitspraken 2011-88, 2013-10 & 2014-17.

²⁸¹ Uitspraak 2011-01.

Zaaktoedeling

Ten aanzien van de zaaktoedeling is in de reglementen niet meer bepaald dan dat de voorzitter beslist welke leden aan de behandeling van de klacht deelnemen. Een van de leden is de voorzitter of een door hem aangewezen vicevoorzitter, of een ander lid dat aan de eisen voor benoeming tot voorzitter voldoet. De aard van de klacht wordt meegenomen bij de beslissing welke leden de klacht in behandeling zullen nemen.²⁸²

Bij de Geschillencommissie geldt dat de voorzitter tevens beslist of de behandeling enkelvoudig of meervoudig is, gelet op de vereiste deskundigheid, het financiële en maatschappelijke belang dat met de klacht gemoeid gaat en de vraag of er al eerder uitspraken over de in de klacht voorgelegde vragen zijn gedaan.²⁸³ Bij de meervoudige behandeling neemt waar nodig ten minste één deskundig lid deel aan de behandeling.²⁸⁴ De Commissie van Beroep oordeelt altijd in een meervoudige samenstelling.²⁸⁵

Recht op bijstand

Recht op bijstand in enge zin

De reglementen van Kifid voorzien in een recht op bijstand voor de consument en de financieel dienstverlener, zowel in de vorm van een vertegenwoordiger als iemand die de consument bijstaat.²⁸⁶ In de praktijk blijkt dat consumenten zich in de procedure voor de Geschillencommissie in een grote minderheid van de gevallen laten bijstaan. Bij de Commissie van Beroep laten consumenten zich vaker wel dan niet bijstaan. De aard van de bijstand verschilt: er kan sprake zijn van een familielid of een bekende, of van een juridisch belangenbehartiger of een advocaat.²⁸⁷

In het algemeen komt uit de interviews een positief beeld van de bijstandsverleners van consumenten naar voren. Er wordt met name genoemd dat de betrokkenheid groot is. In beide commissies geldt dat de mate waarin er ongelijkheidscompensatie plaatsvindt, mede afhankelijk is van de aard van de bijstand. De zittingscommissie doet, in de woorden van een van de geïnterviewden, de check of het speelveld gelijk is.²⁸⁸

Zowel voor de Geschillencommissie als de Commissie van Beroep is bepaald dat een persoon het recht ontzegd kan worden om op te treden als bijstandsverlener of vertegenwoordiger als deze persoon zich, ook na waarschuwingen, gedraagt op een wijze die in het maatschappelijk verkeer onaanvaardbaar is of hij het belang van de

²⁸² Art. 30 Reglement Geschillencommissie; art. 7 Reglement Commissie van Beroep.

²⁸³ Art. 29 Reglement Geschillencommissie.

²⁸⁴ Art. 30 Reglement Geschillencommissie.

²⁸⁵ Art. 7 Reglement Commissie van Beroep.

²⁸⁶ Art. 11 Reglement Geschillencommissie.

²⁸⁷ Interviews Kifid.

²⁸⁸ Interviews Kifid.

door hem bijgestane consument schaadt of dreigt te schaden. Deze mogelijkheid geldt niet indien de persoon een advocaat is:²⁸⁹ zij vallen immers al onder het tuchtrecht van de advocatuur.²⁹⁰ Van de mogelijkheid om dit recht aan een persoon te ontzeggen is in één geval gebruik gemaakt.²⁹¹

Kosten rechtsbijstand

Voor het indienen van een klacht bij Kifid kan de klager geen gesubsidieerde bijstand ontvangen. De consument kan wel tegemoetgekomen worden doordat de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep de financiële dienstverlener kunnen veroordelen tot het betalen van de kosten die de consument gemaakt heeft in verband met het aanhangig maken of de behandeling van een klacht. Deze vergoeding gaat aan de hand van liquidatietarieven en kent een maximum van €5.000.²⁹² Het liquidatietarief wordt vastgesteld door de beide commissies. De bedragen zijn dus niet per definitie kostendekkend. Wel moet de consument aantonen dat hij daadwerkelijk kosten gemaakt heeft.²⁹³

Equality of arms

Formele equality of arms

Interne openbaarheid

De interne openbaarheid is in de reglementen van Kifid op soortgelijke wijze gewaarborgd als binnen wettelijke procesrechtvoorschriften, doordat de schriftelijke ronde met een klacht en een verweer, met mogelijkheid voor repliek en dupliek aansluiten bij de procedure zoals omschreven in artikelen 128 en 132 Rv.²⁹⁴ Er is gezorgd voor een procedure waarbij klager en verweerder steeds op elkaars standpunten kunnen reageren.

Er is ook een voorziening getroffen voor stukken die inbreuk maken op de privacy van een van de partijen. Onder omstandigheden kan de Geschillencommissie toestaan dat de partij de gegevens in het geheel niet hoeft te verstrekken, maar de Geschillencommissie kan bepalen inzage te verlenen aan een gemachtigde die advocaat of arts is, en dus een wettelijk beroepsgeheim kent.²⁹⁵ Op deze wijze is gekozen voor een systeem waarbij zowel de privacy als de interne openbaarheid

²⁸⁹ Art. 48 Reglement Geschillencommissie; art. 22 Commissie van Beroep.

²⁹⁰ Interviews Kifid.

²⁹¹ Interviews Kifid.

²⁹² Art. 28.11 Reglement Geschillencommissie; art. 13.4 Reglement Commissie van Beroep.

²⁹³ De liquidatietarieven van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep zijn gepubliceerd op de website van Kifid.

²⁹⁴ Art. 12 en 13 Reglement Geschillencommissie.

²⁹⁵ Art. 35 Reglement Geschillencommissie.

gediend zijn. Kifid sluit hierbij aan bij hetgeen geregeld is voor de bestuursrechter en burgerlijke rechter.²⁹⁶

De Geschillencommissie neemt eventuele geheimhoudingsverplichtingen van partijen in acht en geeft de voorkeur aan de voor de betrokken partij minst belastende wijze van gegevensvergaring die voor de geschilbeslechting voldoet.²⁹⁷

Hoor en wederhoor

Met de genoemde procedure die de interne openbaarheid dient, is het ook steeds mogelijk beide visies naar voren te brengen en is hoor- en wederhoor mogelijk. Daarnaast is in artikel 34.2 uitdrukkelijk bepaald dat de commissie slechts gebruik maakt van gedrukte of geschreven stukken of andere bewijsmiddelen na beide partijen in de gelegenheid te hebben gesteld daarvan kennis te nemen en daarop te reageren, een en ander op door haar te bepalen wijze. Hoor en wederhoor is ook vereist in het kader van artikel 48 lid 1 Besluit.

Getuigen en deskundigen

Zowel de partijen als de Geschillencommissie zelf kunnen inlichtingen inwinnen door het horen van getuigen of deskundigen of door het instellen van een onderzoek. Een op verzoek van de Commissie uitgebracht deskundigenrapport wordt aan beide partijen verstuurd met de mogelijkheid daarop te reageren.²⁹⁸ Eventuele kosten van een getuige of deskundige komen in beginsel voor rekening van de partij die de getuige of deskundige wenst te horen. Bij getuigen en deskundigen die op initiatief van de Geschillencommissie worden gehoord, worden in beginsel door beide partijen voor een gelijk deel gedragen, maar de Commissie kan in haar uitspraak tot een andere verdeling besluiten.²⁹⁹

Materiële equality of arms

Kosten

In de reglementen wordt het bereiken van materiële gelijkheid der wapenen op verschillende wijzen verankerd. In de eerste plaats is de behandeling van een klacht door de Geschillencommissie kosteloos. Een kostenveroordeling kan slechts plaatsvinden in het voordeel van de consument.³⁰⁰

Bij hoger beroep bestaat er wel een financiële drempel: degene die in beroep gaat, dient een bijdrage te betalen. Deze bijdrage bedraagt € 500,00 voor de consument. Dit vaste bedrag is wel gunstiger dan voor financiële dienstverleners, waar er een

²⁹⁶ Aldus de toelichting bij art. 35 Reglement Geschillencommissie, met verwijzing naar art. 8:29 en 8:32 Awb en HR 20 december 2002, *NJ* 2004,4 en HR 11 juli 2008, *NJ* 2009,451.

²⁹⁷ Art. 34.4 Reglement Geschillencommissie.

²⁹⁸ Art. 34.9 & 34.10 Reglement Geschillencommissie.

²⁹⁹ Art. 34.11 Reglement Geschillencommissie.

³⁰⁰ Art. 38.11, 38.12 & 38.13 Reglement Geschillencommissie

minimumbedrag van € 500,00 bestaat, dat naargelang het financieel belang van de dienstverlener kan belopen tot € 5.000,00.³⁰¹

Bijstand

De bepaling dat de Commissie een persoon kan verbieden als vertegenwoordiger of bijstandsverlener actief te zijn bij Kifid dient de materiële equality of arms³⁰² Dit is immers wel mogelijk is op grond van het benadelen van een consument, maar niet op grond van het benadelen van een financiële dienstverlener. Er kan gesteld worden dat de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep waken over de kwaliteit van de bijstand die de consument ontvangt.

Visie op klachtenbehandeling

In 2016 heeft Kifid een nieuwe visie op klachtenbehandeling gepresenteerd, waarbij niet langer een formeel juridische insteek dominant was, maar een nieuwe visie op procedurele rechtvaardigheid leidend is. Het gaat om het 'goed bevragen' van consumenten, het zoeken van de 'klacht achter de klacht', 'de manier waarop verkend kan worden of er ruimte is voor een bemiddelingsgesprek' en om het 'belang van reflectie op emoties die spelen'.³⁰³

Van Mil e.a. merken op dat er hieromtrent zorgen zijn bij financieel dienstverleners, omdat Kifid dan mogelijk naast consumenten gaat staan in plaats van erboven. Van Mil e.a. stellen echter: 'dat Kifid aan ongelijkheidscompensatie doet past bij professionele klachtbehandeling en betekent niet dat Kifid zich gaat opstellen als advocaat van de consument'. Voorts wil Kifid hierin transparant zijn om ook de ervaren procedurele rechtvaardigheid van de financiële dienstverlener recht te doen.³⁰⁴

Het Kifid bevestigt dit streven in zijn reactie op het evaluatierapport.³⁰⁵ Dit beeld kwam ook uit de gesprekken met betrokkenen naar voren: zij benadrukten de mate van ongelijkheidscompensatie in het contact tussen de behandelende commissie of de secretaris en de consument. Daarbij wordt ervoor gewaakt 'advocaat van de consument' te worden: het doel is te achterhalen waar de klacht werkelijk over gaat.³⁰⁶

³⁰¹ Art. 5.7 & 5.8 Reglement Commissie van Beroep.

³⁰³ Van Mil e.a. 2016, p. 25-26.

³⁰⁴ Van Mil e.a. 2016, p. 26.

³⁰⁵ *Reactie op Evaluatierapport: vernieuwing Kifid verloopt succesvol*, 20 december 2016. Online beschikbaar (geraadpleegd 27 april 2017). <https://www.kifid.nl/nieuws/reactie-op-evaluatierapport-vernieuwing-kifid-verloopt-succesvol/144>

³⁰⁶ Interviews Kifid. Ook: W. Keuning & M. van Poll, 'consument moet beter worden bediend dan in het verleden', *Financieel dagblad* 12 mei 2017.

Openbaarheid, motivatie en publicatie

De behandeling van de klacht door Kifid is niet openbaar, noch bij de Geschillencommissie, noch bij de Commissie van Beroep. De commissies kunnen anderen dan partijen, hun vertegenwoordigers en getuigen slechts toelaten als geen van de partijen bezwaar heeft en slechts indien de commissie van oordeel is dat daarvoor goede gronden zijn en dat de partij die zich niet verzet, door de aanwezigheid niet of niet onredelijk wordt benadeeld.³⁰⁷

De betrokkenen wijzen bij navraag op het belang van de geslotenheid van de behandeling. Enerzijds wijzen zij erop dat dit de procedure laagdrempeliger maakt. Anderzijds zijn de voorzitters van mening dat de openheid en vertrouwelijkheid van het gesprek verstoord zou kunnen worden bij de aanwezigheid van publiek. Bovendien zijn zij van mening dat alternatieve geschillenbeslechting hier afwijkt van reguliere rechtspraak: de effectiviteit is groter bij een vertrouwd en informeel gesprek.³⁰⁸

Uitspraken worden gemotiveerd.³⁰⁹ Ook worden de uitspraken, behalve wanneer zij na een verkorte behandeling zijn gedaan en naar het oordeel van de Commissie en de voorzitter geen belangwekkende beslissing bevatten, gepubliceerd. Voor de Commissie van Beroep geldt dat ook uitspraken aangaande niet-ontvankelijke beroepen die geen belangwekkende beslissing bevatten, niet hoeven te worden gepubliceerd.³¹⁰

Uit de evaluatie van Van Mil e.a. blijkt echter ‘dat de onderbouwing en toelichting van uitspraken beter en uitvoeriger kan’, omdat grote minderheden van de geënquêteerden de onderbouwing en uitleg van uitspraken niet kunnen volgen.³¹¹

Vertrouwelijkheid

Zowel de leden van de Geschillencommissie als van de Commissie van Beroep kennen een geheimhoudingsplicht.³¹²

Belangenbescherming van derden

Een uitspraak van Kifid kan maatschappelijke gevolgen hebben. Daarom is bepaald dat wanneer een uitspraak een principieel belang heeft waardoor de kosten voor een financiële dienstverlener of voor de gehele branche van de betrokken dienstverlener de vijf miljoen euro overschrijdt, de financiële dienstverlener in hoger beroep kan

³⁰⁷ Art. 33.5 Reglement Geschillencommissie; art. 9.5 Reglement Commissie van Beroep.

³⁰⁸ Interviews Kifid.

³⁰⁹ Art. 38.7 sub d Reglement Geschillencommissie; art. 13.5 sub d Reglement Commissie van Beroep.

³¹⁰ Art. 39 Reglement Geschillencommissie; art. 15 Reglement Commissie van Beroep.

³¹¹ Van Mil e.a. 2016, p. 34.

³¹² Art. 52 Reglement Geschillencommissie; art. 18 Reglement Commissie van Beroep.

gaan bij de burgerlijke rechter. Alle kosten voor de consument komen in zo'n geval voor rekening van de financiële dienstverlener. Bovendien dient de financiële dienstverlener de toegewezen vordering aan de consument in dat geval gewoon uit te betalen.³¹³ Het beeld van de geïnterviewde betrokkenen is dat dit zelden voorkomt.³¹⁴

Deze bepaling is bijvoorbeeld tweemaal toegepast in een geval van overkreditering, in zaken waarbij ter discussie stond of de bank nader had moeten onderzoeken of de kredietnemer in staat was de lening aan te gaan en terug te betalen.³¹⁵

Handhaving

Het bindend advies van Kifid is een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW en levert dus geen executoriale titel op. Uit de evaluatie van Van Mil e.a. blijkt dat er geen signalen zijn dat uitspraken niet nageleefd worden. Wel wordt erop gewezen dat een aantal financiële dienstverleners, met name intermediairs en onafhankelijk adviseurs, slechts kiest voor niet-bindende uitspraken. Toch heeft 80% tot 90% van de uitspraken betrekking op dienstverleners die zich vooraf wel aan de bindendheid hebben geëngaat.³¹⁶

Finaliteit

Hoewel bindend advies van Kifid normaliter tot een finale beslechting leidt, kan de finaliteit van de uitspraak licht gerelativeerd worden. Zo is een uitspraak bij een verkorte procedure niet-bindend, ondanks de instemming van beide partijen met de bindendheid.³¹⁷ De geïnterviewde betrokkenen benadrukken dat dit in het belang van de consument gegeven is: zo kan de consument het geschil nog ten volle voorleggen aan de burgerlijke rechter.³¹⁸ Ook wanneer het geval zich voordoet dat een zaak kan worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter vanwege het maatschappelijke belang, kan een procedure langer voortduren dan de consument aanvankelijk had gedacht. Mocht de klager niet bereid zijn in de procedure bij de burgerlijke rechter als procespartij op te treden, ontnemt dat aan het aanvankelijke bindend advies de bindendheid.³¹⁹ Bovendien kan hoger beroep bij de Commissie van Beroep na een verzoek dat binnen drie maanden na een uitspraak waartegen geen hoger beroep opengesteld is, op grond van 41.3 Reglement Geschillencommissie alsnog opengesteld worden indien de voorzitter van de Geschillencommissie van oordeel is dat er goede gronden bestaan om aan te nemen dat de uitspraak vernietigbaar is op grond van artikel 7:904 BW.

³¹³ Art. 41.2 Reglement Geschillencommissie.

³¹⁴ Interviews Kifid.

³¹⁵ Uitspraak GCHB 2012-442, Commissie van Beroep 2012-14.

³¹⁶ Van Mil e.a. 2016, p. 36.

³¹⁷ Art. 28.2 Reglement Geschillencommissie.

³¹⁸ Interviews Kifid.

³¹⁹ Art. 41.2 Reglement Geschillencommissie.

Er is dus een mogelijkheid dat de uitspraken van Kifid, ondanks het aanvaarden van bindendheid door beide partijen, leiden tot een langere en ingewikkeldere procedure dan de klager zich aan het begin van de procedure zou kunnen hebben gerealiseerd. Daarnaast benadrukken de gesprekspartners dat er bij een hoger beroep bij de Commissie van Beroep of bij de gang naar de burgerlijke rechter dat om het principieel belang opengesteld is, alleen nog over het principe gestreden wordt: de uitspraak van de Geschillencommissie moet gestand worden gedaan en de kosten van de klager moeten worden vergoed.³²⁰ De consequenties voor de burger zijn daarom gering: de consument hoeft slechts formeel als procespartij optreden.

Uit gesprekken met Kifid blijkt dat dit hoge uitzonderingen betreft en dit zeer zelden voorkomt. In deze gevallen wordt dit zorgvuldig overwogen en goed gemotiveerd. Ook heeft het Kifid de indruk dat financiële dienstverleners niet lichtvaardig omgaan met de middelen om bij een principieel belang hoger beroep bij de Commissie van Beroep of de gang naar de burgerlijke rechter te overwegen.

Conclusie

De case study naar Kifid geeft een aantal inzichten in de wijze waarop bij een bindend adviesprocedure tussen consumenten en financiële dienstverleners invulling gegeven kan worden, en in de praktijk gegeven wordt, aan rechtsstatelijke waarborgen van een eerlijk proces. Het valt op dat voor een aantal procedurele regels de reglementen van Kifid aansluiten bij hetgeen gebruikelijk is voor de procedure bij de burgerlijke rechter. Zo zijn de vertrouwelijkheid, toegang tot Kifid en tot de burgerlijke rechter, onpartijdigheid en bijstand in de reglementen verankerd. Het valt op dat de gelijkheid der wapenen ook in materiële zin – door middel van ongelijkheidscompensatie – nagestreefd wordt. Verder kan de rechter het bindend advies van Kifid vernietigen vanwege strijd met dwingend recht, anders dan normaliter bij bindend advies het uitgangspunt is.

Ook de onafhankelijkheid is door middel van een uitgebreide regeling van incompatibiliteiten en controlebevoegdheden van de minister van Financiën gewaarborgd. Daarbij dient wel aandacht te worden besteed aan de onafhankelijkheid van Kifid ten opzichte van de minister. Hij heeft ook via de Wft de mogelijkheid om de erkenning van Kifid als geschillenbeslechter in de zin van die wet in te trekken.

Wat afwijkt van de reguliere rechtspraak, is dat de behandeling door het Kifid niet openbaar is. Dit hoeft in het licht van de positie die alternatieve geschilbeslechting inneemt, niet problematisch te zijn. Verder valt op dat de finaliteit van Kifid genuanceerd kan worden, hoewel dit uitzonderlijke gevallen betreft.

Over het algemeen kan worden geconcludeerd dat Kifid zich in grote lijnen aansluit bij de waarborgen die de reguliere rechtspraak kent.

³²⁰ Interviews Kifid.

4.3 Case study Scheidingsmediation

4.3.1 Inleiding

Mediation wordt in Nederland het meest toegepast bij echtscheidingszaken, waarbij veelal (maar niet in alle gevallen) gebruik wordt gemaakt van een geregistreerde mediator.³²¹ Iedere mediator kan aangesloten zijn bij de Mediatorsfederatie Nederland (MfN), en daar bovenop zijn veel mediators aangesloten bij de vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsmediators (vFAS).³²² De laatste paar jaren zijn websites waar partijen (een groot deel van) hun echtscheiding juridisch kunnen regelen in opkomst. Ook hieraan zal aandacht worden besteed. In deze case study zullen in paragraaf 1 kort de procedures omtrent lidmaatschap van MfN worden besproken, waarna in de tweede paragraaf hetzelfde voor de vFAS wordt benoemd. In paragraaf 3 zullen de reglementen van beide verenigingen aan het eerder uiteengezette kader van rechtsstatelijke waarborgen worden getoetst. Paragraaf 4 bespreekt een jurisprudentieonderzoek gedaan naar het gebruik van online geschilbeslechting door middel van websites.

4.3.2 Mediatorsfederatie Nederland

Inleiding

Op 1 januari 2014 is de Mediatorsfederatie Nederland (MfN) opgericht. De Mediatorsfederatie Nederland vertegenwoordigt het mediationberoep in de publieke belangenbehartiging. Daarnaast maakt de federatie zich sterk voor de verdere ontwikkeling van het beroep van mediators en bewaakt en bevordert de kwaliteit van de beroepsuitoefening. Deze federatie vertegenwoordigt dus mediators op alle gebieden, niet alleen mediators die werkzaam zijn in het familierecht, maar bijvoorbeeld ook op het gebied van strafrecht en bestuursrecht.³²³ De MfN heeft verschillende instrumenten om de kwaliteit van mediators te waarborgen, waaronder de organisatie van congressen en seminars, verschillende secretariaatsdiensten en peer reviews. Daarnaast verzorgt de Dienstenstichting Mediation de informatievoorziening voor mediators via nieuwsbrieven en websites.

³²¹ A. Brenninkmeijer et. al., *Handboek Mediation*, Sdu Uitgevers 2017, p. 16.

³²² De vFAS is een vereniging van advocaten die gespecialiseerd zijn in het personen- en familierecht. Een groot deel van de aangesloten leden heeft zich bovendien gespecialiseerd tot scheidingsmediator. De case study in dit rapport richt zich uitsluitend op de vFAS-mediators (en dus niet op de advocaten).

³²³ B. Baarsma en M. Barendrecht, 'Mediation 2.0', SEO Economisch Onderzoek/HiiL – Tisco (Universiteit van Tilburg) 2012.

Lidmaatschap MfN

De toetredingsvereisten voor het MfN-register zijn als volgt:

- Afronden van een erkende basisopleiding mediation³²⁴
- Succesvol afleggen van een theorie-examen³²⁵
- Succesvol afleggen van een vaardighedentoets³²⁶

Om een MfN-registratie te behouden dient een mediator zich te houden aan het MfN-mediationreglement³²⁷, de gedragsregels voor de MfN-registermediator³²⁸ en het statuut voor de interne MfN-registermediator.³²⁹

Klachtenregeling Mediation MfN

MfN-registermediators vallen onder de klachtenregeling van de Stichting Kwaliteit Mediators (SKM). Wanneer een partij een klachtenbrief indient, controleert de klachtencoördinator van de SKM of klacht in behandeling kan worden genomen. Dan kan wanneer het gaat om een klacht over een MfN-registermediator, aan bepaalde vormvereisten is voldaan en binnen twaalf maanden na afronding van de mediation is ingediend. De SKM benoemt vervolgens een klachtenbehandelaar die contact opneemt met de beklagde mediator en de partij(en) om gezamenlijk in gesprek te treden. De SKM draagt de kosten van de klachtbehandelaar.³³⁰

Indien na het doorlopen van deze procedure de klacht niet is opgelost, dan zou een partij een klacht over de MfN-registermediator kunnen voorleggen aan de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (STM). Dit kan alleen indien de mediator in strijd heeft gehandeld met de MfN-gedragsregels.³³¹

³²⁴ <https://mfregister.nl/mfn-registermediator-worden/erkende-opleidingen/>

³²⁵ <https://mfregister.nl/mfn-registermediator-worden/toetsen/>

³²⁶ <https://mfregister.nl/mfn-registermediator-worden/toetsen/>

³²⁷ https://mfregister.nl/content/uploads/sites/3/2014/02/MfN-Mediationreglement_2017.pdf

³²⁸ https://mfregister.nl/content/uploads/sites/3/2014/02/Gedragsregels_voor_de_MfN-registermediator_2017.pdf

³²⁹ https://mfregister.nl/content/uploads/sites/3/2014/02/Statuut_Interne_Mediator.pdf

³³⁰ <https://mfregister.nl/login-registermediator/klacht-mfn-registermediator/>

³³¹ <http://mediationtuchtrecht.nl/klacht-indienen/>

4.3.3. Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsmediators

Veel mediators zijn aangesloten bij de vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsmediators (vFAS), een vereniging van advocaten die gespecialiseerd zijn in het personen- en familierecht. Het merendeel van de aangesloten leden heeft zich bovendien gespecialiseerd tot advocaat- scheidingsmediator. De vFAS kent veel instrumenten die de kwaliteit van de mediation waarborgen.

De vereniging spreekt van twee belangrijke doelstellingen

1. Het bevorderen van de kwaliteit en deskundigheid van de aangesloten leden. Hiertoe worden onder meer de volgende instrumenten ingezet: 'organisatie van en medewerking aan opleidingen en studiebijeenkomsten', 'kennisuitwisseling' en 'belangenbehartiging'.
2. De diensten die de leden aanbieden bekendmaken bij een breder publiek en het publiek wijzen op de mogelijkheid van scheidingsmediation.

Lidmaatschap vFAS

De eerste kwaliteitswaarborging vindt plaats voor een mediator überhaupt lid kan worden. De vereniging kent twee categorieën leden: Aspirant-leden en Leden-scheidingsmediator.

Voorwaarden Aspirant-leden

Om een Aspirant-lid te worden dient een mediator aan drie criteria te voldoen. Zij dienen direct voorafgaande aan de aanvraag minimaal drie jaren onafgebroken als advocaat staan ingeschreven, ook dienen zij in het bezit zijn van een stageverklaring, en tot moeten zij vanaf de twee jaar voorafgaande aan de aanvraag jaarlijks minimaal 736 uur als advocaat werkzaam te zijn op het gebied van het personen- en familierecht.

Aspirant-leden zijn verplicht om binnen drie jaren na toetreding aan alle vereisten voor het lidmaatschap te voldoen waaronder:

- Het afronden van de Juridische Opleiding Familierecht;
- Het afronden van de Mediation Opleiding;
- Het afronden van de Juridische Specialisatieopleiding Familierecht.

Deze opleidingen worden georganiseerd door het door de vFAS opgerichte Instituut voor Mediation en Familierecht Opleidingen (IMFO).³³²

Voor het behoud van het aspirant-lidmaatschap dient het aspirant-lid vanaf het jaar volgend op dat waarin het aspirant-lidmaatschap is ingegaan, jaarlijks aan verscheidene opleidingsverplichtingen te voldoen op het gebied van personen- en familierecht.

Voorwaarden Lid- Advocaat scheidingsmediator

Om een Advocaat Scheidingsmediator te worden dient een mediator;

- Minimaal vijf jaren als advocaat staan ingeschreven;
- In het bezit zijn van een stageverklaring;
- Jaarlijks minimaal 736 uur als advocaat werkzaam te zijn op het gebied van het personen- en familierecht en dit in de afgelopen drie jaren ook hebben gedaan;
- Het afronden van de Juridische Opleiding Familierecht;
- Het afronden van de Mediation Opleiding;
- Het afronden van de Juridische Specialisatieopleiding Familierecht.

Voor het behoud van het lidmaatschap-scheidingsmediation van de vFAS is het lid-scheidingsmediator naast de 10 juridische opleidingspunten op het gebied van personen- en familierecht, tevens verplicht tot het jaarlijks deelnemen aan intervisiebijeenkomsten en het up-to-date houden van de mediationvaardigheden door deelname aan opleidingen op het gebied van scheidingsmediation.

Ontwikkelingstraject tot vFAS-advocaat scheidingsmediator en behoud registratie

Om als vFAS-advocaat scheidingsmediator bij de vereniging te worden geregistreerd en als zodanig geregistreerd te blijven, dienen mediators verschillende opleidingen af te ronden. Als voorwaarde dient een mediator eerst toegelaten te worden tot aspirant-lid (zie hierboven). Daarnaast dienen mediators de Juridische opleiding Familierecht te volgen en af te ronden³³³, de vFAS-Mediationopleiding³³⁴

³³² Verder uitgewerkt op www.imfo.nl

³³³ De opleiding heeft betrekking op het personen- en familierecht en is afgestemd op de mate van deskundigheid die de vFAS van haar leden verlangt alsmede op de eisen van een goede praktijkuitoefening. De opleiding omvat de navolgende onderdelen: Procesrecht, Ouders en kinderen in het recht, Alimentatie, Relatievermogensrecht, Internationaal Personen en Familierecht, Familierechtelijke contracten, Onderhandelen en alternatieve conflictoplossing.

³³⁴ In deze opleiding wordt aandacht besteed aan: structuur en spelregels van scheidingsmediation; betrekkingen ex-partners; ouderschap en kinderen in het

Registratie vFAS-advocaat scheidingsmediator, behoud van de registratie

Nadat aan bovenstaande opleidingsverplichtingen en overige voorwaarden is voldaan, wordt de advocaat binnen de vereniging geregistreerd als vFAS-advocaat scheidingsmediator. Om als zodanig geregistreerd te blijven, dient de mediator in het kader van het Reglement Opleiding (RO) van de vFAS jaarlijks ‘Vaardigheidspunten’, ‘Intervisiepunten’ en ‘Juridische opleidingspunten’ op het gebied van respectievelijke Scheidingsmediation en Personen- en Familierecht te behalen.

Deze punten kunnen worden verkregen door deelname aan het vFAS-jaarcongres dat eenmaal per jaar wordt georganiseerd, door deelname aan de regionale intervisiegroepen van de vFAS, door deelname aan verdiepingscursussen die worden georganiseerd en/of door het volgen van scholingsactiviteiten die door andere aanbieders van cursussen en/of workshops op het gebied van het personen- en familierecht en scheidingsmediation worden georganiseerd.

Klachtenregeling en tuchtrecht vFAS

Indien een partij een klacht heeft over de vFAS-mediator, kan hij of zij een klacht indienen via een klachtenformulier.³³⁶ De klachtensecretaris neemt vervolgens de klacht in behandeling en zendt deze naar de desbetreffende mediator. Deze kan vervolgens een schriftelijke reactie indienen. Na ontvangst van de hiervan zendt de klachtensecretaris een afschrift daarvan naar de klager. In dat afschrift wordt medegedeeld dat voorzitter van de vereniging, of de vicevoorzitter, of een nader door het bestuur aan te wijzen bestuurslid (hierna te noemen: voorzitter), hem of haar zal uitnodigen voor een gesprek samen met de mediator, waarbij wordt getracht het geschil tot een oplossing te brengen. Indien de mediator niet binnen 6 weken schriftelijk op de klacht heeft gereageerd, laat de secretaris dit zo spoedig als mogelijk aan de klager weten. Zowel de klager als het lid kunnen de voorzitter laten weten geen gebruik te willen maken van de uitnodiging voor het bedoelde gesprek. In dat geval eindigt de klachtenprocedure. Voor het geval het gesprek geen oplossing mocht brengen, kan geen van de deelnemers aan het gesprek gehouden worden aan hetgeen tijdens het gesprek is gezegd. Er wordt geen verslag van het gesprek gemaakt. Zowel in het geval waarin de klager en/of de mediator afzien van

scheidingsproces; persoonlijke stijl en competenties van de mediator; consolidering van de scheiding; constructief onderhandelen, afsluiten en het convenant; juridische aspecten van mediation en verslaglegging.

³³⁵ De opleiding heeft betrekking op het personen- en familierecht en omvat – in ieder geval – de navolgende onderwerpen: relatievermogensrecht; fiscaliteit en jaarrekening; alimentatie; afstamming, gezag en bescherming van personen; procesrecht; pensioen; levensverzekering; internationaal personen- en familierecht; familierechtelijke contracten.

³³⁶ <https://www.verenigingfas.nl/klachtenreglement>

een gesprek met de voorzitter, als in het geval het gesprek bij de voorzitter niet leidt tot een oplossing in der minne, kan de klager een klacht indienen bij de Raad van Tucht, zoals bedoeld in artikel 1 lid 9 van de vFAS-statuten.³³⁷

4.3.4 Rechtsstatelijke waarborgen

Aan de hand van o.m. de opleidingscriteria en de gedragsregels van vFAS en MfN³³⁸ en aanvullende literatuur is onderstaand een bespreking de verschillende thema's binnen rechtsstatelijke waarborgen opgesteld.

Legaliteit

Om de wettelijke kaders en juridische juistheid van de mediationovereenkomsten te waarborgen dienen vFAS mediators, naast de kennis opgedaan bij een studie Rechtsgeleerdheid en de Beroepsopleiding Advocaten, verschillende opleidingen te volgen ter registratie en behoud van hun lidmaatschap. Het doel hiervan is dat vFAS-mediators *up to date* blijven in hun kennis van het familierecht en daarmee een juridisch houdbare mediationovereenkomst tot stand kunnen brengen.³³⁹ Voorts geldt hier dat de inhoud van een vaststellingsovereenkomst door de rechter slechts marginaal kan worden getoetst. De enkele strijd van die overeenkomst met dwingend recht is niet voldoende voor vernietiging. In dat geval is tevens vereist dat de inhoud en strekking van de overeenkomst in strijd komt met de openbare orde en goede zeden (art. 7:902 BW).

Toegang tot de rechter

Zoals is opgemerkt staat mediation niet aan de gang naar de rechter in de weg. Het is niet vereist om eerst (een poging tot) mediation te hebben beproefd, voordat de weg naar de rechter openstaat. Verder staat het partijen gedurende het gehele mediationtraject vrij om dit traject te stoppen en het geschil (alsnog) aan de rechter voor te leggen. Als de mediation heeft geresulteerd in een vaststellingsovereenkomst zijn partijen hier aan gebonden, maar kunnen zij naar de rechter stappen om de naleving van die overeenkomst af te dwingen, danwel de geldigheid van die overeenkomst aan te tasten. Zoals eerder gemeld, kan de rechter bij dat laatste de inhoud van de overeenkomst slechts marginaal toetsen.

In het geval een der partijen een klacht heeft over de mediator kan hij die aan de SKM voorleggen en indien daar geen gepaste oplossing uitkomt de mediator

³³⁷<https://www.verenigingfas.nl/sites/default/files/file/vFAS%20KLACHTENREGLEMENT%20010113.pdf>

³³⁸ Te raadplegen via:

<https://www.verenigingfas.nl/sites/default/files/file/vFAS%20Gedragsregels%20130613%20def.pdf>

³³⁹ <https://www.verenigingfas.nl/algemeen/voorwaarden-lidmaatschap>.

tuchtrechtelijk aanklagen indien de mediator volgens de klager in strijd met de MfN-gedragsregels heeft gehandeld. In bepaalde gevallen zou een mediator, indien hij of zij ook als advocaat werkzaam is ook in die hoedanigheid tuchtrechtelijk aangesproken kunnen worden. Partijen bij een mediation hebben derhalve toegang tot verschillende rechtsgangen.

Opgemerkt zij, dat sinds de invoering van de ADR-richtlijn artikel 3:16 lid 4 BW in die zin is gewijzigd, dat (civielrechtelijke) verjaring wordt gestuit door aanvang van een mediation. Het tijdsverloop dat is gemoeid met mediation staat daarom niet (meer) in de weg aan de uitoefening van een vorderingsrecht. Daarmee vormt dit eveneens geen beletsel meer voor een (succesvolle) toegang tot de rechter.

Termijn

Duur van mediation

De termijn van Mediation ligt gemiddeld aanzienlijk lager in het familierecht dan bij een doorsnee procedure.³⁴⁰ Punt 16 van de vFAS-gedragsregels stelt dat de mediator de voortgang van de mediation dient te waarborgen en dat deze de mediation dient te beëindigen wanneer de mediation niet binnen een redelijke termijn tot overeenstemming zal leiden. In het MfN-reglement wordt benoemd dat de mediator de mediation met de nodige voortvarendheid behandelt en daarvoor voldoende tijd beschikbaar maakt.³⁴¹

Verhouding tot (duur) gerechtelijke procedure

Als er vóór de mediation een gerechtelijke procedure loopt, dan wordt deze opgeschort voor de duur van de mediation. Mediation stuit, zoals gezegd, bovendien de verjaring van een vordering.³⁴² Tijdens de mediation zullen partijen geen procedures aanhangig maken jegens elkaar. Maatregelen ter bewaring van rechten (zoals beslaglegging of het instellen van hoger beroep) mogen wel ook tijdens de mediation via een gerechtelijke procedure genomen worden. Het tijdstip van beëindiging van een mediation speelt een rol bij het moment van het aanhangig maken van een gerechtelijke procedure of bij de termijn een klacht in te dienen conform de SKM-Klachtenregeling. Tijdens de duur van de mediation mogen partijen bijvoorbeeld geen procedure tegen elkaar starten, maar na het beëindigen van de mediation mag dat wel. De geheimhoudingsplicht en betalingsplicht van partijen blijven bestaan, ook na beëindiging van de mediation. Partijen dienen ook

³⁴⁰ A. Brenninkmeijer et. al., *Handboek Mediation*, Sdu Uitgevers 2017, p. 46.

³⁴¹ Punt 8 van de MfN-gedragsregels, te raadplegen via https://mfregister.nl/content/uploads/sites/3/2014/02/Gedragsregels_voor_de_MfN-registermediator_2017.pdf

³⁴² Artikel 6 lid 1 Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

na de mediation nog vertrouwelijk om te gaan met hetgeen dat tijdens de mediation is besproken.³⁴³

Kosten

De kosten van mediation zullen over het algemeen wat lager zijn dan die van een gerechtelijke procedure, vooral door het relatief snellere verloop³⁴⁴, hoewel het beeld in afzonderlijke zaken anders kan zijn. De kosten omvatten het honorarium van de mediator en eventueel het honorarium van raadslieden. De MfN-gedragsregels benadrukken dat de mediator op elk moment transparant en duidelijk moet zijn over de kosten van de mediation.³⁴⁵ Bij de start van de mediation dient de mediator met partijen heldere afspraken te maken over zijn honorarium en eventuele andere kosten die de mediation met zich mee kan brengen, evenals door wie welke kosten worden gedragen. Ook over de invulling van zijn tijd dient de mediator helder en transparant te zijn, onder meer door een verrichtingenstaat bij te houden en deze desgevraagd te overleggen. Tot slot moet hier worden opgemerkt, dat in het geval de mediation niet tot overeenstemming leidt en alsnog wordt geprocedeerd bij de rechter er een stapeling van kosten optreedt. Mediation leidt dan tot aanzienlijke extra kosten.

Bijstand

Partijen kunnen op verschillende terreinen (zoals het personen- en familierecht) in aanmerking komen voor een mediationtoevoeging van de Raad voor Rechtsbijstand. De mediator dient bij aanvang van de mediation te onderzoeken of partijen (of één van hen) in aanmerking komen (komt) voor een mediationtoevoeging. Deze verplichting kan achterwege blijven wanneer de mediator goede gronden heeft om aan te nemen dat geen van beide partijen hiervoor in aanmerking komt. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de aard van het geschil niet voldoet aan de inhoudelijke eisen van de Raad voor Rechtsbijstand of wanneer de draagkracht van partijen hoger is dan de inkomenseisen van de Raad voor Rechtsbijstand.³⁴⁶ Mediators die niet zijn ingeschreven bij de Raad voor Rechtsbijstand verwijzen partijen die in aanmerking komen voor een mediationtoevoeging door naar een mediator die wel is ingeschreven bij de Raad voor Rechtsbijstand. Wanneer partijen in aanmerking komen voor een mediationtoevoeging en niettemin verkiezen daarvan geen gebruik te maken, dient dit door de mediator schriftelijk te worden vastgelegd.

³⁴³ https://mfregister.nl/content/uploads/sites/3/2014/02/Toelichting_MfN-meditationreglement_2017.pdf

³⁴⁴ B. Chin-A-Fat, M. Steketee, 'Bemiddeling in uitvoering', Evaluatie experimenten scheidings- en omgangsbemiddeling, Verweij-Jonker Instituut, Utrecht 2001 in *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*.

³⁴⁵ Punt 9 van de MfN-gedragsregels, te raadplegen via https://mfregister.nl/content/uploads/sites/3/2014/02/Gedragsregels_voor_de_MfN-registermediator_2017.pdf

³⁴⁶ Zie www.rvr.org.

De mediator mag – buiten de eigen bijdrage – in geen geval een bedrag in rekening brengen bij de partij op toevoegbasis. Het in rekening brengen van kosten aan de partij op toevoegbasis is niet toegestaan op basis van artikel 33e lid 3 en 38 lid 1, en met artikel 11 lid 4 van de ‘Inschrijvingsvoorwaarden mediators’ van de Raad voor Rechtsbijstand.³⁴⁷

Equality of arms

De materiële opvatting van *equality of arms* houdt in dat partijen hun belangen op alle mogelijke manieren op gelijke wijze kunnen behartigen. Ook bij mediation speelt dit een rol. Een belangrijk aspect van mediation is de vrijwilligheid en zelfbeschikking.³⁴⁸ Daarom is mediation in beginsel niet rechtens afdwingbaar, desalniettemin geeft artikel 22a Rv de rechter de bevoegdheid om de zaak te schorsen voor mediation.³⁴⁹ Verscheidene punten uit de gedragsregels van vFAS ondersteunen de *equality of arms* van beide partijen:

- Punt 7 luidt: De vFAS-advocaat mediator onderhoudt contact met de partijen gezamenlijk, behoudens voor zover het betreft niet-inhoudelijke contacten, zoals het afspreken van data voor een bespreking. Een mediationbespreking begint pas indien beide partijen aanwezig zijn.
- Punt 8: De vFAS-advocaat mediator is gehouden er zorg voor te dragen dat stukken die hij/zij heeft ontvangen van een der partijen, voor zover die stukken door die partij niet aan de ander ter beschikking zijn gesteld, ook door de andere partij worden ontvangen.
- En tot slot punt 18 van de gedragsregels: 18. De vFAS-advocaat mediator bevordert dat de partijen over voldoende informatie beschikken om op voet van gelijkwaardigheid te kunnen onderhandelen en beslissingen te kunnen nemen.

Autonomie

In de MfN-gedragsregels wordt bijzondere aandacht besteed aan de autonomie van partijen. De taak van de mediator behelst het bewaken van de autonomie van partijen en het verzekeren van vrijwillige deelname aan de mediation.

De mediator staat tussen de partijen en ondersteunt hen in het maken van hun keuzes en het zoeken naar een oplossing. De mediator kan partijen daarbij waar nodig

³⁴⁷ Punt 9 van de MfN-gedragsregels, te raadplegen via https://mfregister.nl/content/uploads/sites/3/2014/02/Gedragsregels_voor_de_MfN-registermediator_2017.pdf

³⁴⁸ A. Brenninkmeijer et. al., *Handboek Mediation*, Sdu Uitgevers 2017, p. 29.

³⁴⁹ J. Dierx en A.M. van der Does, ‘Premediation: verplicht vrijwillig naar de mediator’, *NMI Tijdschrift conflicthantering* 2011/ 7.

informatie verstrekken, zodat zij zich een weloverwogen beeld kunnen vormen en hun positie kunnen bepalen. Indien de mediator het idee krijgt dat (een der) partijen onvoldoende op de hoogte is van belangrijke feiten en of rechten, wijst de mediator partijen zo nodig op de mogelijkheid om externe adviseurs of deskundigen te raadplegen tijdens de mediation.³⁵⁰

Vertrouwelijkheid

Voor aanvang van de mediation wordt een geheimhoudingsovereenkomst getekend door partijen en de mediator of wordt de vertrouwelijkheid in de mediationovereenkomst vastgelegd.³⁵¹ In een eventuele latere procedure zal deze gelden als een bewijsovereenkomst (vgl. art. 152/153 Rv). Voor MfN-mediators is het opnemen van geheimhouding in de overeenkomst verplicht.³⁵²

Verschoningsrecht

Voor grensoverschrijdende mediation is de vertrouwelijkheid gewaarborgd in de Wet implementatie richtlijn 2008/52/EG betreffende mediation in burgerlijke zaken. Artikel 5 van deze wet geeft de mediator ook een verschoningsrecht indien vertrouwelijkheid uitdrukkelijk overeen is gekomen.

Het professionele verschoningsrecht ligt wettelijk verankerd in artikel 153 Rv. De Hoge Raad heeft in 2009 vastgesteld dat mediators zich op basis van dit artikel niet de mogelijkheid hebben om bewijs, waaraan het recht gevolgen verbindt en dat niet ter vrije bepaling van partijen staat, uit te sluiten. De mediator zal om die reden en op grond van artikel 165 lid 1 Rv toch een verklaring af moeten leggen. De rechter zal moeten beslissen of dit het geval is.³⁵³ De Hoge Raad beargumenteert dat een verschoningsrecht 'vooralsnog' niet aan de orde is, omdat mediator een vrij beroep is en de kring van verschoningsgerechtigden dus al te zeer uitgebreid zou worden (r.o. 3.6.2.2).

In ditzelfde arrest is bepaald dat indien de mediator naast zijn/haar functie als mediator ook een andere functie vervult, zoals notaris of advocaat, op basis van artikel 165 lid 2 sub b Rv hen alsnog niet het verschoningsrecht toekomt: de informatie is immers niet in die hoedanigheid, maar in de hoedanigheid van mediator met de betrokkene gedeeld (r.o. 3.6.2.3).

De Hoge Raad overweegt voorts dat de rechter, of een partij, wel de mogelijkheid van artikel 179 lid 2 Rv kan benutten om te beletten dat een mediator een bepaalde

³⁵⁰ Punt 3 van de MfN-gedragsregels, te raadplegen via https://mfregister.nl/content/uploads/sites/3/2014/02/Gedragsregels_voor_de_MfN-registermediator_2017.pdf

³⁵¹ A.H. Santing-Wubs, 'Mediation: hoe ver gaan de vrijwilligheid en de vertrouwelijkheid?', *Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2008/51.

³⁵² 'Conditie waaronder MfN-registermediator werkt', Mediators federatie Nederland, laatst geraadpleegd op 18 juni 2017, <http://mfregister.nl/login-registermediator/condities/>.

³⁵³ HR 10 april 2009, *NJ* 2010, 471. Zie ook: Jongbloed, *AA* 2010/10, p. 246-250.

vraag beantwoordt; de rechter zal ‘zijn beslissing dienaangaande moeten baseren op een afweging van het zwaarwegende maatschappelijke belang bij de waarheidsvinding in rechte en het belang dat wordt of de belangen die worden gediend met de geheimhoudingsplicht waarop de mediator zich beroept’ (r.o. 3.6.3). Een algemeen verschoningsrecht komt de mediator dus niet toe, en het zal van de feiten en omstandigheden van het geval afhangen of de rechter in een individueel geval een beroep op de geheimhouding van de mediator toestaat of niet.

Ontwikkelingen

Mede naar aanleiding hiervan en de implementatie van bovengenoemde EU-richtlijn /2008/52/EG heeft Van der Steur, toen nog Kamerlid, een initiatiefwetsvoorstel gedaan waarin een register voor erkende mediators, ‘registermediators’, in het leven geroepen wordt. Enerzijds beoogt dit voorstel, wat het verschoningsrecht betreft, het verschoningsrecht toe te kennen aan registermediators,³⁵⁴ anderzijds beoogt het ook het verschoningsrecht tot de geregistreerde mediators te beperken.³⁵⁵ Dit wetsvoorstel is echter ingetrokken toen Van der Steur de Tweede Kamer inruilde voor het ministerschap.³⁵⁶ Als minister van Veiligheid en Justitie heeft Van der Steur echter een nieuw wetsvoorstel gedaan: de consultatieperiode is begin 2017 afgerond, maar een wetsvoorstel is nog uitgebleven.³⁵⁷

In dit wetsvoorstel wordt een register van beëdigd mediators in het leven geroepen. Het verschoningsrecht wordt niet nader geregeld. In plaats daarvan spreekt de minister de verwachting uit dat het verschoningsrecht in de jurisprudentie zal worden ingevuld. Gelet op het eerdergenoemde arrest van 10 april 2009 verwacht de minister dat dit verschoningsrecht zal worden toegekend: ‘aan de eerder door de Hoge Raad aangevoerde bezwaren voor toekenning van een verschoningsrecht wordt in het geval van een beëdigd mediator volledig tegemoetgekomen’.³⁵⁸

Onpartijdigheid en onafhankelijkheid

Het vereiste van onpartijdigheid komt duidelijk naar voren in de gedragsregels op verschillende punten en is een basisbeginsel van elke erkende mediator.³⁵⁹ Zo bepalen de MfN-gedragsregels dat de mediator er voor alle partijen is, de mediator onpartijdig is en handelt zonder vooringenomenheid. Een mediator dient zich terug te trekken of een opdracht niet te aanvaarden indien hij de kwestie niet op een onpartijdige wijze kan begeleiden. De mediator die een belang bij de mediation

³⁵⁴ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33723, 3 (MvT), p. 19.

³⁵⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 33723, 3 (MvT), p. 4.

³⁵⁶ Brief van het lid Van Oosten, *Kamerstukken II* 2014/15, 33723, 14.

³⁵⁷ Wet bevordering mediation, <http://www.internetconsultatie.nl/wetmediation>; Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 16 januari 2017, betreffende Voortgang Wet bevordering mediation.

³⁵⁸ Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel bevordering mediation, concept consultatie 2016, p. 61-62.

³⁵⁹ A. Brenninkmeijer et. al., *Handboek Mediation*, Sdu Uitgevers 2017.

heeft dat zijn onafhankelijkheid in de weg staat of zou kunnen staan, neemt zijn benoeming niet aan. De toelichting op de MfN-gedragsregels geven hier een voorbeeld van: Dit belang zou kunnen liggen in een persoonlijke of zakelijke relatie die de mediator of één van zijn kantoorgenoten heeft of heeft gehad met partijen of met één van hen, of in de uitkomst van de mediation.³⁶⁰ Deze onafhankelijkheid dient niet alleen feitelijk gewaarborgd te worden, de mediator dient zich ook bewust te zijn van de mogelijke *schijn* van afhankelijkheid en daarnaar te handelen.

Dit handelen van bijvoorbeeld in de vorm van informeren, door partijen duidelijkheid te verschaffen over de positie van de mediator indien zijn onafhankelijkheid ter discussie staat of zou kunnen staan. Hierna zou het de keuze van partijen moeten zijn of zij de mediation desalniettemin willen voortzetten. De mediator waakt ervoor dat hij zijn onafhankelijkheid zowel tijdens als na de mediation bewaart. Een mediator dient gekenmerkt te worden door een neutrale, onpartijdige rol. Hij heeft een vertrouwenspositie ten opzichte van elk der partijen. De mediator zou zowel in woord als daad geen blijk van een voorkeur voor of van afkeuring van (één van) partijen mogen geven en behoort te handelen zonder vooringenomenheid jegens hen.

De gedragsregels benadrukken dat het vertrouwen bij partijen dat de mediator onpartijdig is, essentieel is voor de kwaliteit van het mediationproces. De mediator mag alleen optreden in die kwesties waarin hij zijn onpartijdigheid kan bewaren. Op basis van de gedragsregels waakt een mediator er steeds voor dat zijn onpartijdigheid niet wordt aangetast door vooringenomenheid, gebaseerd op bijvoorbeeld persoonlijke kenmerken, positie, religie of achtergrond of door een oordeel over door partijen ingebrachte standpunten of belangen. Van de mediator mag worden verwacht dat hij zichzelf kritisch volgt en zijn neutrale, onpartijdige positie doorlopend bewaakt. Als het voor de mediator onmogelijk is de mediation op een onpartijdige wijze te begeleiden, dan trekt hij zich daaruit terug.³⁶¹

Wanneer een partij van mening is dat de mediator zijn taken hierin heeft geschonden kan een sanctie afgedwongen worden via een klachtregeling of via het tuchtrecht.³⁶²

³⁶⁰ Toelichting bij MfN-gedragsregels, punt 4.

³⁶¹ https://mfregister.nl/content/uploads/sites/3/2014/02/Gedragsregels_voor_de_MfN-registermediator_2017.pdf punt 4 en 5.

³⁶² <http://mediationtuchtrecht.nl/klacht-indienen/>

4.3.5 Online Dispute Resolution

In het bijzonder bij scheidingsmediation wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van websites, waar hele echtscheidingsconvenanten op maat gemaakt gedownload kunnen worden.³⁶³ Enkele van deze websites bieden direct een mediation aan met mediators die aangesloten zijn bij vFAS, waarvoor dus dezelfde normen gelden als hierboven vermeld. Voor de overige gevallen gelden niet andere normen dan soms door de website zelf gesteld in algemene voorwaarden. Die verschillen veelal en bevatten vaak geen informatie over de rechtsstatelijke waarborgen zoals die in dit onderzoek besproken zijn, maar eerder beperkingen aan aansprakelijkheid en *disclaimers*.³⁶⁴

Jurisprudentie en praktijk

Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat het in praktijk regelmatig misgaat bij dergelijke websites. Zo is sinds de opkomst van deze websites is het aantal voormalige partners dat wil terugkomen op de in hun op deze wijze tot stand gekomen convenant neergelegde afspraken over de beëindiging van hun relatie, toegenomen.³⁶⁵ Dit heeft geleid tot een aantal arresten en uitspraken over de aantastbaarheid van de mediationovereenkomst en de toepasselijkheid van artikel 7:902 BW, wanneer deze met behulp van een website tot stand is gekomen. Ook uit de *expert meetings* kwam naar voren dat het van groot belang is dat een mediator juridisch geschoold is, en dat bij het gebruik van websites het regelmatig voorkomt dat een vaststellingsovereenkomst *contra legem* bepalingen bevat.

Legaliteit

Een aantal van deze arresten gaat over de (gebrekkige) competenties van de mediator, waardoor de vaststellingsovereenkomst bepalingen in strijd met de wet bevat.³⁶⁶ Een voorbeeld hiervan ziet op kinderalimentatie.³⁶⁷ In artikel 1:400 lid 2 BW wordt bepaald dat overeenkomsten waarbij van het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud wordt afgezien, nietig zijn. In artikel 1:401 lid 5 BW is vastgelegd dat een overeenkomst betreffende levensonderhoud kan ook worden gewijzigd of ingetrokken, indien zij is aangegaan met grove miskenning van de wettelijke maatstaven. In dit arrest is de alimentatie met behulp van een website berekend. De rechter benoemt dat de niet-geschoolde mediator heeft geleid

³⁶³ Een aantal voorbeelden: www.2divorce.nl; www.scheidingsmakelaar.nl; www.scheiden-online.nl; www.echtscheidingswinkel.nl; www.echtscheiding-wijzer.nl.

³⁶⁴ Bijvoorbeeld: <https://www.scheidingsmakelaar.nl/disclaimer.html>.

³⁶⁵ M. Groenleer, 'De aantastbaarheid van een echtscheidingsconvenant', *Tijdschrift voor Echtscheidingsrecht* 2009,18.

³⁶⁶ Hof Amsterdam 11 november 2008, *RFR* 2009,30.

³⁶⁷ Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:663, *JIN* 2014/82.

dat bij partijen geen inzicht bestond over hetgeen de uitkomst zou zijn geweest van de toepassing van wettelijke maatstaven.³⁶⁸

Naast bepalingen in strijd het recht komen ook klachten op over mediationovereenkomsten die een der partijen onevenredig zouden bevoordelen.³⁶⁹ Ook dit arrest gaat over artikel 1:400 BW. Het arrest zet uiteen dat zo lang er nog geen sprake is van de voor artikel 1:401 lid 5 BW vereiste ‘miskenning van grove wettelijke maatstaven’, er geen grond is voor wijziging of intrekking van de overeenkomst.³⁷⁰ In dergelijke arresten wordt veelal een beroep gedaan op dwaling. Niet zelden verwijten gewezen echtgenoten elkaar de ander niet of onvoldoende te hebben ingelicht over feiten en omstandigheden die van belang zijn geweest of zouden zijn geweest voor de opstelling van het echtscheidingsconvenant.³⁷¹ Sinds de opkomst van ODR wordt steeds vaker een beroep gedaan op dwaling omdat de desbetreffende website (een der) partijen onvoldoende zou hebben ingelicht over wettelijke rechten en plichten, in het bijzonder met betrekking tot alimentatie of pensioen.³⁷²

Verschillende elementen worden in dergelijke arresten van belang geacht bij de beoordeling van mediationovereenkomsten tot stand gekomen met behulp van een website. Bijvoorbeeld in hoeverre wettelijke kaders überhaupt ter sprake zijn gebracht door de mediator,³⁷³ maar ook of partijen zelf voldoende moeite hebben genomen zich te laten inlichten door deskundigen.³⁷⁴

³⁶⁸ Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:663, *JIN* 2014/82, r.o. 4.10.

³⁶⁹ Hof Amsterdam 8 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5145, over www.scheidingsmakelaar.nl; Hof Amsterdam 29 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4053, *RFR* 2016/5; Hof Leeuwarden 17 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW4218; Hof Arnhem-Leeuwarden 30 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8330; Hof Den Haag 22 april 2009, *RFR* 2009/122.

³⁷⁰ Hof Amsterdam 8 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5145, r.o. 4.4.

³⁷¹ M. Groenleer, ‘De aantastbaarheid van een echtscheidingsconvenant’, *Tijdschrift voor Echtscheidingsrecht* 2009,18.

³⁷² Hof Amsterdam 11 november 2008, *RFR* 2009,30.

³⁷³ Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:663, *JIN* 2014/82.

³⁷⁴ Hof Amsterdam 29 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4053, *RFR* 2016/5.

4.4 Case study Alternatieve geschilbeslechting bij de overheid, in het bijzonder ‘prettig contact met de overheid’ (PCMO)

4.4.1 Inleiding

Omdat het gebruik van mediationstechnieken inmiddels ook in het bestuursrecht geen onbekend verschijnsel is, is er – in overleg met de begeleidingscommissie – voor gekozen een case study over ADR bij de overheid op te nemen. Daarbij is er tevens voor gekozen om de termen ‘ADR’ en ‘mediation’ ruimer op te vatten dan in de overige delen van het onderzoek, zodat een breder beeld ontstaat van de wijze waarop bij de overheid wordt gepoogd om geschillen te voorkomen door de contacten met burgers anders in te richten. Bij dit laatste worden aan ‘alternatieve geschiloplossingsmethoden’, vooral mediation ontleende technieken gebruikt. Dit laatste wordt niet alleen, maar wel in het bijzonder gedaan binnen het programma ‘prettig contact met de overheid’ (PCMO). Daarop zal dan ook in het navolgende vooral de aandacht worden gericht. Benadrukt moet worden dat dit onderdeel wezenlijk verschilt van de overige en dat de rechtsstatelijke waarborgen hier niet op dezelfde wijze als bij die andere onderdelen kunnen worden doorvertaald. De toetsing aan die waarborgen heeft hier dan ook een andere invulling gekregen.

4.4.2 Vormen van ADR in het bestuursrecht

Binnen de als hierboven beschreven afgebakende ADR in het bestuursrecht is een onderscheid te maken tussen bemiddelend bestuur, waarbij het bestuur beslissingsbevoegd is, en onderhandelend bestuur, wanneer er sprake is van een conflict waarbij bestuur een partij is en op gelijke voet staat met de andere partij(en). Er zijn verschillende toepassingen denkbaar. Het kan gaan om:

- een informele aanpak door overheden
- bemiddeling voor het primaire besluit (bemiddelend bestuur)
- onderhandeling voor de aanvang van de beroepsprocedure (onderhandelend bestuur)
- De nieuwe zaaksbehandeling en mediation op verwijzing van de bestuursrechter (onderhandelend bestuur)
- Beleidsbemiddeling³⁷⁵

³⁷⁵ A. Kramer, ‘Mediation in het openbaar bestuur en bestuursrecht’, *NJB* 2014/361.

Bemiddelend bestuur komt veelal neer op mediation voorafgaand aan het primaire besluit. Deze kan worden ingezet om belanghebbenden in staat te stellen eventueel zelf een oplossing te zoeken, of om hen te begeleiden bij het uiten van hun zienswijze.³⁷⁶ Er is dus uitdrukkelijk nog geen sprake van een conflict, maar mediationstechnieken worden wel proactief toegepast door een ambtenaar of door een derde met het oog op een eventueel toekomstig conflict. Een voorbeeld zou zijn dat een college van een gemeente een bezuinigingsopdracht heeft ten aanzien van subsidies voor sportclubs. Als de gemeente verwacht dat een ingewikkelde bezwaar- en beroepsprocedure kan ontstaan, kan hierop geanticipeerd worden door de betrokken clubs eerst onder leiding van een mediator te laten overleggen.³⁷⁷

In de gevallen dat mediation voor de beslissing op bezwaar of voor de aanvang van de beroepsprocedure plaatsvindt, is er reeds sprake van een conflict tussen overheid en burger.³⁷⁸ In de afgelopen jaren zijn veel projecten gestart en pogingen ondernomen om mediation in het bestuursrecht te bevorderen na aandringen vanuit onder meer de rechtswetenschap. In bezwaar kennen we de ‘Informeel aanpak’,³⁷⁹ in beroep de ‘Nieuwe zaaksbehandeling’.³⁸⁰ De kern van beide is dat met partijen wordt besproken of hun conflict verder strekt dan het besluit, voordat de vraag naar de juistheid van het bestreden besluit aan de orde is, en zo ja, wat er nodig is om het op te lossen en in hoeverre bestuur of rechter daaraan kan bijdragen. Zowel de Informeel aanpak als de Nieuwe zaaksbehandeling vindt plaats binnen de kaders van de Algemene wet bestuursrecht.³⁸¹

³⁷⁶ J. Tolsma, *Bemiddelend bestuur: juridische aspecten van bemiddeling bij bestuurlijke besluitvorming*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

³⁷⁷ Voetnoot ontleend aan A. Kramer, ‘Mediation in het openbaar bestuur en bestuursrecht’, *NJB* 2014/361, p. 4.

³⁷⁸ M. Vroemen en D. Allewijn, ‘Tijd voor mediation in het bestuursrecht’, *Tijdschrift voor Mediation* 2005, nr. 2.

³⁷⁹ Professioneel behandelen van bezwaarschriften, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, beschikbaar via: <http://prettigcontactmetdeoverheid.nl/bibliotheek/549>.

³⁸⁰ H.B. van Soest-Bosch, ‘De Nieuwe Zaaksbehandeling, waar staan we nu?’, *JBplus* 2016, p. 96-108

³⁸¹ K. De Graaf, B. Marseille & H. Tolsma, ‘De Wet bevordering mediation en het bestuursrecht’, *NJB* 2016/1945.

4.4.3 Wettelijk kader

In 2013 kwam (het toenmalige Tweede Kamerlid) Van der Steur met een initiatiefwetsvoorstel dat onder meer beoogde conflictoplossing in het bestuursrecht te stimuleren.³⁸² Dat voorstel is ingetrokken toen Van der Steur minister werd en regering kondigde vervolgens aan met een wetsvoorstel van gelijke strekking te zullen komen. In juli 2016 is de Wet bevordering mediation in consultatie gebracht. Artikel 32 van dit voorstel bevat een aantal bepalingen die mediation moeten bevorderen en in de Awb geïncorporeerd zouden moeten worden.

Wat betreft de besluitvormingsprocedure worden deze bepalingen voorgesteld:

Artikel 2:4a lid 1 Awb: ‘Het bestuursorgaan spant zich in geschillen te voorkomen door vroegtijdige en actieve communicatie.’ En artikel 2:4a lid 2 Awb: ‘Het bestuursorgaan kan belanghebbenden in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation.’ Met betrekking tot bezwaar wordt voorgesteld dat een artikel 7:1b lid 1 Awb zal worden toegevoegd die zal luiden ‘Het bestuursorgaan onderzoekt de mogelijkheid van een minnelijke oplossing.’ En artikel 7:1 lid 2 Awb luidt hetzelfde als 2:4a lid 1 Awb. In beroep moet artikel 8:41a lid 1 Awb de bestuursrechter de bevoegdheid geven om een minnelijke oplossing te onderzoeken, en lid 2 van deze bepaling zou weer de mogelijkheid bieden om derden hierbij te betrekken.

4.4.4 Prettig contact met de overheid

‘Prettig contact met de overheid’ (verder: PCMO) is een programma van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties dat een informele aanpak ofwel *mediationvaardigheden* – als gezegd: het hoeft niet steeds om mediation in strikte zin te gaan – in het contact tussen bestuursorganen en burgers bevordert.

Het Kennis- en informatiecentrum Prettig contact met de overheid is opgezet met als doel bestuursorganen ondersteuning te geven bij het inzetten van de informele aanpak (o.a. door middel van instrumenten en naslagwerken), voorlichting te geven over de mogelijkheden en effecten van de informele aanpak en om bestuursorganen een platform te bieden om kennis en ervaring met elkaar uit te wisselen.

³⁸² *Kamerstukken II 2013/14, 3372.*

Pionierstraject

In het kader van een zogeheten ‘pionierstraject’ is een pilot uitgezet vanuit PCMO om de gevolgen van de aanpak te onderzoeken. Het verschilt van de andere projecten in die zin dat alle ambtenaren getraind werden, het alleen bij gemeenten is uitgezet, en het gereguleerd en gecontroleerd is uitgevoerd.³⁸³ Een reden voor het starten van dit project is dat de formele aanpak van de overheid niet bijzonder zou worden gewaardeerd door burgers. Een ander belangrijk punt is dat een informele aanpak erg veel kosten zou besparen.

In de kern gaat het bij PCMO om een proactieve, oplossingsgerichte houding van de overheid waarbij een grote mate van persoonlijk contact hoog in het vaandel staat. Een manier waarop dit bereikt kan worden, is door meer mondeling dan schriftelijk contact. Binnen het kader van PCMO worden de mogelijkheden en effecten van mediationvaardigheden onderzocht. Om die reden wordt de aandacht in deze case study vooral gericht op PCMO. Het zij nogmaals gezegd dat PCMO meer omhelst dan ADR (zoals deze term in dit rapport wordt gebezigd). Slechts in 3%-5% van de gevallen wordt daadwerkelijk mediation toegepast door een externe mediator. Toch is het zinvol om het bredere kader van PCMO als onderzoeksobject te gebruiken. Er worden immers mediation*technieken* worden toegepast, weliswaar in een breder kader dan slechts het conflict.

Soort zaken

De zaken waarin de informele aanpak is toegepast zijn verdeeld over 14 verschillende domeinen, te weten: Wet maatschappelijke ondersteuning, Wet Werk en Bijstand, Handhaving, Rechtspositionele zaken, Ruimtelijke ordening algemeen, Vergunningen, Publiekszaken, Welzijn, Subsidies, Bouw en Woning Toezicht, Sociale zaken algemeen, Tegemoetkomingen bij dierziekten en in het kader van natuurbeheer, Openbare werken, Fiscale waterschapszaken, Overig (waaronder Wet openbaarheid bestuur, parkeerbeheer, bodemsanering).

Procedure

De procedure houdt in dat de betrokken ambtenaar op grond van indicaties en contra-indicaties³⁸⁴ een beslissing of de situatie die hem voorligt meer geschikt is voor een mediation aanpak of dat een formele bezwaars- en beroepsprocedure passender zou zijn. Het besluit wordt genomen op basis van het dossier en een eerste telefoongesprek tussen de ambtenaar en de burger. Onderstaand staat een overzicht van de gehanteerde (contra-)indicatoren.³⁸⁵

³⁸³ Transcript interviews.

³⁸⁴ Zie p. 44 e.v. van het rapport voor een overzicht.

³⁸⁵ Afbeelding ontleend aan p. 57 van het rapport.

1. Indicaties	
Indicaties	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Bewegingsruimte en -bereidheid <input type="checkbox"/> Partijen hebben een doorlopende relatie met elkaar <input type="checkbox"/> Emotionele component in het conflict <input type="checkbox"/> Gerechtelijke procedure geen oplossing <input type="checkbox"/> Communicatieproblemen <input type="checkbox"/> Partijen wensen een snelle oplossing <input type="checkbox"/> Anders, namelijk: <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
2. Contra-indicaties	
Contra-Indicaties	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Partij is zelf niet in staat te zoeken naar oplossingen <input type="checkbox"/> Er is een relatie met het strafrecht <input type="checkbox"/> Sleutelfiguren willen niet meewerken <input type="checkbox"/> Mogelijkheid van precedentwerking <input type="checkbox"/> Het is een principiële kwestie waarover de rechter moet beslissen <input type="checkbox"/> Te groot aantal partijen <input type="checkbox"/> Geen bewegings- of onderhandelingsruimte <input type="checkbox"/> Politiek-bestuurlijk gevoelige zaak <input type="checkbox"/> Andere reden, namelijk: <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>

Figuur 2: Indicaties en contra-indicaties

4.4.5 Rechtsstatelijke waarborgen

Zoals in paragraaf 4.4.1 gemeld, verschilt de onderhavige case study wezenlijk van de overige omdat hier een bredere invulling van de reikwijdte van het onderzoek wordt gehanteerd. Vooral bij het programma PCMO staat het voorkomen van conflicten door middel van de inrichting van het contact met burgers voorop en niet zozeer – zoals bij de andere case studies – de berechting of het oplossen van geschillen door middel van de toepassing van een vorm van ADR. Dit plaatste ook de rechtsstatelijke waarborgen in een wezenlijk andere context.

Om de beeldspraak te hanteren die elders in dit rapport wordt gebruikt: binnen ADR is het vaak appels met peren vergelijken; bij het merendeel van de trajecten waarbinnen uitgangspunten van PCMO wordt gehanteerd, is het de vraag of überhaupt nog sprake is van fruit.

Niettemin speelt rechtsstatelijkheid een belangrijke rol binnen PCMO. Het in dat kader betrokken bestuursorgaan:

- is gebonden aan de wet (legaliteitsbeginsel, aangevuld met het in het bestuursrecht verder ontwikkelde specialiteitsbeginsel);
- is eraan gehouden de fundamentele rechten van burgers te eerbiedigen (overigens ook van burgers die niet betrokken zijn in betreffende PCMO-traject) en
- heeft onafhankelijke rechterlijke controle op zijn handelen te accepteren.

In deze – meer randvoorwaardelijke zin – zijn de waarborgen die de rechtsstaat beoogt te bieden, zonder meer van groot belang.

Waar het echter de normering van een traject – en de stappen die daarbinnen idealiter wel of niet geboden worden – betreft, is voor een vergelijking met het recht op een eerlijk proces weinig aanleiding. Het bestuursorgaan is daarin immers in de overgrote meerderheid van gevallen zelf partij. Daarmee is volstrekte onafhankelijkheid amper te garanderen. Met andere waarborgen van een eerlijk proces kunnen binnen PCMO wel parallellen worden getrokken, maar als gezegd: deze komen op een andere manier binnen, voornamelijk via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zonder hierin enige volledigheid te betrachten kan in dit kader worden gewezen op het verbod van vooringenomenheid (art. 2:4 lid 1 Awb), de motiverings- en bekendmakingsplichten (artt. 3:46 e.v. Awb respectievelijk 3:40 e.v. Awb) of de verplichting om de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren (art. 3:2 Awb), waaruit (in sommige gevallen rechtstreeks en in andere gevallen via de artikel 4:7 e.v. Awb) een verplichting kan voortvloeien om belanghebbenden te horen.

Het trekken van deze parallellen is een interessante – academische – exercitie, maar brengt ons uiteindelijk niet verder in het verwezenlijken van de doelstelling van dit onderzoek. Hierin zijn immers juist de rechtsstatelijke waarborgen die zijn verbonden aan reguliere rechtspraak als uitgangspunt genomen. Om deze reden zal deze exercitie verder niet worden voortgezet en zal in het concluderende hoofdstuk vooral worden teruggerepen op de eerdere case studies.

Hoofdstuk 5 Synthese: passende rechtsstatelijke waarborgen voor Buitengerechtelijke geschiloplossing

5.1 Inleiding

In dit concluderend hoofdstuk is het zaak ons in de eerste plaats de onderzoeksvragen als omschreven in hoofdstuk 1 voor ogen te houden. De centrale onderzoeksvragen waren de volgende:

1. In hoeverre zijn de rechtsstatelijke kernwaarden onafhankelijke rechtsbescherming, legaliteit (rechtszekerheid en rechtsgelijkheid) en scheiding van machten gewaarborgd als het gaat om buitengerechtelijke geschiloplossing?
2. Hoe zien de rechtsstatelijke ijkpunten eruit die dienen ter (verdere) versterking van de rechtsstatelijke waarborging?

Ten behoeve van de beantwoording van deze vragen dienden de volgende deelvragen te worden beantwoord.

1. Welke rechtsstatelijke kernwaarden kunnen worden onderscheiden en welke inzichten zijn er met betrekking tot de relatie van deze kernwaarden tot buitengerechtelijke geschiloplossing?
2. Welke aanbieders van buitengerechtelijke geschiloplossing zijn er in Nederland en in hoeverre zijn de rechtsstatelijke kernwaarden bij deze aanbieders gewaarborgd?
3. Welke gevolgen zou het volledig voldoen aan de rechtsstatelijke waarborgen hebben op de effectiviteit van de verschillende vormen van buitengerechtelijke geschiloplossing?
4. Welke rechtsstatelijke ijkpunten bewaren het evenwicht tussen adequate rechtsbescherming en behoud van effectieve geschiloplossing en welk algemeen kader kan op basis hiervan worden geformuleerd?

In dit hoofdstuk wordt in par. 5.2 ingegaan op de beantwoording van de eerste centrale onderzoeksvraag en in par. 5.3 en 5.4 komt de tweede aan bod. De voor de beantwoording relevante deelvragen worden hierin meegenomen. In par. 5.5 worden aan de hand van de conclusies uit de voorgaande paragrafen aanbevelingen geformuleerd. De aanbevelingen monden uit in een kader voor de beoordeling van de noodzaak van rechtsstatelijke waarborgen voor de verschillende vormen van ADR en een beschrijving van de handelingsopties die daarbij voorhanden zijn; hoe kunnen deze in ijkpunten of indicatoren worden neergelegd, welke opties voor het bieden van de waarborgen zijn er en welke opties zouden wanneer kunnen worden ingezet?

5.2 Waarborging van rechtsstatelijke kernwaarden: inschatting van de huidige situatie

De eerste onderzoeksvraag vraagt om operationalisering van de begrippen ‘rechtsstatelijke kernwaarden’ die een zo centrale positie in dit onderzoek innemen. In hoofdstuk 2 is daartoe in kaart gebracht wat onder rechtsstatelijke kernwaarden moet worden verstaan. Aan de hand van opvattingen hierover in de wetenschap, blijkend uit de literatuur, en beslissingen van nationale en internationale rechters, blijkend uit jurisprudentie, is eerst beschreven wat onder ‘rechtsstaat’ moet worden verstaan. Vervolgens is een inventarisatie gemaakt van de elementen die essentieel zijn voor die rechtsstaat waar het gaat om de beslechting en oplossing van geschillen. Aldus zijn de relevante ‘kernwaarden’ geïdentificeerd. Centraal stonden daarbij in de eerste plaats de kernwaarden die gelden voor overheidsrechtspraak. Vervolgens is in de expertmeetings en de focusgroepen met vertegenwoordigers van wetenschap en praktijk deze inventarisatie gevalideerd op inhoud en volledigheid en de relevantie van de aldus geïdentificeerde kernwaarden voor de verschillende vormen van ADR verkend.

Uit de zojuist bedoelde inventarisatie kwam een breder spectrum aan kernwaarden c.q. rechtsstatelijke waarborgen naar voren dan in de onderzoeksvraagstelling was geformuleerd. Daarin wordt immers verwezen naar “onafhankelijke rechtsbescherming, legaliteit (rechtszekerheid en rechtsgelijkheid) en scheiding van machten”. Uit de verkenning van de voor ADR relevante waarborgen kwam bovendien naar voren dat dit niet bij voorbaat de meest relevante waarborgen zijn. Met het oog op de aanleiding en het belang van de onderzoeksopdracht is ervoor gekozen vanuit het bredere perspectief naar de onderzoeksvragen te kijken.

Vanuit dit bredere perspectief zijn in hoofdstuk 3 de drie vormen van ADR: arbitrage, bindend advies en mediation beschreven, waarbij gekeken is naar de waarborgen die deze vormen bieden en die vergelijkbaar zijn met de eerder in kaart gebracht rechtsstatelijke waarborgen voor rechtspraak. Ten aanzien van bindend advies en mediation is dit vervolgens in hoofdstuk 4 uitgediept in de drie *case studies*: hoe zijn bij deze specifieke verschijningsvormen/aanbieders van deze ADR vormen de waarborgen meer precies geregeld? In de hoofdstukken 2-4 worden aldus de eerste twee van de vier deelvragen beantwoord. Deze waren:

Welke rechtsstatelijke kernwaarden kunnen worden onderscheiden en welke inzichten zijn er met betrekking tot de relatie van deze kernwaarden tot buitengerechtelijke geschiloplossing?

Welke aanbieders van buitengerechtelijke geschiloplossing zijn er in Nederland en in hoeverre zijn de rechtsstatelijke kernwaarden bij deze aanbieders gewaarborgd?

Weliswaar wordt geen uitputtend overzicht gegeven van de aanbieders van ADR, maar wel een zo goed mogelijk representatief beeld. Voldoende representatief om tot een geloofwaardige beantwoording van de centrale onderzoeksvraag te kunnen

komen. Steeds is in de algemene beschrijving en in de specifieke *case studies*, gezien hoe de rechtsstatelijke kernwaarden zijn gewaarborgd.

5.2.1 De relevante waarborgen

Ten aanzien van de relevantie van die kernwaarden voor ADR en hoe deze zijn gewaarborgd kan beknopt het volgende worden geconcludeerd. Voor een gedetailleerder uiteenzetting wordt verwezen naar hoofdstuk 3 en, nog specifiek voor de varianten van ADR behandeld in de *case studies*, naar hoofdstuk 4.

Legaliteit

Bij legaliteit als rechtsstatelijke waarborg gaat het in de context van ADR om de vraag in welke mate de derde die betrokken is bij beslechting of oplossing van het geschil gebonden is aan het recht, zowel voor wat betreft de inrichting van de procedure volgens welke die beslechting of oplossing tot stand komt, als voor wat betreft het eindresultaat ervan (de beslissing of de overeenstemming tussen partijen). Wij kijken eerst naar dat laatste.

Waar de overheidsrechter strikt gebonden is aan het recht (hoewel open normen hem in het privaatrecht daarbij vaak veel ruimte laten), is dit bij ADR in veel mindere mate het geval. Zo oordelen arbiters *als goede personen naar billijkheid* (art. 1054 lid 3 Rv) naar de regelen des rechts, maar hebben de mogelijkheid om contractueel te regelen regels van regelen en dwingend recht buiten beschouwing te laten als de billijkheid dat eist. Hun vonnis mag echter niet voor wat betreft de wijze van totstandkoming of de inhoud in strijd komen met de openbare orde en goede zeden; in dat geval is het vernietigbaar (art. 1065 lid 1 sub 2 Rv). Voor bindend advies en mediation geldt een vergelijkbaar beoordelingskader waar het gaat om de geldigheid van de vaststellingsovereenkomst (art. 7:902 BW). In al deze gevallen is er een marginaal toetsende rol voor de overheidsrechter waar het gaat om de inhoud van de beslissingen.

Legaliteit kan ook worden betrokken op de procedure. In dat verband is van belang dat het arbitragerecht veel mogelijkheden biedt om in de procedure af te wijken van de wettelijke standaard, maar dat geldt niet voor elementen in die procedure die in het kader van dit onderzoek kunnen worden aangemerkt als rechtsstatelijke waarborgen. In dat geval heeft de wetgever gekozen voor dwingend recht. Voor bindend advies en mediation geldt dat de wet de procedure waarlangs de vaststellingsovereenkomst tot stand komt in het geheel niet regelt. Voor bindend advies geldt wel dat de vaststellingsovereenkomst waartoe de beslissing van de bindend adviseur leidt, vernietigd kan worden, indien gebondenheid aan die beslissing *in verband met de wijze van totstandkoming daarvan* in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 7:904 BW). Ook ten aanzien van de procedure is derhalve sprake van een marginaal toetsende rol van de rechter.

Toegang

Het recht op toegang tot de rechter en het *ius de non evocando* kunnen een rol spelen waar het gaat om ADR. Niet zozeer als waarborg die binnen ADR zou moeten worden overgenomen, maar wel als waarborg tegen de situatie waarin iemand (feitelijk) wordt gedwongen gebruik te maken van ADR, terwijl deze persoon zich eigenlijk wil wenden tot een rechter. Gelet op de gangbare constructies rondom ADR (gebaseerd op een privaatrechtelijke overeenkomst) zal hiervan niet snel sprake zijn (in dergelijke gevallen gebeurt dit immers niet ‘tegen zijn wil’). Het uitgangspunt is bij alle vormen van ADR, dat als men is overeengekomen dat een geschil langs deze weg zal worden beslecht of opgelost, dit in beginsel leidt tot niet-ontvankelijkheid indien het geschil toch bij de rechter wordt aangebracht. In het specifieke geval van mediation echter, is de vrijwilligheid van partijen zo fundamenteel, dat de naleving van de clause in de praktijk niet kan worden afgedwongen. Volgens de Hoge Raad prevaleert de vrijwillige basis van mediation boven de naleving van gemaakte afspraken.

Onafhankelijkheid

Voor ADR is de waarborg van onafhankelijkheid van de geschilbeslechter of mediator in tweeërlei opzicht van belang. In de eerste plaats kan deze in het geding zijn als bepaalde vormen van ADR – wij hebben het dan over arbitrage en bindend advies, niet over mediation - van overheidswege worden (mede)gefinancierd. Voor overheidsrechtspraak is – in de Wet op de rechterlijke organisatie - een stelsel ingericht dat moet voorkomen dat de overheid – dan wel het management van de rechterlijke organisatie zelf - invloed uitoefent op de inhoudelijke beoordeling door rechters in concrete zaken, voor ADR ontbreekt een dergelijk regeling. Indien de overheid op een of andere manier belang heeft bij de uitkomsten van ADR, dienen met het oog op de onafhankelijkheidswaarborg in beginsel ook hier beïnvloedingsmogelijkheden te worden uitgesloten. Een dergelijke beïnvloeding kan bijvoorbeeld plaatsvinden via de band van begrotingstoezicht, via subsidie- of erkenningsvoorwaarden. In de meeste gevallen zal de overheid echter geen belang hebben bij de uitkomst van geschilbeslechting door middel van ADR en is het voorgaande dan ook nogal theoretisch. In de praktijk strekt de bemoeienis van de overheid met ADR juist primair tot *het versterken* van rechtsstatelijke waarborgen. In hoofdstuk 3 is het voorbeeld genoemd van de subsidiering van de geschillencommissies voor consumentenzaken door het ministerie van Veiligheid en Justitie, waaraan door V&J eisen worden gesteld. Die eisen zien mede op het in acht nemen van een aantal proceswaarborgen. Hetzelfde zien wij bij het Kifid. De onafhankelijkheid van het Kifid ten opzichte van financiële dienstverleners is door middel van een uitgebreide regeling van incompatibiliteiten en controlebevoegdheden van de minister van Financiën gewaarborgd. Wij komen hierop terug in par. 5.4, waar de handelingsopties worden besproken.

In de tweede plaats kan onafhankelijke geschilbeslechting (arbitrage of bindend advies) in het geding komen als ADR plaatsvindt op zuiver commerciële basis en ten behoeve daarvan contracten worden gesloten met een partij die de geschillen door een ADR instelling tegen betaling laat beslechten en die tegelijk een (financieel) belang heeft bij de uitkomst van die geschillen. Deze situatie komt tot op heden slechts op zeer beperkte schaal voor, waarbij het bedrijf e-Court als belangrijkste voorbeeld kan worden genoemd. In dat geval moet men zich afvragen of onafhankelijke geschilbeslechting voldoende is gewaarborgd, temeer nu de ADR instelling een commercieel belang heeft om tot voor de opdrachtgever bevredigende resultaten te komen, o.a. met het oog op toekomstige contracten. Het is de onderzoekers niet duidelijk geworden hoe e-Court de beïnvloeding bij de beoordeling van individuele zaken meent te kunnen uitsluiten.

Bij mediation doet zich, tot slot, de kwestie voor van de zogeheten interne mediator. Dat is een mediator die in dienst is van hetzelfde overheidsorgaan waarvan hij de conflicten met burgers bemiddelt. Hij staat als mediator dan ook tussen de burger en zijn (directe) collega's. Dit roept vanzelfsprekend vragen op met betrekking tot de onafhankelijkheid van een dergelijke figuur. In verband hiermee is een 'statuut voor de interne mediator' door de MfN opgesteld, waarin zeker waarborgen zijn vastgelegd en waaraan MfN interne mediators zijn gebonden. Men probeert de (perceptie van) onafhankelijkheid zoveel mogelijk te waarborgen door interne mediators geen zaken te laten behandelen waar zij op enige manier zakelijk of persoonlijk betrokken zijn. Het moet geen naaste collega's betreffen etc. Desondanks moet de vraag worden gesteld of een en ander voldoende waarborgen biedt voor een onafhankelijke opstelling van de mediator. Men kan – met het oog op de hierna nader te belichten zelfbeschikking van partijen - ook redeneren dat als de positie van de interne mediator voldoende transparant wordt gemaakt voor de burger, deze laatste zelf wel kan bepalen of hij aan de mediation wil meedoen of niet. Uit de informatie die beschikbaar is op het internet blijkt niet dat die transparantie altijd voldoende wordt betracht.³⁸⁶ Het onderzoek heeft echter geen aanwijzingen opgeleverd dat hier sprake is van misstanden.

Onpartijdigheid

Evenals bij overheidsrechtspraak is bij arbitrage de onpartijdigheid van de scheidsrechters primair gewaarborgd door middel van het instrument van wraking. De arbitrageregeling in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering voorziet in een dwingende regeling op dit punt. Niettemin zijn er verschillen. De wrakingsregeling voor rechters is immers ingebed in andere eisen die voor arbitrage niet gelden. Zo bestaat voor rechters de verplichting hun nevenfuncties op te geven en worden deze openbaar gemaakt op internet, zodat partijen kunnen bezien of de rechter die over hun zaak beslist geen eigen belang heeft bij de uitkomst van de procedure. Voor

³⁸⁶ Zo vermeldt de website van UWV – anders dan die van de Belastingdienst – niet expliciet dat het gaat om interne mediators. Zie www.uwv.nl/particulieren/overige-onderwerpen/mediation/detail/mediator.

arbitrage bestaat een dergelijke verplichting niet, zodat het wrakingsinstrument hier minder scherp kan worden ingezet als bij overheidsrechtspraak. In dit verband moet worden opgemerkt, dat ten aanzien van alle vormen van ADR geldt dat de geschilbeslechters en –oplossers dit vrijwel steeds doen als nevenfunctie en niet als hoofdfunctie. Verder zijn rechters gebonden aan de gedragsregels in de Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak.

Het voorgaande geldt a fortiori voor aanbieders van bindend advies nu met betrekking tot de organisatie van deze aanbieders in het geheel niets is geregeld. De reglementen van de belangrijkste aanbieders van bindend advies - de geschillencommissies onder de koepel van de Geschillencommissie en het Kifid bevatten echter een wrakingsregeling die vergelijkbaar is met die bij arbitrage en rechtspraak. Het Kifid vermeldt nevenfuncties op de website voor zover deze “van belang” zijn. De geschillencommissie die ressorteren onder de Geschillencommissie vermelden ook deze niet op de website. Waar het gaat om commerciële aanbieders als e-Court geldt eveneens dat transparantie op dit punt ver te zoeken is.

Waar het gaat om mediators wordt de onpartijdigheid van de mediator geregeld in de gedragsregels voor registermediators en indien nodig in de klachtenprocedure of het tuchtrecht. Er is minder zicht op de groep mediators die niet bij het MfN is aangesloten.

Ten aanzien van de waarborg onpartijdigheid geldt daarom, dat terwijl bij ADR de risico's dat niet wordt voldaan aan de waarborg onpartijdigheid in beginsel groter zijn dan bij overheidsrechtspraak nu geschilbeslechting en –oplossing hier doorgaans geen hoofdfunctie is, de transparantie ten aanzien van nevenfuncties en –werkzaamheden, die dienstbaar is voor de realisatie van die waarborg, onvoldoende is verzekerd. Wel zal, als achteraf blijkt dat geen sprake was van onpartijdigheid, een partij dit aan de (marginaal toetsende) rechter kunnen voorleggen. Hoewel de onderzoekers niet zijn gestuit op misstanden, is er voldoende reden om de huidige situatie kritisch tegen het licht te houden.

Overige eisen aan de behandeling van een zaak

Voor de beginselen van *openbaarheid* en *motivering*, die voor overheidsrechtspraak een wezenlijke functie vervullen, geldt dat deze bij ADR een andere invulling krijgen. Vertrouwelijkheid is een belangrijk element in de keuze voor ADR en dat strookt niet met eenzelfde mate van openbaarheid (van zowel de behandeling als de uitspraak) als bij overheidsrechtspraak. De controle op de betrouwbaarheid en de kwaliteit van proces en uitkomst ligt bij ADR daarmee primair in handen van partijen zelf. Datzelfde geldt ten aanzien van de deugdelijkheid van de motivering van beslissingen. Die deugdelijkheid kan op verzoek van partijen marginaal door de rechter worden getoetst. In geval van mediation is er geen behoefte aan motivering nu er geen derde is die over het geschil beslist.

De bij overheidsrechtspraak van belang zijnde inachtneming van een *redelijke termijn* waarbinnen de rechter tot een beslissing komt, is in beginsel ook bij ADR van belang. Snelheid is vaak een reden om te kiezen voor ADR in plaats van voor overheidsrechtspraak en de aanbieders ervan hebben er dan ook alle belang bij om de vaart in het verloop van de procedure te houden. Als ADR-aanbieders in dit opzicht niet aan de verwachtingen van ‘de markt’ voldoen, zal dit invloed hebben op de vraag naar dit ‘product’. Het garanderen van deze waarborg zou in beginsel dan ook aan de markt kunnen worden overgelaten en ligt het daarmee minder voor de hand dat de overheid zich hierin zou dienen te mengen.

Het beginsel van *equality of arms* is zo fundamenteel voor een eerlijk proces, dat dit ook bij ADR in acht moet worden genomen. Op initiatief van partijen kan de rechter marginaal toetsen of aan deze elementaire eisen is voldaan. Dat laatste geldt niet waar het gaat om *equality of arms* in de zin van ongelijkheidscompensatie in die gevallen waarin één van beide partijen in een zodanig minder sterke uitgangspositie verkeert, dat de machtsverhouding tussen partijen in termen van middelen en vermogens sterk uit balans is. ADR- aanbieders geven aan dat zij hiermee wel rekening houden, maar zij zijn hier niet toe gehouden.

Tot slot, ten aanzien van het *recht op bijstand* geldt dat partijen zich doorgaans kunnen laten bijstaan, dan wel bij mediation kunnen laten vergezellen, maar daarvoor geen aanspraak kunnen maken op financiering door de overheid. Wel komt een deel van de kosten van de inzet van een mediator voor vergoeding in aanmerking.

5.2.2 Conclusies ten aanzien van de huidige situatie

Als wij na de bovenstaande samenvatting van de resultaten van het onderzoek terugkeren naar de onderzoeksvraag:

In hoeverre zijn de rechtsstatelijke kernwaarden onafhankelijke rechtsbescherming, legaliteit (rechtszekerheid en rechtsgelijkheid) en scheiding van machten gewaarborgd als het gaat om buitengerechtelijke geschiloplossing?

dan kan worden geconcludeerd, dat het algehele beeld waar het gaat om het voldoen aan rechtsstatelijke waarborgen door aanbieders van ADR bepaald niet negatief is. Waar sprake is van voor ADR relevante waarborgen geldt dat deze in de meeste gevallen bij wet (vooral arbitrage), reglement of anderszins zijn verzekerd. Op verschillende niveaus is al sprake van de nodige overheidsbemoediging met de belangrijkste varianten van ADR, zoals het Kifid of de geschillencommissies. De geconstateerde stand van zaken lijkt dan ook geen reden te bieden voor ingrijpende wijziging van het huidige stelsel. In lijn hiermee komen de onderzoekers ten aanzien van de eerste centrale onderzoeksvraag tot de conclusie dat het uitgangspunt zou moeten zijn dat met de formalisering van ADR teneinde meer partijen meer waarborgen te bieden terughoudendheid geboden is. Zoals eerder opgemerkt, zou verdere formalisering ten koste kunnen gaan van de aantrekkelijkheid en kracht van

ADR en moet hier een evenwicht worden gevonden met de wens om rechtsstatelijke waarborgen te garanderen. Nu de in het onderzoek beschreven situatie geen aanleiding biedt tot zorg op korte termijn, ligt ingrijpende wijziging niet in de rede. Dit neemt echter niet weg, dat bij verdere groei van het ADR-aandeel in het rechtsbestel op de langere termijn de vraag is hoe dit beeld voor de toekomst kan worden bestendigd. Dit brengt ons bij de tweede centrale onderzoeksvraag.

5.3 IJkpunten voor rechtsstatelijke waarborgen bij ADR

De tweede centrale onderzoeksvraag luidt als volgt:

Hoe zien de rechtsstatelijke ijkpunten eruit die dienen ter (verdere) versterking van de rechtsstatelijke waarborging?

Deze vraag is, anders dan de in de vorige paragraaf beantwoorde onderzoeksvraag, niet van feitelijke aard maar vraagt om een conceptuele invulling aan de hand van een visie van de onderzoekers gebaseerd op de bevindingen uit het onderzoek. Zoals in hoofdstuk 1 is uiteengezet, staat daarbij voorop dat bij het formuleren van rechtsstatelijke ijkpunten rekening moet worden gehouden met de wens om de effectiviteit van ADR als nuttig alternatief voor overheidsrechtspraak en waaraan maatschappelijke behoefte bestaat, zoveel mogelijk in stand te houden. Gezocht wordt daarom naar een evenwicht tussen waarborgen en effectiviteit. Zie de beide laatste deelvragen:

Welke gevolgen zou het volledig voldoen aan de rechtsstatelijke waarborgen hebben op de effectiviteit van de verschillende vormen van buitengerechtelijke geschiloplossing?

Welke rechtsstatelijke ijkpunten bewaren het evenwicht tussen adequate rechtsbescherming en behoud van effectieve geschiloplossing en welk algemeen kader kan op basis hiervan worden geformuleerd?

Uit het onderzoek komt scherp naar voren dat de verschillen tussen de drie vormen van ADR groot zijn. De onderzoekers hadden dan ook sterk het gevoel dat zij appels met peren aan het vergelijken waren. Vooral mediation staat daarbij op zichzelf, omdat de rol van de derde die bij de oplossing van het geschil wordt betrokken een fundamenteel andere is dan die bij de andere vormen van ADR. Daarmee ligt het niet voor de hand om uniforme ‘rechtsstatelijke ijkpunten’ op te stellen die voor alle vormen van ADR relevant zijn en recht doen aan de eigenheid van de betreffende vorm. De onderzoekers hebben daarom voor een andere benadering gekozen, die in deze paragraaf eerst nader zal worden toegelicht. Aansluitend zal in paragraaf 5.4 worden uiteengezet welke opties er zijn om dat kader te operationaliseren.

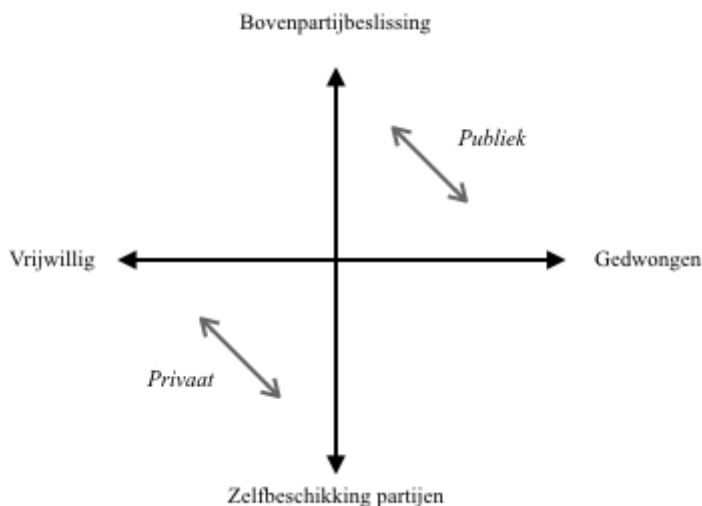
5.3.1 Botsende paradigma's

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag plaatsen wij twee paradigma's tegenover elkaar. Het eerste is het paradigma van de waarborgen. Het is nauw verbonden met de rechtsstaatgedachte, zoals deze zich heeft ontwikkeld sinds de Franse revolutie onder invloed van de Franse filosofen en dan vooral het werk van Montesquieu. Voorop staat bescherming van burgers tegen overheidsmacht en vooral na de Tweede Wereldoorlog van het beschermen van rechten van burgers door de overheid. Het gaat uit van het primaat van het recht. Het paradigma heeft de ontwikkeling van het huidige stelsel van overheidsrechtspraak in hoge mate

bepaald. Dit stelsel wordt gedomineerd door wetten en regels en kan, ondanks de verschillende pogingen tot deformalisering, nog steeds worden getypeerd als strikt en formalistisch. Enerzijds heeft dit bijgedragen aan de betrouwbaarheid van het stelsel en het vertrouwen van burgers in dat stelsel. Anderzijds is het formalisme een belangrijke oorzaak van de gebreken die aan het stelsel zijn verbonden, zoals relatieve traagheid en kostbaarheid van procedures en een gebrek aan oplossend vermogen.

Tegenover dit paradigma staat het paradigma van de autonomie en zelfbeschikking. Hierin staat de keuzevrijheid en zelfbeschikking van partijen centraal om zelf de vorm en inhoud te bepalen van de oplossing van hun geschil. Het is geen vanzelfsprekendheid dat dit een overheidsaangelegenheid is die regelgeving of toezicht vereist. Hier geldt dat evenals het partijen in beginsel vrijstaat om de overeenkomsten aan te gaan die zij verkiezen (contractsvrijheid), zij ook de beslechting of oplossing van hun geschil zelf kunnen vormgeven.

De beide paradigma's kunnen als 'ideaaltypen' aan de uiteinden van een schaal worden geplaatst. Arbitrage zit dan aan de formele, rechtsstatelijke rechtspraak van het spectrum. Voor wat betreft de waarborgen is hier nauwelijks een onderscheid te maken met overheidsrechtspraak, hetgeen de aanduiding 'private rechtspraak' rechtvaardigt. De meeste vormen van mediation kunnen worden geplaatst aan het andere uiterste van het spectrum, dat wordt getypeerd door informaliteit, keuzevrijheid en zelfbeschikking. In essentie gaat het hier immers om weinig anders dan om het vormgeven aan de contractsvrijheid van partijen. Weliswaar gebeurt dit tegen de achtergrond dat bij het uitblijven van een (vaststellings)overeenkomst alsnog de gang naar de rechter drijft, hetgeen de nodige druk op partijen legt, maar dat doet niets af aan de vrijheid voor partijen om die overeenkomst wel of niet te sluiten en op de wijze die hen goeddunkt. Bindend advies zit in dit spectrum tussen de beide andere vormen van ADR in. Als het een sterk geformaliseerde variant van bindend advies betreft, zoals de procedure bij de Geschillencommissie ('institutioneel bindend advies'), dan ligt dit dichterbij arbitrage dan bij mediation. Als het om een informele variant gaat ('ad hoc bindend advies'), dan moet deze op de schaal meer in de richting van mediation worden geplaatst. Zie figuur 2.



Figuur 3: Paradigma's, afbeelding ontleend aan A.F.M. Brenninkmeijer e.a., Handboek Mediation, Den Haag: Sdu 2017

Naarmate men op de aldus verkregen schaal opschuift in de richting van keuzevrijheid, autonomie/zelfbeschikking, moet naar het oordeel van onderzoekers worden aanvaard dat de waarborgen minder strikt en op informelere wijze zijn geregeld. De rechtvaardiging hiervoor is gelegen in het feit dat partijen zelf de oplossing van hun geschil tot stand brengen en de mogelijkheid hebben om gedurende het proces waarlangs die oplossing wordt bereikt ervoor te kiezen om eruit te stappen. Partijen hebben meer controle over proces en uitkomst en behoeven daarom minder waarborgen dan wanneer zij daarop niet of nauwelijks invloed kunnen uitoefenen. Waar partijen minder of geen beslisruimte met betrekking tot de wijze van oplossing van hun geschil, krijgen die waarborgen een groter belang en is meer bescherming van nodig.

5.3.2 Botsende paradigma's: van ijkpunten naar indicatoren

Hoewel bovenstaande paradigma's goed inzicht bieden in de mate waarin bescherming van partijen langs de lijnen van rechtsstatelijke waarborgen nodig is, bevatten zij nog steeds weinig concrete ijkpunten aan de hand waarvan kan worden vastgesteld op welk punt in de schaal men zich bevindt. Hieronder zal worden getracht de schaal van de botsende paradigma's nader te preciseren.

Daarbij past allereerst een relativerende opmerking over de gevraagde ijkpunten. In zijn etymologische betekenis suggereert de term 'ijkpunt' een bijna

natuurwetenschappelijke precisie waarmee zou kunnen worden gemeten of en zo ja welke rechtsstatelijke waarborgen van (overeenkomstige) toepassing zouden (moeten) zijn bij ADR. Helaas is het niet zo simpel. Daarvoor is de variatie te groot en zijn de gradaties te fluïde.

Wat uit dit onderzoek en de hiervoor gepresenteerde paradigma's wel kan worden afgeleid, zijn bepaalde *indicatoren*. Aan de hand van deze indicatoren kan worden beargumenteerd welk paradigma ten aanzien van welke modaliteit van ADR dominant is of zou behoren te zijn. Iets anders geformuleerd zouden de indicatoren inzicht moeten geven in het antwoord op de vraag onder welke constellatie van omstandigheden een *ADR-afnemer* redelijkerwijs zou mogen verwachten dat in het door hem aangegane ADR-traject is voorzien in waarborgen die – mutatis mutandis - vergelijkbaar zijn met de waarborgen waarmee reguliere rechtspraak omkleed is.

Wat ons betreft zijn deze verwachtingen meer gerechtvaardigd naarmate:

- a. de (ADR-stimulerende) bemoeienis van overheid groter is;
- b. de *feitelijke* keuzevrijheid van de ADR-afnemer ten aanzien van het aangaan van een ADR-traject kleiner is;
- c. de ADR-aanbieder kan worden aangemerkt als een meer professionele aanbieder en/of
- d. de ADR-aanbieder optreedt als geschilbeslechter in plaats van als procesbegeleider.

Daarmee kunnen deze factoren worden gezien als indicatoren voor overheidsregulering van of -toezicht op ADR, nog los van de vraag hoe die regulering of dat toezicht er dan uit zou kunnen/moeten zien. Op dat laatste gaan wij in de volgende paragraaf in. Hieronder zullen eerst de indicatoren worden toegelicht.

a. De mate van overheidsbemoeienis

Een overheid die ADR actief bevordert als reëel alternatief voor reguliere rechtspraak, moet niet vreemd opkijken als de afnemers van ADR daarbinnen een gelijkwaardige bescherming verwachten. Hoe sterker de aanbeveling van overheidswege, des te gerechtvaardigder mag je erop vertrouwen dat je - qua waarborgen - niet slechter af bent.

Daarbinnen bestaan uiteraard verschillende gradaties, waarvan de meest extreme variant de door een overheidsorgaan (waaronder ook rechters) verplichte ADR zou zijn. Echter, ook bevordering van ADR middels wettelijke erkenning (niet zijnde verplichting), subsidie en actieve informatiecampagnes kunnen dergelijke verwachtingen voeden. In termen van de hierboven gepresenteerde paradigma's wordt ADR hiermee immers meer in het publieke domein getrokken.

b. De mate van feitelijke keuzevrijheid van de afnemer

Aan de wortel van het paradigma van autonomie en zelfbeschikking staat de contractsvrijheid van (rechts)personen. Contractsvrijheid impliceert keuzevrijheid en in elke contractuele afspraak tot het beslechten van een geschil via ADR speelt dit paradigma hoe dan ook een rol.

Juristen moeten echter niet blind zijn voor de maatschappelijke realiteit. Er zijn – ook binnen ADR – genoeg situaties denkbaar waarbinnen de keuzevrijheid van partijen feitelijk beperkt (of zelfs nagenoeg illusoir) is.

Aanwijzingen dat deze feitelijke keuzevrijheid beperkt is, kunnen zijn dat de overeenkomst of het deel van de overeenkomst waarin de afnemer een verbintenis aangaat tot ADR in het normale verkeer niet onderhandelbaar is. Dit komt voor in gevallen waarin tot ADR wordt overeengekomen via de algemene voorwaarden bij een overeenkomst of via een collectieve arbeidsovereenkomst (cao). Een andere aanwijzing kan zijn dat het deel van de overeenkomst waarin de afnemer een verbintenis aangaat tot ADR redelijkerwijs niet kan worden beschouwd als behorend tot de kern van de overeenkomst. Te denken valt wederom aan een cao, maar ook aan individuele arbeidsovereenkomsten waarvan de kern normaliter wordt gevormd door de functieomschrijving en de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden. De vraag is gerechtvaardigd of redelijkerwijs mag worden verwacht dat iemand die een mooie functie aangeboden krijgt tegen goede voorwaarden, hiervan afziet vanwege het enkele feit dat de waarborgen waaronder hij zich verbindt tot ADR in zijn ogen onvoldoende zijn. Een derde aanwijzing kan zijn dat er voor de persoon die een overeenkomst sluit waarin een ADR-beding is opgenomen geen feitelijke alternatieven zijn, omdat alle andere partijen met wie hij een gelijkaardige overeenkomst zou kunnen sluiten dezelfde ADR-voorwaarde bedingen (bijvoorbeeld via algemene voorwaarden). Voor bescherming tegen dergelijke clausules is er dan ook terecht wettelijke bescherming die ervoor zorgt dat voor ‘zwakke partijen’ alsnog de keuze voor de rechter openstaat.

c. De mate van professionaliteit van de aanbieder

Het aanbieden van ADR is een vak, zo menen deze aanbieders ook zelf.³⁸⁷ Partijen die de beslechting van hun geschil in handen leggen van iemand die daarmee geen noemenswaardige ervaring of daartoe geen noemenswaardige opleiding heeft, nemen een risico. Dat risico bestaat eruit dat de ADR-aanbieder het proces (bewust of onbewust) begeleidt op een manier die geen recht doet aan bepaalde in de vorige paragraaf genoemde waarborgen of dat het proces een uitkomst krijgt die zonder dat partijen daarvan op de hoogte zijn in strijd is met dwingend recht. Met het nemen van dat risico groeit de eigen verantwoordelijkheid. Andersom geldt dat een persoon die ervoor kiest zijn ADR-traject in handen te leggen van professionele, bijna geïnstitutionaliseerde aanbieders enige verwachtingen mag koesteren ten aanzien van de mate waarin een (al dan niet geformaliseerde of anderszins gestandaardiseerde) manier van werken wordt gehanteerd waarin bepaalde basiswaarborgen gegarandeerd zijn. De mate van professionalisering kan voor een burger soms moeilijk in te schatten zijn. Niettemin kan worden gewezen op een aantal aanwijzingen voor een verminderde mate van professionaliteit. Dit zijn bijvoorbeeld dat:

- de ADR-aanbieder (of het bedrijf waarbij deze is aangesloten) geen substantiële ervaring heeft met het begeleiden daarvan;
- het aanbieden van ADR normaliter niet tot de kernwerkzaamheden van de ADR-aanbieder behoort;
- de ADR-aanbieder geen (of slechts een beperkte) opleiding heeft genoten in het aanbieden van (de gekozen vorm van) ADR (Voor zover is afgesproken dat het geschil op juridische gronden zal worden beslecht, zou hier ook kunnen meespelen dat de ADR-aanbieder geen of slechts een beperkte juridische opleiding heeft genoten); en/of
- de ADR-aanbieder niet is aangesloten bij een beroepsvereniging en/of -keurmerk.

d. De mate waarin de ADR-aanbieder optreedt als geschilbeslechter in plaats van procesbegeleider.

Onder b is reeds gesproken over keuzevrijheid. Daar betrof het vooral de keuzevrijheid voorafgaand aan een daadwerkelijk ADR-traject. Eveneens van belang is de keuzevrijheid die een ADR-afnemer behoudt gedurende het ADR-traject. Grosso modo gaat het hier om het verschil tussen mediation enerzijds en bindend advies en arbitrage anderzijds. Bij mediation behoudt de afnemer normaliter gedurende het traject nog altijd de mogelijkheid zich hieraan te onttrekken (door zich gaandeweg terug te trekken of door het niet ondertekenen van de uiteindelijke vaststellingsovereenkomst). Met deze mogelijkheid blijft een eigen

³⁸⁷ Dit sentiment kwam nadrukkelijk aan de orde in de expertmeetings.

verantwoordelijkheid bestaan voor de waarborgen als bedoeld in dit onderzoek (zowel voor wat betreft de waarborgen die het proces reguleren als de waarborgen die betrekking hebben op de uitkomst, zoals legaliteit). Daarmee is niet gezegd dat rechtsstatelijke waarborgen nooit van toepassing (kunnen) zijn op mediation, maar wel dat de verwezenlijking daarvan nooit geheel onttrokken wordt aan de verantwoordelijkheid van partijen.

Bij arbitrage en bindend advies geven partijen de begeleiding van het ADR-traject en de uiteindelijke uitkomst daarvan grotendeels op voorhand uit handen. Dat terwijl op dat moment meestal nog niet kan zijn gebleken dat de procedure oneerlijk zal verlopen of zal leiden tot uitkomsten die in strijd zijn met dwingend recht (waaronder fundamentele rechten). Met het uit handen geven hiervan, ligt er een zwaardere druk op de geschilbeslechter om ervoor te zorgen dat de eerlijkheid van de procedure en de rechtmatigheid van de uitkomst gewaarborgd zijn.

Samengevat

Samenvattend kan worden gesteld dat de botsende paradigma's die in deze paragraaf zijn gepresenteerd kunnen worden uitgewerkt naar indicatoren voor de gerechtvaardigde verwachting van de ADR-afnemers dat bepaalde rechtsstatelijke waarborgen ook binnen ADR gegarandeerd zijn. Deze indicatoren kunnen per ADR-modaliteit verschillen en bieden derhalve slechts aanwijzingen voor het al dan niet bestaan van deze waarborgen, alsmede voor de mate waarin de afnemer voor het verwezenlijken daarvan zelf verantwoordelijk kan worden gehouden.

Schematisch ziet dit er als volgt uit:



Figuur 4: Schematische weergave Indicatoren

5.4 Hoe rechtsstatelijke waarborgen bij ADR te garanderen? Handelingsopties

Tot dusver is gesproken over de waarborgen die voor ADR van toepassing kunnen zijn en de situaties waarin het meer of minder voor de hand ligt dat partijen zelf verantwoordelijk zijn voor een eerlijk en rechtmatig verloop van de procedure, dan wel dat dergelijke waarborgen binnen het ADR-traject (extern) gegarandeerd zijn (de paradigma's). In deze paragraaf gaan wij in op de handelingsopties die in aanmerking komen om de naleving van rechtsstatelijke waarborgen te verzekeren in die gevallen waarin dit niet uitsluitend tot de eigen verantwoordelijkheid van partijen kan worden gerekend.

Handelingsopties

Wanneer voor een bepaalde ADR-constellatie tot de conclusie wordt gekomen dat het niet uitsluitend tot de eigen verantwoordelijkheid van de afnemer kan worden gerekend dat bepaalde rechtsstatelijke waarborgen moeten worden gegarandeerd, moet de vraag worden gesteld:

1. wiens verantwoordelijkheid dat wel is, en
2. wie moet voorzien in mechanismen om naleving van deze waarborgen af te dwingen.

Deze beide vragen zullen wij hieronder gezamenlijk behandelen in verschillende *handelingsopties* die hieronder worden beschreven. De twee handelingsopties die wij in het onderzoek al zijn tegengekomen en die, zo lijkt het, in de huidige situatie (vooral nog) afdoende lijken te werken, zijn de zelfregulering door de branche en marginaal toezicht door rechters op initiatief van partijen. Deze twee varianten behoeven dan ook minder toelichting, omdat zij hiervoor al op diverse plaatsen zijn beschreven. Kort samengevat, gaat het om het volgende:

1. Zelfregulering door de branche

Alle vormen van ADR kennen een zekere mate van zelfregulering in de vorm van gedragsregels, procesreglementen e.d., waarin de rechtsstatelijke waarborgen zijn neergelegd. Bij arbitrage kan hierbij worden gedacht aan het NAI arbitragereglement, dat in aanvulling op de wettelijke arbitrageregeling in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering is neergelegd, procedureregels geeft, die aansluiten bij internationale standaarden. Voor wat betreft bindend advies wordt verwezen naar de procesreglementen van de geschillencommissies die zijn vormgegeven door consumenten- en brancheorganisaties. Bij mediation gelden voor de aangesloten mediators de gedragsregels van de MfN. Met deze vormen van zelfregulering is sprake van een zekere mate van toezicht door de branche/beroepsgroep zelf op de naleving van voor ADR relevante rechtsstatelijke waarborgen.

2. Toezicht door de rechter

Hierboven is op meerdere plaatsen gewezen op de toetsende rol die de rechter heeft ten opzichte van ADR. Bij arbitrage gaat het om het wel of niet verlenen van toestemming tot uitvoering van een arbitraal vonnis (exequaturverlening) door de voorzieningenrechter en de mogelijkheid voor het gerechtshof om een arbitraal vonnis te vernietigen of te herroepen. Hiermee heeft de rechter een zekere toezichthoudende rol. Ernstige schendingen van rechtsstatelijke waarborgen waartegen door een partij wordt opgekomen, kunnen zo door de rechter worden tegengegaan. Deze vorm van toezicht is echter zeer marginaal en afhankelijk van het initiatief van partijen, zodat de waarborgfunctie die hiervan uitgaat zeer beperkt is.

Naast of ter vervanging van de twee bestaande vormen van toezicht, zouden andere, verdergaande vormen van toezicht kunnen worden overwogen om de naleving van rechtsstatelijke waarborgen te verzekeren. Bij deze vormen van toezicht is het bestuur betrokken en men spreekt in dat geval dan ook van bestuurlijk toezicht. Omdat het hier gaat om voor de onderhavige materie nieuwe varianten, die hierboven nog niet aan de orde zijn geweest, worden zij hieronder uitgebreider toegelicht.

3. Bestuurlijk toezicht vanuit de centrale overheid

De minister van Veiligheid en Justitie draagt een stelselverantwoordelijkheid voor het rechtsbestel. In de toelichting bij de begroting voor 2017 wordt aan deze stelselverantwoordelijkheid eveneens ‘een stimulerende rol voor alternatieve geschilbeslechting’ gekoppeld.³⁸⁸ De reikwijdte van *stelselverantwoordelijkheden* is uiteraard moeilijk te preciseren en het is bepaald niet gezegd dat daaruit een (morele) verplichting zou voortvloeien tot bestuurlijk toezicht op datgene wat vanuit die stelselverantwoordelijkheid gestimuleerd dient te worden. Gelet op de door het ministerie zelf geclaimde verantwoordelijkheid is de gedachte van bestuurlijk toezicht echter evenmin volstrekt onlogisch.

Gelet op het legaliteitsbeginsel kan bestuurlijk toezicht niet bestaan in een juridisch vacuüm. Voor bestuurlijk toezicht is een helder afgebakend juridisch kader noodzakelijk waarin in ieder geval wordt voorzien in een afbakening van de rechtssubjecten op wie het toezichtskader van toepassing is (i.e. een duidelijke, wettelijke, afbakening van de beroepsgroep), toetsbare normen die op deze rechtssubjecten van toepassing zijn en een arsenaal aan bestuurlijke sancties zoals het kunnen opleggen van bestuurlijke boetes of een last onder dwangsom, het openbaar maken van namen van overtreders (*naming and shaming*) in – indien is

³⁸⁸ *Kamerstukken II 2016-2017, 34550 VI, 2, p. 34.*

voorzien in een systeem van registratie en/of vergunningverlening – de intrekking van een registratie of een vergunning.

Indien deze randvoorwaarden aanwezig zijn, is het mogelijk bestuurlijk toezicht uit te oefenen op individuele aanbieders van ADR. Bestuurlijke toezichthouders hebben over het algemeen de mogelijkheid om ambtshalve te beslissen tot het instellen van een onderzoek. Ook kunnen zij onderzoek instellen naar aanleiding van klachten van burgers of meer formele verzoeken tot handhaving.

Partijen die zich door een ADR-aanbieder benadeeld voelen, zullen dus doorgaans een ingang hebben bij de toezichthouder. Een toezichthouder is echter geen beroepsinstantie. Wat in het kader van bestuurlijk toezicht dus niet voor de hand ligt, is een gevalsgebonden ‘herziening’ van individuele ADR-trajecten door de toezichthouder.³⁸⁹ Bestuurlijk toezicht dat erop gericht is de kwaliteit van ADR ‘in den brede’ te bewaken zal zich doorgaans richten op de professionele standaarden van de aanbieders en de mate waarin een ADR-aanbieder daaraan structureel voldoet (of juist niet). Vaak zal dat dan ook betekenen dat een bestuurlijke sanctie jegens een ADR-aanbieder gestoeld is op een beoordeling van diens optreden in meerdere gevallen.

Zelfs als een individuele zaak aanleiding vormt voor bestuurlijke sancties, is het de vraag of deze sanctie de benadeelde partij(en) in die zaak zal baten. Een bestuurlijke boete is bijvoorbeeld bedoeld om de aanbieder leed toe te brengen in de verwachting (of in ieder geval de hoop) dat deze zich *in de toekomst* normconform zal gedragen. Voor *naming and shaming* of intrekken van een registratie geldt dat ook zij vooral toekomstige cliënten beogen te beschermen door deze te informeren respectievelijk door de aanbieder van (een deel van) de markt te verwijderen. Hoewel een dergelijk oordeel wellicht enig gewicht in de schaal legt bij de beoordeling van de vaststellingsovereenkomst door de burgerlijke rechter, zal een partij die ontevreden is met de ADR die hem of haar is aangeboden weinig geholpen zijn met de sanctie op zich.

Dit zou alleen anders zijn indien gekozen wordt (of kan worden) voor een herstelsanctie. Zo zou een last onder dwangsom er in theorie uit kunnen bestaan dat de ADR-aanbieder er op straffe van het verbeuren van een dwangsom toe wordt gedwongen een nieuwe vaststellingsovereenkomst tot stand te brengen. Het is de vraag of dit in alle gevallen mogelijk is. Het is bijvoorbeeld bepaald niet ondenkbaar dat de wederpartij van de benadeelde partij geen enkel belang heeft bij medewerking hieraan.³⁹⁰

³⁸⁹ Uiteraard is dit afhankelijk van de eventueel te kiezen toezichtsmodaliteit. Onderzoekers zijn echter niet bekend met dergelijke constructies in de huidige praktijk van het bestuurlijk toezicht.

³⁹⁰ Dit zou alleen ‘verholpen’ kunnen worden door het bestuursorgaan eveneens de bevoegdheid te geven individuele vaststellingsovereenkomsten te vernietigen. Dergelijke

Bestuurlijk toezicht vanuit de centrale overheid: hoe dan?

Gesteld dat – met al deze beperkingen – toch zou worden gekozen voor het introduceren van een vorm van bestuurlijk toezicht, dan moet worden nagedacht over de bestuurlijke inbedding daarvan. Hierbij kan worden gedacht aan twee hoofdmodaliteiten. De eerste is één waarin toezicht wordt uitgeoefend binnen de reguliere ministeriële hiërarchie. Dit toezicht vindt dan plaats namens de minister van V&J en kan feitelijk worden ondergebracht bij één van de ministeriële directies of bij een specifiek daarvoor op te richten ministeriële dienst, inspectie of agentschap dat besluiten namens de minister neemt. Een andere optie is het organiseren van toezicht buiten de reguliere ministeriële hiërarchie. Hierbij moet voornamelijk worden gedacht aan een toezichthoudend zelfstandig bestuursorgaan (zbo).

Gelet op de veronderstelde stelselverantwoordelijkheid van het ministerie van V&J, zou kunnen worden betoogd dat de eerste optie voor de hand ligt. Bedacht moet echter worden dat deze stelselverantwoordelijkheid vooral wordt omschreven als een verantwoordelijkheid voor het *stimuleren* van alternatieve geschilbeslechting als geheel en niet – althans niet primair – voor het *functioneren* van *individuele* geschilbeslechters. Ook de onafhankelijkheid en de autonomie van de geschilbeslechters kan in het geding komen naarmate de minister meer directe betrokkenheid krijgt.

Gelet op deze laatste overwegingen zou bestuurlijk toezicht vanuit een zbo meer voor de hand liggen. Hoewel zbo's thans enigszins op hun retour lijken te zijn, moet worden bedacht dat dit vooral geldt voor zbo's die zijn ingesteld met het oog op art. 3 lid 1 onder b Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (Kaderwet zbo's),³⁹¹ dat wil zeggen: voor zbo's die zijn ingesteld met het oog op “strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen”. Voor een toezichthoudend zbo in het kader van alternatieve geschilbeslechting geldt veeleer de in art. 3 lid 1 onder a Kaderwet zbo's genoemde reden. Dit betreft de omstandigheid waarin “behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid”.

Dat bestuurlijk toezicht via een zbo volgens het thans geldende wettelijke kader mogelijk is, betekent uiteraard niet dat zulks moet geschieden. Een toezichthoudend zbo moet worden gezien als een tamelijk zwaar opgetuigde constructie waarvoor niet alleen moet worden voorzien in het hierboven aangehaalde toezichthoudende

bevoegdheden worden over het algemeen echter – en met reden – voorbehouden aan rechters.

³⁹¹ Zie de discussie die hieromtrent is aangezwengeld middels het rapport van de Algemene Bestuursdienst ‘Onderzoek naar de herpositionering van zbo's’, uitgevoerd door ABDTOPConsult (De Leeuw), 22 januari 2014 en het mede daarop geënte kabinetsbeleid dat is uiteengezet in de brief van de minister voor Wonen en Rijksdienst van 13 mei 2014, Kamerstukken II, 2013-2014, 25268, nr. 83.

kader, maar ook in instellingswetgeving die voorziet in bemensing, ondersteuning en rechtspositie van het bestuursorgaan. Een en ander gaat bovendien gepaard met additionele kosten.³⁹²

Bestuurlijk toezicht en zelfregulering

Aan het begin van de beschrijving van deze handelingsoptie is gesteld dat bestuurlijk toezicht vanuit de centrale overheid alleen mogelijk is als daarvoor een solide juridisch kader bestaat. Dit lijkt zelfregulering door brancheorganisaties wellicht uit te sluiten, maar dat hoeft niet het geval te zijn. In plaats van een juridisch (toezichts)kader dat uitsluitend wordt vastgesteld door de (formele) wetgever, kan ook worden gedacht aan *wettelijk geconditioneerde zelfregulering*, waarbij de branche regels stelt voor zichzelf, maar dat daarbij een zekere inkadering plaatsvindt of een zekere vorm van toezicht achteraf.³⁹³ Afhankelijk van de vorm waarin de wettelijke conditionering is gegoten, kan sprake zijn van toezichtsmechanismen in handen van de centrale overheid, bijvoorbeeld via het intrekken van een erkenning.

4. Bestuurlijk toezicht vanuit een afzonderlijke decentrale overheid

De meest verregaande vorm van bestuurlijk toezicht is het toezicht dat wordt georganiseerd vanuit een afzonderlijk overheidsverband. Hierbij moet worden gewezen op de mogelijkheid van het instellen van een ‘openbaar lichaam voor beroep’ op grond van art. 134 Grondwet. Hiermee wordt een decentrale overheid in het leven geroepen waarbinnen de beroepsgroep zichzelf kan organiseren. Anders dan een op privaatrechtelijke leest geschoeide beroepsorganisatie kunnen ook publiekrechtelijke bevoegdheden worden toegekend aan dergelijke functioneel gedecentraliseerde lichamen. De ‘openbare lichamen voor beroep’ moeten worden onderscheiden van de ‘openbare lichamen voor bedrijf’. De voornaamste verschijningsvorm van deze laatste categorie – de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie is in 2015 afgeschaft. Hoewel zij niet bijzonder talrijk zijn, bestaan de openbare lichamen voor beroep nog steeds en van hun afschaffing is momenteel geen sprake. Een openbaar lichaam veronderstelt een onderliggende belangengemeenschap die via het openbaar lichaam ook publiekrechtelijk tot besluitvorming ten aanzien van haar eigen belangen kan komen. Daartoe beschikken zij doorgaans over een (beperkte) verordenende bevoegdheid, een vorm van tuchtrecht en over een op enigerlei wijze vormgegeven democratische structuur.

De huidige openbare lichamen voor beroep zijn:

³⁹² Zo blijkt uit de brochure ‘Zbo’s in beeld 2016’ van de Rijksoverheid dat zelfs met beperkt bemenste zbo’s zoals het College gerechtelijk deskundigen reeds een structureel bedrag van € 2 miljoen gemoeid is.

³⁹³ Zie *Kamerstukken II 1990-1991, 22008, 1-2* (Nota ‘Zicht op Wetgeving’).

- de Nederlandse Orde van Advocaten
- de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
- de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders
- de Nederlandse beroepsorganisatie van accountants
- de Orde van Octrooigemachtigden en
- de Nederlandse Loodsencorporatie.

Net als andere decentrale overheden – zoals gemeenten, provincies en waterschappen – functioneren de openbare lichamen voor beroep niet in een volstrekt vacuüm. Nederland is en blijft een gedecentraliseerde *eenheidsstaat* hetgeen betekent dat de openbare lichamen gehouden zijn aan de grenzen die worden opgeworpen door nationale wet- en regelgeving en dat de Grondwet voorziet in de mogelijkheid van bestuurlijk toezicht op de beroepsorganisaties, te regelen in de wet die het openbaar lichaam in het leven roept.³⁹⁴ Deze vorm van bestuurlijk toezicht bestaat voornamelijk uit het instellen van een goedkeuringsregime voor de verordeningen die het openbaar lichaam vaststelt, een schorsings- en vernietigingsbevoegdheid ten aanzien van de bestuurshandelingen die door organen van het openbaar lichaam worden verricht en/of een voorziening bij taakverwaarlozing door deze bestuursorganen. Hoewel er in dergelijke gevallen wel degelijk ruimte is voor een toezichthoudende taak van een minister (bijvoorbeeld de minister van Veiligheid en Justitie), gaat het om een vorm van gelaagd toezicht: het openbaar lichaam houdt toezicht (of voorziet in tuchtrecht) op de leden van de onderliggende gemeenschap, de minister houdt toezicht op het openbaar lichaam.

Een openbaar lichaam voor ADR-aanbieders?

Wat opvalt, is dat het bij de huidige openbare lichamen voor beroep niet zelden gaat om juridische en parajuridische beroepen. In die zin zou een publiekrechtelijke beroepsorganisatie voor ADR-aanbieders niet uit de toon vallen. Openbare lichamen zouden vanuit de optiek van de Rijksbegroting bovendien goedkoper kunnen uitvallen dan zbo's. De meeste openbare lichamen voor beroep bedruipen zichzelf via bijdragen die zij heft van de leden van haar gemeenschap.

Wel moet de vraag worden gesteld of de overige investeringen die moeten worden gedaan voor het optuigen van een dergelijk openbaar lichaam opwegen tegen de voordelen die daarmee kunnen worden behaald. Het organiseren van bestuurlijk toezicht via een openbaar lichaam vergt immers eenzelfde mate van kaderstellende

³⁹⁴ Zie hieromtrent W. van der Woude, Commentaar op artikel 134 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2017 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

en bevoegdheidsattribuerende wetgeving als het bestuurlijke toezicht vanuit de centrale overheid zelf. Daar komt bij dat de centrale overheid nog steeds een toezichthoudende functie overhoudt (in dat geval waarschijnlijk via het toezicht dat de minister van Veiligheid en Justitie uitoefent op het openbaar lichaam).³⁹⁵ Wat voorts voor het instellen van een openbaar lichaam van groot belang is, is het kunnen identificeren en afbakenen van een gemeenschap waarvan het openbaar lichaam de publiekrechtelijke abstractie zal worden. Met andere woorden: het aanbieden van ADR zal moeten worden gedefinieerd als beschermd beroep, waarbij het eveneens mogelijk moet zijn bepaalde aanbieders van hun ambt te ontzetten, indien zij niet handelen conform de door de wetgever en het openbaar lichaam gestelde regels.

5.5 Conclusies

In dit onderzoek stonden twee onderzoeksvragen centraal. De conclusies ten aanzien van de eerste onderzoeksvraag hebben wij in par. 5.2.2 geformuleerd. Aldaar werd geconstateerd dat het algehele beeld waar het gaat om het voldoen aan rechtsstatelijke waarborgen door aanbieders van buitengerechtelijke geschiloplossing niet negatief is. Waar sprake is van voor ADR relevante waarborgen geldt dat deze in de meeste gevallen bij wet (vooral arbitrage), reglement of anderszins zijn verzekerd. Op verschillende niveaus is al sprake van de nodige overheidsbemoeienis met de belangrijkste varianten van ADR, zoals het Kifid of de geschillencommissies. Er is dan ook geen reden voor ingrijpende wijziging van het huidige stelsel. Het uitgangspunt zou dan ook moeten zijn dat met (verdere) formalisering van de bestaande vormen van buitengerechtelijke geschiloplossing terughoudendheid moet worden betracht, omdat deze ten koste zou kunnen gaan van juist de aantrekkelijkheid en kracht van die buitengerechtelijke geschiloplossing.

Deze conclusie met betrekking tot de huidige stand van zaken neemt echter niet weg dat de (private) markt voor buitengerechtelijke geschiloplossing in beweging is en het belang van rechtsstatelijkheid noopt tot waakzaamheid. Het is dan ook van belang dat de ontwikkelingen periodiek worden gevolgd en beoordeeld. In het bijzonder verdient hier de opkomst van commerciële institutionele aanbieders van arbitrage en bindend advies en van *online dispute resolution* de aandacht. Waar het huidige beeld van de markt van aanbieders van buitengerechtelijke geschiloplossing nog wordt gedomineerd door aanbieders waarbij de overheid direct of indirect een stevige vinger in de pap heeft waar het gaat om het afdwingen van rechtsstatelijke waarborgen (vgl. Kifid en de geschillencommissies voor consumentenzaken), is dat ten aanzien van commerciële partijen (vgl. e-Court) en ODR niet het geval. De ontwikkelingen op dit gebied zouden het beeld in de (nabije) toekomst kunnen doen

³⁹⁵ Waarbij overigens moet worden opgemerkt dat het bij de huidige openbare lichamen voor beroep nauwelijks tot toezichthoudend optreden hoeft te komen.

veranderen, zodat een verdergaande toepassing van het bestaande instrumentarium als beschreven in de vorige paragraaf, dan wel de inzet van nieuwe handelingsopties worden overwogen. De conclusie wordt dan ook getrokken dat het periodiek volgen van de marktontwikkelingen op het gebied van buitengerechtelijke geschiloplossing, zowel offline als online, geboden is.

Ter beantwoording van de opvolgende vraag wanneer dan wel ingrijpen in de markt van buitenrechtelijke geschiloplossing op grond van het belang van rechtsstatelijkheid aan de orde is, plaatsen de onderzoekers de twee hier relevante paradigma's tegenover elkaar. Het paradigma van de rechtsstatelijke waarborgen, dat centraal staat in de onderzoeksvragen, kan worden geplaatst tegenover het paradigma van de autonomie en zelfbeschikking. Hieruit volgt dat het overheidsingrijpen geen vanzelfsprekendheid is. Er moet sprake zijn van een noodzaak om dat te doen en die noodzaak zou naar het oordeel van de onderzoekers kunnen worden bepaald aan de hand van de volgende indicatoren:

- a. de (ADR-stimulerende) bemoeienis van overheid; naarmate deze groter is, is er meer grond voor regulering of toezicht.
- b. de feitelijke keuzevrijheid van de ADR-afnemer ten aanzien van het aangaan van een ADR-traject; naarmate deze kleiner is, is er meer reden om de ADR door middel van regulering of toezicht in bescherming te nemen.
- c. de professionaliteit van de ADR-aanbieder; naarmate deze groter is, mag meer van de aanbieder worden verwacht en zal hij meer regulering of toezicht waar het gaat om rechtsstatelijke waarborgen mogen verwachten;
- d. treedt de ADR-aanbieder op als geschilbeslechter of als procesbegeleider; in het laatste geval domineert de autonomie en zelfbinding, in het eerste geval is meer aanleiding voor het zekerstellen van waarborgen die vergelijkbaar zijn aan die welke gelden voor overheidsrechtspraak.

Indien deze indicatoren ertoe leiden dat overheidsingrijpen kan zijn geboden, staan vier in het onderzoek beschreven handelingsopties open. Van deze vier worden de eerste twee opties, te weten zelfregulering door de branche en toezicht door de rechter, in de bestaande situatie al toegepast. De keuze kan zijn om deze handelingsopties verder uit te bouwen, bijvoorbeeld het toezicht door de rechter nader in te vullen en minder marginaal te doen zijn. De twee andere handelingsopties: het invoeren van bestuurlijk toezicht op centraal niveau, dan wel het oprichten van een openbaar lichaam, liggen vanwege het ingrijpende en kostbare karakter ervan veel minder voor de hand.

SUMMARY

The main research question in this report is if the core values of the rule of law are sufficiently upheld in current forms of out-of-court or 'alternative' dispute resolution (ADR), and which benchmarks or indicators may be identified to determine whether these guarantees need to be strengthened. These last decades, ADR has become an important part of the Dutch justice system. Arbitration, the oldest form of ADR, has long been a part of corporate dispute resolution. Both other types of ADR – mediation and binding third party ruling – have emerged more recently, pressing the need for this very research. The question how the core values of the rule of law are guaranteed for those who make use of these non-governmental forms of ADR is asked more often and more urgently. At the same time, it is clear that the strength of these alternatives is that they are less formalistic and therefore faster and offer better possibilities to tailor the procedure to a specific case. One must however fear that providing for more 'rule of law safeguards' will lead to formalisation and will reduce the effectiveness of ADR. Hence, there is an obvious tension between the classic rule of law safeguards incorporated in the (public) judicial system, and the effectiveness and efficiency of the (private) alternatives. Finding an appropriate balance between these interests is the focus of this research.

The first step of this research consists of identifying and setting out the framework of rule of law safeguards and how these are relevant in the specific context of ADR, by conducting a literary and case law research. The outcome of this research has subsequently been presented to and discussed in expert meetings and focus groups, both consisting of experts from the ADR-field and academics, in order to validate the results and further explore the issues that had come up during these meetings. At the same time the current field of ADR in the Netherlands – arbitration, binding third party ruling, and mediation – has been described with a specific focus on the rule of law safeguards that had previously been identified. With regard to binding third party ruling and mediation, three case studies have been conducted to get a more detailed picture of the safeguards these variants of ADR currently offer: A case study into Kifid (the Dutch Financial Services Complaint Tribunal), divorce mediation, and ADR in disputes with the government.

The results of the research show that in general, the rule of law seems sufficiently safeguarded in alternative dispute resolution. The relevant safeguards are often enshrined in the law (which is especially the case in arbitration), regulations, rules of procedure or are guaranteed otherwise. In the most important institutional variants of ADR – such as Kifid or so-called 'disputes committees' for consumer cases – government interference already occurs. Therefore, it appears that there is at present no need to provide for additional safeguards. As was said, further formalisation and legalisation could

be at the expense of the desirable qualities and advantages of ADR, and should thus be done reservedly. For the future however, it is important to monitor the developments.

The various forms of ADR are simply too diverse to precisely indicate when government interference does become opportune. The researchers therefore developed a framework that takes this diversity into account and provides a sufficient basis for assessing the necessity and the type of interference. For this purpose, two paradigms are placed on opposite sides of a sliding scale. On one side, the paradigm of the safeguards, that is incorporated in the judicial system which can be characterized as highly formal. On the one hand this has led to a reliable system and subsequent confidence in the system. On the other hand, it has led to a rather inert system that is known to be relatively slow, costly, and does not leave much room for a tailor-made approach to cases. The second paradigm concerns autonomy and self-determination. It revolves around the freedom of choice and self-determination of parties' own interpretation on how to solve their conflict. It is not self-evident that this should involve some sort of government interference or regulation. Similar to parties' freedom of contract, which entails that in principle the contracting parties determine the contents of the agreement themselves, parties may also shape the solution to or resolution of their conflicts.

Both paradigms can be viewed as 'ideals' on either side of a scale on which the various forms of ADR could be placed. The research shows indicators with which the paradigm that is applicable to these various types of ADR could be determined. The perspective of the ADR consumer and the legitimate expectations on constitutional safeguards he reasonably may have, are essential. These expectations are more justified if one (or more) of the following situations occur: When more government interference occurs and the government stimulates ADR; when the actual freedom of choice regarding the use of ADR is smaller; when the provider of ADR provider can be considered to be more professional and/if the role of the ADR provider is to resolve the conflict, as opposed to a role of a more procedural nature. These criteria could be used as indicators for government regulation or control, after which could be discussed how such regulation or control could be shaped or formalised. The report describes four options, two of which already exist in the current system: self-regulation and supervision of the 'products' of ADR (for example arbitral awards or settlement agreements) by the judiciary. The two other possibilities are of a more theoretical nature: administrative supervision by the central government or by specific decentralised authorities. Though far-reaching and not (yet) necessary, they do occur in specific sectors of the legal domain, such as the notarial and legal profession, and are thus mentioned in this research.

Literatuur

M. Adams & W. Witteveen, 'Drie dimensies van de rechtsstaat', *Nederlands Juristenblad* 2014/1017.

M. Adams & G.J. Leenknecht, 'Artikel nul: een algemene bepaling over rechtsstaat, democratie en grondrechten in de Grondwet?', *Ars Aequi* 2015/3

L. van Almelo, 'Mediators wachten op boost', *Mr* 2014,5

H. Arlman & E. Lohman, 'Toegang tot het recht: grondrecht of kostenpost?' *Nederlands Juristenblad* 2013/2560

W.D.H. Asser, 'Beginselen van een faire arbitrale rechtspleging' *Tijdschrift voor Arbitrage* 2013/40.

J.M. Barendrecht & B.E. Baarsma, 'Mediation 2.0', *NJB* 2015,32

J.M. Barendrecht, Understanding the market for justice (paper Tilburg Law School), 2009, zie http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416841

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM', *Trema* 2006/4, p. 137 – 138

E. Bauw, B. Böhler, M.E. de Meijer en M. Westerveld, *Toga dragers in de rechtsstaat. De juridische professies en de toegang tot het recht*, tweede druk, Den Haag: Boom Juridisch 2016

E. Bauw, *Rechtspraak in tijden van crisis: over bedreigingen en kansen voor rechtspraak, economie en rechtsstaat* (oratie Uva), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010

E. Bauw, 'De keuze voor arbitrage of bindend advies en de 'vermarkting' van de civiele geschillenbeslechting', *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken* 2011/5, p. 192-196

E. Bauw & R.C. Hartendorp, 'Kantonrechter of geschillencommissie in consumentenzaken: de feiten op een rij', *Nederlands Juristenblad* 2005,80, nr. 44, p. 2304-2308

E. Bauw, 'Wat te denken van wraking?', *Ars Aequi* 2011, p. 202-206

A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton: Princeton University Press 2006.

N. Bensley, 'Online Dispute Resolution', *American Bar Association* 2004,6,4

- T. Bingham, *The Rule of Law*, London: Allen Lane 2010
- J. Blad, 'Advocatuur in Strafrecht en Herstelrecht', *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2016/2
- P.P.T. Bovend'Eert, C.A.J.M. Kortmann, C.A.J.M., *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2013
- A.F.M. Brenninkmeijer, van Ewijk en van der Werf, 2002: 15
- I. Brand, 'De invloed van Europees recht op alternatieve wijzen van geschilbeslechting', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2015/7
- A.F.M. Brenninkmeijer, 'Stresstest rechtsstaat Nederland', *Nederlands Juristenblad* 2015/740
- A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2017
- A. Buck, P. Pleasance & N. Balmer, 'Do citizens know how to deal with legal issues? Some empirical insights', *Journal of Social Policy* 2008
- P. Butler, 'The Case for Trials: Considering the Intangibles', *Journal of Empirical Legal Studies* 2004/3/1
- P.D. Carrington, 'Civil Procedure and Alternative Dispute Resolution', *Journal of Legal Education* 1984/298
- M. Cappelletti, 'Alternative Dispute Resolution Processes within the framework of the world-wide access-to-justice movement', *The Modern Law Review* 1993/56
- B. Chin-A-Fat, M. Steketee, 'Bemiddeling in uitvoering', Evaluatie experimenten scheidings- en omgangsbemiddeling, Verweij-Jonker Instituut, Utrecht 2001 in *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*
- L.M. Coenraad en P. Ingelse, *Afscheid van de klassieke procedure? Preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging* 2017, Deventer: Wolters-Kluwer 2017, p. 28 e.v.
- A. Currie, *Self-helpers need help too*, 2010, www.lawforlife.org.uk/index.php/research-and-theory/self-helpers-need-help-too

W.E. Davis & K.D. Razili, 'Implementing ADR Programs in Developing Justice Sectors: Case Studies and Lessons Learned', American Bar Association, *Dispute Resolution Magazine*, Zomer 2010, 16–18

J. Dierx en A.M. van der Does, 'Premediation: verplicht vrijwillig naar de mediator', *NMI Tijdschrift conflicthantering* 2011/ 7

S.E. Eisma, 'De Wet op het financieel toezicht: een overzicht', *Ondernemingsrecht* 2007/ 2

M.L. van Emmerik & Y.E. Schuurmans, 'Meer transparantie bij rechterlijke zaakstoedeling dringend gewenst', *NJB* 2016/593, afl. 12

M.L. Emmerik, J.P. Loof & Y.E. Schuurmans, 'Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak', *Research Memoranda Raad voor de Rechtspraak*, 2014/2

P.E. Ernste, 2012, 'De rol van bindend advies naast arbitrage', *Tijdschrift voor Arbitrage*, no. 72

P.E. Ernste, 2010, 'Bindend advies in het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht*, no. 5, p. 30-38

P.E. Ernste, *Bindend Advies*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2015

K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

B.J. van Ettekoven, 'Herrie rond de keukentafel', *NTB* 2016/50

L. Fuller, 'The Forms and Limits of Adjudication', *Harvard Law Review* 1978/92

M. Galanter, 'A World Without Trials', *Journal of Dispute Resolution* 2006/7

I. Giesen, F. Kristen, L. Enneking & L. van Lent, 'Op weg naar een nieuwe wrakingsprocedure, meer legitimiteit en minder oneigenlijk gebruik', *NJB* 2013/384

I. Giesen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht. Deventer: Wolters Kluwer.

K. De Graaf, B. Marseille & H. Tolsma, 'De Wet bevordering mediation en het bestuursrecht', *NJB* 2016/1945

M.S. Groenhuijsen, 'Herstelbemiddeling en mediaton in het strafrecht. Een nieuw hoofdstuk', *Delikt en Delinkwent* 2016/1

M. Groenleer, 'De aantastbaarheid van een echtscheidingsconvenant', *Tijdschrift voor Echtscheidingsrecht* 2009,18

J. Gruin, 'The rule of law, adjudication and hard cases', *American Dispute Resolution Journal* 2008/19

L. Hammergren, 'Access to Justice: Legal Assistance, Special Courts, Alternative Dispute Resolution, and Beyond', in: *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance*, Pennsylvania State University Press 2007

A.W. Heringa, J. van der Velde, L.F.M. Verhey & W. van der Woude, *Staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

M.B.A. van Hout, 'Mens, Maatschappij en Mediation in het Belastingrecht' *Fiscaalwetenschappelijke reeks* 2015/21

H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Zaakstoedeling en het vleugellamme artikel 17 Grondwet, een oproep tot formele regelgeving', *NJB* 2016/147, afl. 29

J.A. Jolowicz, 'On the Nature and Purpose of Civil Procedural Law', in: J.A. Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.

Ph. Kiiver, W. van der Woude & L.F.M. Verhey, *Institutionele aspecten van constitutionele toetsing*, Deventer: Kluwer 2012

R. Koenraad, 'Ruimte voor mediation', *NJB* 2014/523

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

A. Kramer, 'Mediation in het openbaar bestuur en bestuursrecht', *NJB* 2014/361

B. Krijnen, 'Is een wettelijk verplichte geschillencommissie in strijd met het recht op toegang tot de rechter?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2015/5

H.M. Kritzer, 'Disappearing Trials? A Comparative Perspective', *Journal of Empirical Legal Studies* 2004/3/1

S. Landsman, 'So What? Possible Implications of the Vanishing Trial Phenomenon', *Journal of Empirical Legal Studies* 2004/3/1

- A. Lenaerts, 'De reglementen van het klachtenloket rentederivaten Kifid', *Tijdschrift voor Financieel recht* 2015/11
- K.C. Liyanage, 'The Regulation of Online Dispute Resolution: Effectiveness of Online Consumer Protection Guidelines', *Deakin Law Review* 2012, 17, 2
- A.T. Marseille en M.F. Vermaat, 'Burgers op zoek naar rechtsbescherming in het sociaal domein', *Handicap en Recht* Juni 2017/1
- A.T. Marseille, H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, 'Juridische handreiking informele aanpak', Ministerie BZK, Den Haag 2011
- G.J. Meijer en P.E. Ernste, De arbitragewet 2015, gezien in het licht van dwingend recht en regelend recht, *RM Themis* 2015-3
- J. Michel, 'Alternative Dispute Resolution and the Rule of Law in International Development Cooperation', *Justice and Development Working Paper Series* 12/2011
- B.P.A. van Mil, Y.M. van der Vlugt, F.T. Kuipéri, *Evaluatie Kifid, eindrapport*, Den Haag: KWINK Groep 2016
- L. Mommers, *Legitimiteit en virtualisering van geschiloplossing*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006
- R. Morek, 'The Regulatory Framework for Online Dispute Resolution: A Critical View', *Toledo Law Review* 2006, 38, 1
- C.M.D.S. Pavillon, 'Geschillencommissies en dwingend recht, over de gevolgen van een door de ADR-richtlijn gedwongen huwelijk', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2015/5
- T.J. Poppema, 'De redelijke termijn na 29 januari 2014', *Trema* 2015/2
- Redactioneel, "Goede gefinancierde rechtshulp: een noodzakelijke voorwaarde voor effectieve toegang tot de rechter en een eerlijk proces", *NJCM-Bulletin* 2008
- D. Rainey, 'Third-Party Ethics in the Age of the Fourth Party', *International Journal of Online Dispute Resolution*, 2014,1,1
- C.H. van Rhee & W. van der Woude, 'Effects in time of judgments in the Netherlands - prospective overruling and related techniques', in: E. Steiner (red.), *Comparing the prospective effect of judicial rulings across jurisdictions*, Dordrecht: Springer 2015

- A.S. Rueb, E. Gras en A.W. Jongbloed, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015
- A.H. Santing-Wubs, 'Mediation: hoe ver gaan de vrijwilligheid en de vertrouwelijkheid?', *Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2008/51
- A.C. van Schaick, *Asser-Procesrecht 2: Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2016
- R.J.N. Schlössels, 'Het recht op toegang tot het bestuur', *NTB* 2017/23
- A. Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge: Harvard University Press 2009.
- J. Slooijer, *Onderzoek bij gemeenten naar de stand van mediation. Rapport NMI/Vereniging Gemeente Mediation*, Den Haag: BMC 2013
- S.J. Shackelford & A.H. Raymond, 'Building the Virtual Courthouse: Ethical Considerations for Design, Implementation, and Regulation in the World of ODR', *Wisconsin Law Review* 2014, 3, p. 614-657
- M. Simon Thomas, 'Theorizing Mediation: Lessons Learned from Legal Anthropology', *Utrecht Law Review* 2016/1
- M. Simon Thomas, *Evaluatie onderzoek naar 'Peer Review' voor de MfN-registermediator*, onderzoeksrapport, Universiteit Utrecht, 2016.
- H.B. van Soest-Bosch, 'De Nieuwe Zaaksbehandeling, waar staan we nu?', *JBplus* 2016
- F. Steffek, H. Unberath, e.a., *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford: Hart Publishing 2013.
- J.R. Sternlight, 'Is Alternative Dispute Resolution Consistent with the Rule of Law?', *DePaul Law Review* 2006/56
- H. Tjeenk Willink, 'De rechterlijke functie in de veranderende democratische rechtsstaat', *Nederlands Juristenblad* 2014/3
- J. Tolsma, *Bemiddelend bestuur: juridische aspecten van bemiddeling bij bestuurlijke besluitvorming*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.
- H. Verbist, 'De rechtsbescherming van partijen in privaatrechtelijke handelsarbitrage', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2014/2
- J.H. Verdonschot, 'KEI en ODR, hand in hand vooruit', *Recht der Werkelijkheid* 2016,2

J.H. Verdonschot, 'De technologie van toegang tot het recht', *Justitiële verkenningen* 2014,1

M. ter Voert, 'Toegang tot het recht in beweging. Over burgers en hun oplossingsstrategieën', *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2014/1

M.J. Ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC 2015, p. 35.

R.J.M. Vogels, *De stand van Mediation in Nederland*, Stratus 2011

M. Vroemen en D. Allewijn, 'Tijd voor mediation in het bestuursrecht', *Tijdschrift voor Mediation* 2005, nr. 2

A.G. Wennekes, 'Alternatieve geschillenbeslechting in het bestuursrecht', *Gst.* 2014/27

M. Westerveld & A. Terlouw, 'Responsibilities of the state, lawyers, the judiciary and judges', *Recht der Werkelijkheid* 2015/3

L. Wing, 'Ethical Principles for Online Dispute Resolution', *International Journal on Online Dispute Resolution* 2016,3,1

W. van der Woude, A.M. Hol, A.D. Marchena-Slot, R. Nehmelman, G.J. Oostindie, J.M. Reijntjes, A.B. van Rijn, P.C.M. Schotborgh-Van de Ven & W.S. Zorg, 'Vijf jaar justitiële Rijkswetten - Rapportage van een wetsevaluerend onderzoek in opdracht van de Evaluatiecommissie justitiële rijkswetten' Bijlage bij: *Eindverslag Evaluatiecommissie justitiële rijkswetten*, Den Haag: WODC 2015

W. van der Woude, *Democratische waarborgen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009

B. van Zelst, 'HvJ 13 mei 2015, zaak C-536/13, Gazpom/Litouwen, Over de moeizame relatie tussen het Unierecht en Arbitrage', *Nederlands Juristenblad* 2015/1976

G.J. Zwenne & A. Schmidt, 'Wordt de homo digitalis bestuursrechtelijk beschermd?', in: *Homo Digitalis*, Handelingen NJV 2016-1, Den Haag: Wolters Kluwer 2016

Jurisprudentie

HvJ EU 14 juni 2017, zaaksnr. C-75/16 (*Menini en Rampanelli*)

EHRM, 15 februari 2015, zaaknr. 68416/01 (*Steel & Morris v UK*)
EHRM 17 september 2013, zaaknr. 13143/08 (*Van Galen – Nederland*)
EHRM 15 oktober 2009, zaaknr. 17056/06 (*Micallef vs Malta*)
EHRM 14 mei 2002, zaaknr. 34549/97 (*Meulendijks – Nederland*)
EHRM 3 oktober 2002, zaaknr. 51392/99 (*Göcer – Nederland*)
EHRM 6 december 2001 (*Yagtzilar e.a. – Griekenland*), EHCR 2002/5
EHRM, 18 maart 1997, zaaknr. 21497/93 (*Mantovanelli - France*)
EHRM 17 december 1996 (*Terra Woningen – Nederland*) NJCM-Bulletin 1997
EHRM 19 juli 1995, (*Kerojärvi – Finland*), Series A vol. 322
EHRM, 27 oktober 1993, zaaknr. 14448/88 (*Dombo - Nederland*)
EHRM 28 mei 1985, NJ 1991, 623 (*Ashingdane - Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 30 november 1987, zaaknr. 8950/80 (*H - Belgium*)
EHRM 9 oktober 1979, (*Airey – Ierland*), NJ 1980/376
EHRM 21 februari 1975 (*Golder - Verenigd Koninkrijk*), NJ 1975/462
EHRM, 17 januari 1970, Zaaknr. 2689/65 (*Delcourt - Belgium*)

HR 20 mei 2005, NJ 2017, 114
HR 10 april 2009, NJ 2010, 471
HR 11 juli 2008, NJ 2009,451
HR 20 december 2002, NJ 2004,4
HR 18 juni 1993, NJ 1994/347 (*Verplichte Aidstest*).
HR 12 april 1978, BNB 1978/135
HR 12 april 1978, BNB 1978/136
HR 12 april 1978, BNB 1978/137.

ABRvS 29 januari 2014, 201302106/1/A2
ABrVS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188.
ABRvS 21 oktober 1996, AB 1996/496 (*Long Lin*)
ABRvS 9 mei 1996, AB 1996/93 (*Kwantumhal Venlo*).
ABRvS 10 april 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AK3508.

Hof Amsterdam 29 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4053, RFR 2016/5
CRvB 19 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4147
Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 2014, ECLI:NL:GHSE:2014:1628
Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:663, JIN 2014/82
Hof 's-Hertogenbosch 17 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5066
Hof Amsterdam 11 november 2008, RFR 2009,30
Uitspraak GCHB 2012-442, Commissie van Beroep 2012-14
Rb Den Haag 28 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4822

Websites

www.e-court.nl/
www.nai-nl.org/nl/
www.mediatorsfederatienederland.nl/
www.imfo.nl
www.verenigingfas.nl
www.mfnregister.nl
www.rvr.org
www.prettigcontactmetdeoverheid.nl/bibliotheek

Overig

Recommendation No. R (84) 5 of the committee of ministers to member states on the principles of Civil Procedure designed to improve the functioning of Justice

Nederlandse vereniging voor rechtspraak, Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak, januari 2014, te raadplegen via:
<https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Leidraad-onpartijdigheid-en-nevenfuncties-in-de-rechtspraak-januari-2014.pdf>
Persrichtlijn Rechtspraak, te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

G. Boogaard en J. Uzman, Commentaar op artikel 121 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2017 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

Arbitragereglement van de Nederlandse Organisatie voor Expeditie en Logistiek ('FENEX'), te raadplegen via: <http://www.fenex.nl/Paginas/Arbitrage.aspx>

Jaarverslag van de geschillencommissie, te raadplegen via:
www.degeschillencommissie.nl/over-ons/nieuws/2016/4/jaarverslagen-van-de-geschillencommissie-online/

A.T. Marseille, H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, 'Juridische handreiking informele aanpak', Ministerie BZK, Den Haag 2011

K. van den Bos & L. van der Velden, *Prettig Contact met de Overheid 4: Legitimiteit van de overheid, aanvaarding van overheidsbesluiten & ervaren procedurele rechtvaardigheid*, Ministerie BZK, Den Haag 2013

Rapport Nationale Ombudsman over Gemeente Simpelveld, 18 april 2017, 2017/053

C. Koetsenruijter, 'Mediationvaardigheden en de Awb', in: Praktische handleiding voor het inzetten van mediationvaardigheden, Ministerie BZK, Den Haag 2010

BZK publicatie 'Een luisterend oor: Over de inzet van mediationvaardigheden', te raadplegen via: <http://www.minbzk.nl/actueel/111520/toepassing-mediation>

Jaarverslag 2016, Stichting Klachteninstituut Financiële dienstverlening, mei 2017

Statuten Kifid, te raadplegen via: <https://www.kifid.nl/kifid/statuten-en-reglementen>

Kostenreglement Kifid, te raadplegen via:
https://www.kifid.nl/fileupload/reglementen/kostenreglement_kifid_2017.pdf

Reglement Geschillencommissie, te raadplegen via:
<https://www.degeschillencommissie.nl/media/1883/adr-reglement.pdf>

Reglement Commissie van Beroep, te raadplegen via:
<https://www.degeschillencommissie.nl/media/1883/adr-reglement.pdf>

Reactie op Evaluatierapport: vernieuwing Kifid verloopt succesvol, 20 december 2016, te raadplegen via: <https://www.kifid.nl/nieuws/reactie-op-evaluatierapport-vernieuwing-kifid-verloopt-succesvol/144>

Jaarverslag Rechtspraak 2016, te raadplegen via:
<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2017/04/19/tk-bijlage-jaarverslag-rechtspraak-2016>

M. Simon Thomas, Blog: Toegang tot mediation (2015), te raadplegen via:
<http://blog.montaignecentre.com>

UN (2001). The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies. Report of the UN Secretary-General, United Nations, New York

Bijlage 1 Begeleidingscommissie

Voorzitter:

prof.mr.dr. W.J.M. Voermans, werkzaam als Hoogleraar staats- en bestuursrecht bij de faculteit der Rechtsgeleerdheid van Universiteit Leiden

Leden

mr.dr. A. Hammerstein, oud-raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden

dr. G. Haverkamp, als wetenschappelijk medewerker werkzaam bij het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum van het ministerie van Veiligheid en Justitie

mr.dr. M.W. de Hoon, coördinerend beleidsadviseur ministerie van Veiligheid en Justitie

mr.dr. J.H. Verdonschot, Senior Manager Online Legal Services bij DAS

Bijlage 2 Geïnterviewden

Prof. mr. F. Salomons, voorzitter Commissie van Beroep Kifid

mr. E.C. Ruinaard, voorzitter Geschillencommissie Kifid

L. van der Velden, Senior adviseur Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, PCMO

Mr. C. Koetsenruijter, Trainer en adviseur PCMO

Bijlage 3 Deelnemers expertmeetings en focusgroep

Prof. mr. T. Barkhuysen

Mr. P. Boshouwers

Mr. J. M. Bosnak

Prof. mr. P.T.T. Bovend'Eert

Mr. M. Brink

Mr. B.E.S. Chin-A-Fat

Mr. A.F.M. Diederer

Mr. J. Emaus

Mr. dr. M.L. van Emmerik

Prof. mr. J. Gerards

Prof. mr. I. Giesen

Ir. M. Groenendijk

Dr. R.W. Jagtenberg

Mr. J.W. Loman

Prof. mr. dr. A.T. Marseille

Dr. A. de Roo

Mr. E.C. Ruinaard

Mr. F. van Zomeren

Prof. mr. J. van Zwieten