

Herziening gesubsidieerde rechtsbijstand, ADR en rechtsstatelijkheid

Een wegingskader

Eddy Bauw, Alex Brenninkmeijer, Marc Simon Thomas, Wytze van der Woude, Charlotte de Kluiver & Jim van Mourik¹

De beleidsbrief van minister Dekker heeft de vraag naar de rechtsstatelijke waarborgen die de diverse vormen en aanbieders van ADR bieden nog relevanter gemaakt dan deze al was. In dit artikel wordt niet geconcludeerd dat er al grote misstanden plaatsvinden. Ook wordt niet gepleit voor een intensieve overheidsbemoediging met de zich in de komende jaren verder ontwikkelende markt voor geschiloplossing. Wel wordt verwacht dat er een duidelijke visie wordt ontwikkeld over de rol die de overheid zou moeten hebben en dat de overheid de vinger aan de pols houdt. In deze bijdrage geven de auteurs een aanzet voor deze visie en doen een oproep tot discussie.

1. Inleiding

Het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand is al decennialang geen rustig bezit. Elk nieuw kabinet lanceert weer nieuwe plannen die er vooral om draaien de uitgaven voor het stelsel neerwaarts bij te stellen. De meeste van deze pogingen bleven hangen in schone – of minder schone – voornemens of kwamen niet verder dan het in het leven roepen van weer een nieuwe adviescommissie. Hoe het de plannen van de Minister voor Rechtsbescherming zal vergaan kan nog niet worden gezegd. Op basis van de adviezen van twee rapporten van adviescommissies en ‘vele gesprekken en sessies met partijen in en om het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand’ lanceerde minister Dekker zijn ‘contouren’ voor de herziening van het stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand in een brief aan de Tweede Kamer.² Centraal daarin staat dat ‘goede rechtsbijstand moet voorzien in laagdrempelige, effectieve en zoveel mogelijke integrale geschiloplossing voor rechtzoekenden’. Daarnaast dient een ‘goed functionerend systeem van rechtsbijstand (...) iedereen toegang tot het recht, onafhankelijke rechtsbescherming, dienstverlening van hoge kwaliteit (te bieden)’. Daar kan niemand tegen zijn. Over de manier waarop aan deze aansprekende uitgangspunten invulling wordt gegeven, zullen de meningen echter ongetwijfeld meer verdeeld zijn. Onder de toegang tot

het recht die gewaarborgd dient te worden, wordt primair verstaan dat rechtzoekenden zelf hun geschil oplossen en eventueel daarbij begeleiding krijgen. De gang naar de rechter zal nog nadrukkelijker dan voorheen een ultimatum remedium worden. Zoals ook al duidelijk werd uit het regeerakkoord en de ‘ADR-brief’ van minister Dekker van juli 2018³ wordt het beleid om het gebruik van alternatieve vormen van geschiloplossing (ADR) te stimuleren voortgezet en wordt bezien of en hoe dit verder kan worden geïntensiveerd.⁴ Er zal daarmee meer geschiloplossing aan ‘de markt’ worden overgelaten ten koste van overheidsrechtspraak.

Het voorgaande maakt de vraag relevant wat dit betekent voor de rechtsstatelijke waarborgen voor de gebruikers van ADR. Het feit dat rechtzoekenden vaker zullen worden verwezen naar aanbieders op de vrije markt, kan immers niet betekenen dat zij maar ‘aan de goden zijn overgeleverd’. Als dragers van burgerrechten in een rechtsstaat maken zij aanspraak op rechtsstatelijke waarborgen die de overheid zal dienen te garanderen. Ook voor de (verdere) ontwikkeling van de markt waar volgens de brief ‘rechtshulp pakketten’ moeten worden aangeboden, is dit van belang. Daarvoor is immers voorwaarde dat gebruikers voldoende vertrouwen hebben in de aanbieders op deze markt en in staat worden gesteld ‘het kaf van

De gang naar de rechter zal nog nadrukkelijker dan voorheen een ultimum remedium worden

het koren' te scheiden. Hieronder staat deze vraag centraal.⁵ In par. 2 zetten wij op een rij om welke rechtsstatelijke waarborgen het gaat, waarna deze waarborgen in par. 3 op hun betekenis voor de verschillende vormen van ADR worden bezien. In par. 4 gaan wij in op de vraag hoe kan worden beoordeeld aan welke waarborgen een vorm van ADR moet voldoen. Wij sluiten in par. 5 af met enkele conclusies.

2. Rechtsstatelijke waarborgen

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 uit 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 (steviger) 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 en worden de grondrechten van burgers gerespecteerd. Deze kenmerken van de rechtsstaat zijn verankerd in nationale (grond)wetgeving en in bepalingen in internationale verdragen, die (op grond van artikel 93 en 94 Grondwet

(Gw)) – voor zover zij eenieder verbindend zijn (en dat zijn rechtsstatelijke waarborgen doorgaans) – rechtstreeks doorwerken in de Nederlandse rechtsorde.

Waar het specifiek gaat om geschilbeslechting betekent dit voorts dat in een rechtsstaat de overheid het recht op een eerlijk proces van burgers dient te garanderen (artikel 6 EVRM).⁶ Het recht op een eerlijk proces vormt de kern van de rechtsstatelijke waarborgen die gelden voor overheidsrechtspraak en is in een aantal detailspecten te ontleden, die wij hier slechts beknopt respectievelijk uiterst beknopt kunnen behandelen. Zo is essentieel dat de toegang tot de rechter is gewaarborgd (onder meer via het *ius de non evocando* van artikel 17 Gw) en hoort daarbij eveneens dat de rechter over alle relevante (juridische) aspecten van een zaak mag oordelen (*full jurisdiction*). Voorts dient die rechter onafhankelijk en onpartijdig te zijn (het '*independent and impartial tribunal*' van artikel 6 EVRM). De eis van onafhankelijkheid betekent eerst en vooral dat de rechter niet oneigenlijk wordt beïnvloed door ambten en organen van de overige staatsmachten. Zowel de Wet op de rechterlijke organisatie (RO) als de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra) voorzien in mechanismen om deze onafhankelijkheid 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.⁷ De eis van 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).⁸

Daarnaast zijn er minder prominente elementen van het recht op een eerlijk proces, die zien op de wijze van behandeling van de zaak, zoals de openbaarheid van de zitting en van de uitspraak (artikel 121 Gw), de verplichting tot het afdoende motiveren van rechterlijke beslissingen (artikel 121 Gw), de berechting binnen een redelijke

Auteurs

1. Prof. dr. mr. E. Bauw is als hoogleraar Privaatrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht. Hij is tevens raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Den Haag en het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Prof. dr. A.F.M. Brenninkmeijer is Faculteitshoogleraar Institutionele aspecten van de rechtsstaat, Lid van de Europese Rekenkamer en medewerker van het *NJB*. Dr. mr. M.A. Simon Thomas is universitair docent Rechtssociologie bij de Universiteit Utrecht en onderzoeker bij het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van dezelfde universiteit. Dr. W. van der Woude is hoofd van afdeling Constitutionele Zaken van het

Ministerie van BZK, zijn bijdrage is op persoonlijke titel. Mr. C.C. de Kluiver is als docent verbonden aan de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de VU Amsterdam, afdeling Rechtstheorie. J. van Mourik is masterstudent Legal Research aan de Universiteit Utrecht.

Noten

1. Brief van 9 november 2018, *Kamerstukken II* 2018/19, 31753, 155.
2. Brief van 11 juli 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 VI, 115.
3. Dat stimuleringsbeleid is terug te voeren naar de beleidsbrief ADR 2000-2002 'Meer wegen naar het recht', *Kamerstukken II* 1999/00, 26352, 19 en is gehandhaafd in de opvolgende beleidsbrieven.
4. E. Bauw, C.C. de Kluiver, M.A. Simon

Thomas & W. van der Woude, met medewerking van A.F.M. Brenninkmeijer en J. van der Woude, *Rechtsstatelijke waarborging van buitengerechtelijke geschiloplossing*, Reeks Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging, Den Haag: Boom Juridisch 2018, hierna verkort aangehaald als 'rapport Rechtsstatelijke waarborging ADR'.
6. Het wetsvoorstel dat in art. 17 Gw het recht op een eerlijk proces wil opnemen kan worden gezien als een bevestiging hiervan. De tekst van deze bepaling zal komen te luiden: 'Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige

rechter.' Zie de Wet van 21 februari 2018, houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces, *Stb.* 2018, 88.
7. Zie nader het rapport Rechtsstatelijke waarborgen ADR en verder E. Bauw, B. Böhrer, M.E. de Meijer en M. Westerveld, *Togadragers in de rechtsstaat. De juridische professies en de toegang tot het recht*, tweede druk, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 82 e.v.
8. Rapport Rechtsstatelijke waarborgen ADR, p. 37 e.v. en E. Bauw e.a., *Togadragers in de rechtsstaat*, p. 88 e.v.



termijn en het beginsel van *equality of arms*.⁹ Verder moet hier nog het recht op rechtsbijstand worden genoemd (artikel 18 lid 1 Gw). Alle eisen kunnen, om uiteenlopende redenen, afzonderlijk worden gezien als essentieel voor een eerlijk proces. Daarmee zijn zij te beschouwen als rechtsstatelijke waarborgen voor gerechtelijke geschilbeslechting. De vraag die hier vervolgens aan de orde is of en in hoeverre deze waarborgen dienen te gelden voor de verschillende varianten van buitengerechtelijke geschiloplossing en de verschillende verschijningsvormen waarin deze voorkomen. Deze vraag staat centraal in de volgende paragraaf.

3. ADR en rechtsstatelijke waarborgen

Eerst moet daartoe worden vastgesteld waarover wij het hebben waar het gaat om buitengerechtelijke geschil-

oplossing. Zoals gezegd, hebben de laatste decennia 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'. Hieronder worden arbitrage, bindend advies en mediation begrepen. Meer recent worden deze vormen ook online aangeboden en wordt daarbij gebruikgemaakt van digitale middelen. In dat geval wordt gesproken van *online dispute resolution* (ODR).

De in de vorige paragraaf beschreven rechtsstatelijke waarborgen lenen zich niet voor het een-op-een toepassen op ADR. Daarvoor is nodig dat de waarborgen tot hun essentie worden teruggebracht en analoog worden toegepast. Wij illustreren dit hieronder aan de hand van een bespreking van de meest elementaire waarborgen.¹⁰

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 in beginsel als goede personen naar billijkheid (artikel 1054 lid 3 Rv) naar de regelen des rechts en kan contractueel worden overeengekomen dat zij regels van regeland en dwingend recht buiten beschouwing laten als de billijkheid dat eist. Hun arbitraal vonnis mag echter niet voor wat betreft de wijze van totstandkoming of de inhoud in strijd komen met de openbare orde en goede zeden op straffe van vernietigbaarheid (artikel 1065 lid 1 onder 2 Rv). Voor bindend advies en mediation geldt een met dat laatste vergelijkbaar beoordelingskader waar het gaat om de geldigheid van de vaststellingsovereenkomst (artikel 7:902 BW). Geconstateerd kan dan ook worden dat de overheidsrechter steeds een marginaal toetsende rol heeft waar het gaat om de inhoud van de eindresultaten van ADR. Dit kan als een (zij het zeer beperkte) waarborg voor legaliteit worden gezien.

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 artikel 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 (artikel 7:904 BW). Ook ten aanzien van de procedure is derhalve sprake van een marginaal toetsende rol van de rechter en daarmee van een beperkte waarborg.

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 de rechter. Gelet op het feit dat het gebruik van ADR steeds is gebaseerd op een afspraak tussen partijen (aan het geschil voorafgaand, zoals bij een arbitrage,

Het recht op toegang tot de rechter en het *ius de non evocando* kunnen een rol spelen waar het gaat om ADR

bindend advies of mediation clause, of daarna) zal hiervan niet snel sprake zijn. In dergelijke gevallen is dit gebruik immers niet 'tegen zijn/haar 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 een mediationclause niet kan worden afgedwongen. Volgens de Hoge Raad prevaleert de vrijwillige basis van mediation boven de naleving van gemaakte afspraken.¹¹ Daarnaast biedt de wet aan consumenten bij arbitrage en bindend adviesclausules een extra waarborg die dient te verzekeren dat de keuze om het geschil niet aan de rechter voor te leggen daadwerkelijk is gebaseerd op een vrijwillige keuze van de consument.¹²

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

9. Voor een nadere beschrijving wordt verwezen naar het rapport Rechtsstatelijke waarborgen ADR, p. 45 e.v.

10. Voor een uitgebreidere beschrijving verwijzen wij naar het rapport Rechtsstatelijke waarborgen ADR.

11. O.a. HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV7389; HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2710; en HR 8 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7132.

12. Een arbitrage of bindend advies-clausule opgenomen in algemene voorwaarden, is

onredelijk bezwarend (en daarmee niet bindend) ten opzichte van een consument, tenzij deze minimaal een termijn van één maand wordt gegund, nadat de gebruiker van de algemene voorwaarden zich schriftelijk op het beding heeft beroepen, om

alsnog te kiezen voor de volgens de wet bevoegde rechter (art. 6:236 onderdeel n BW).

Onafhankelijke geschilbeslechting kan in het bijzonder in het geding komen als ADR plaatsvindt op zuiver commerciële basis

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.¹³ Voor ADR ontbreken dergelijke systematische garanties voor ‘zakelijke onafhankelijkheid’. Wel zijn deze er incidenteel. Zo is de onafhankelijkheid van het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid) op aangeven van de regelgeving¹⁴ in de statuten van deze stichting neergelegd.

Onafhankelijke geschilbeslechting kan in het bijzonder in het geding komen als ADR – anders dan bij de eerdergenoemde geschillencommissies en het Kifid – *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 tevens 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.¹⁵ Overigens kan ‘de e-Court casus’ worden beschouwd als een goed voorbeeld van de toezichthoudende rol die de civiele rechter nu al speelt ten opzichte van ADR waar het gaat om rechtsstatelijke waarborgen.

Bij mediation doet zich 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. Dit roept vanzelfsprekend vragen op met betrekking tot de onafhankelijkheid van een dergelijke figuur. In verband hiermee is het ‘MfN-statuut voor de interne mediator bij een bestuursorgaan’ opgesteld, waarin zekere waarborgen zijn vastgelegd en waaraan de interne mediators die zijn aangesloten bij de Mediation federatie Nederland (MfN) zijn gebonden.¹⁶ Hierin is onder meer bepaald dat het bestuursorgaan de interne mediator niet benadeelt in zijn positie als werknemer op grond van zijn professionele aanpak als mediator (artikel 4). Hiermee wordt beoogd om ‘de zakelijke onafhankelijkheid’ van de interne mediator te waarborgen. Daarnaast dienen MfN-registermediators volgens artikel 4 van de Gedragsregels voor de MfN-registermediator zich onafhankelijk op te stellen. Zij mogen geen belang hebben dat hun onafhankelijkheid zou kunnen aantasten. Indien zij menen dat zij de mediation niet op een onafhankelijke

wijze kunnen begeleiden, mogen zij de opdracht niet aanvaarden of dienen zij zich terug te trekken.

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 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.¹⁷ Voor 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.¹⁸

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.¹⁹ Het Kifid vermeldt nevenfuncties op de website voor zover deze ‘van belang’ zijn. De geschillencommissies 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. De arbiters die aan e-Court zijn verbonden worden niet vermeld op de site. Een lijst van arbiters kan worden opgevraagd in lopende procedures, aldus een vermelding op de site.²⁰

Waar het gaat om mediators wordt de onpartijdigheid van de mediator geregeld in de Gedragsregels voor MfN-registermediators (artikel 5) en indien nodig gewaarborgd door middel van de klachtenprocedure of het tuchtrecht. Zij dienen onpartijdig te zijn en niet vooringenomen te handelen en de mediation niet te aanvaarden of zich terug te trekken als zij merken dat daar toch sprake van is. Dergelijke waarborgen zijn er niet voor mediators die niet bij de MfN zijn aangesloten.

Ten aanzien van de waarborg onpartijdigheid kan over de gehele linie worden geconcludeerd 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 rechter kunnen voorleggen in het kader van de hierboven besproken marginale toetsing.

Overige eisen aan de behandeling van een zaak

De beginselen *openbaarheid en motivering*, die bij overheidsrechtspraak een wezenlijke functie vervullen, krijgen bij ADR een andere invulling. Vertrouwelijkheid is een belangrijk element in de keuze voor arbitrage en dat strookt niet met eenzelfde mate van openbaarheid (ten aanzien van zowel de behandeling als de uitspraak) als bij overheidsrechtspraak.²¹ Voor mediation is vertrouwelijkheid een onmisbare voorwaarde.²² Bij bindend advies is openbaarheid evenmin gegarandeerd. Daarmee ligt de controle op de betrouwbaarheid en de kwaliteit van proces en uitkomst bij ADR 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 daarmee ligt het 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 een van beide partijen in een zodanig minder sterke uitgangspositie verkeert, dat de machtsver-

De transparantie ten aanzien van nevenfuncties en -werkzaamheden is onvoldoende verzekerd

13. Art. 96 lid 1, art. 23 lid 2, art. 24 lid 2 en art. 109 RO.

14. Art. 46 en 47 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

15. Zie nader E. Bauw, 'Geschillen als handelswaar. Over cliffhangers en e-Court-soap', AA 2018/11, p. 890-893.

16. Te vinden via https://mfregister.nl/content/uploads/sites/3/2014/02/Statuut_Interne_Mediator.pdf, geraadpleegd op 22 januari 2019.

17. Art. 44 lid 5-7 jo. art. 44a Wvra.

18. Te vinden via www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Leidraad-onpartijdigheid-en-nevenfuncties-in-de-rechtspraak-januari-2014.pdf, geraadpleegd op 22 januari 2019.

19. Zie de reglementen voor de afzonderlijke geschillencommissies en het uniforme reglement wrakingscommissie voor de geschillencommissies voor consumentenzaken, respectievelijk bedrijven, te vinden via www.degeschillencommissie.nl/over-ons/een-commissielid-wraken. Voor Kifid, zie

houding tussen partijen in termen van middelen en vermogens sterk uit balans is. Bij de geschillencommissies voor consumentenzaken biedt de paritaire samenstelling hier de nodige garanties,²³ maar voor het overige is er niet de zekerheid dat ADR-aanbieders hiermee rekening houden. Zij zijn daartoe in ieder geval niet 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.

4. Naar een beoordelingskader voor waarborgen bij ADR

Na dit 'snapshot' van de huidige situatie met betrekking tot rechtsstatelijke waarborgen bij de verschillende vormen van ADR, moet de vraag worden gesteld wat de aangekondigde intensivering van stimulering van ADR hiervoor zal gaan betekenen. Steeds vaker en indringender wordt de vraag gesteld of er niet meer behoefte is aan waarborgen voor de gebruikers van het groeiende ADR-aanbod. Tegelijkertijd is er het besef dat deze alternatieven hun toegevoegde waarde voor diezelfde gebruikers ontlenuen 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. Wij constateren dat hier twee paradigma's tegenover elkaar kunnen worden geplaatst. Aan de ene zijde staat het rechtsstatelijke paradigma op basis waarvan de overheid het aan burgers toekomstende fundamenteel recht op een eerlijk proces dient te waarborgen. Aan de andere zijde 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.

Een evenwicht tussen beide kan worden gevonden door de beide paradigma's als 'ideaaltypen' aan de uiteinden van een schaal te plaatsen en de werkwijze van een ADR-aanbieder op deze schaal te lokaliseren. Een aanbieder van arbitrage zal dan doorgaans aan de formele,

art. 46 e.v. Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid), bemiddeling en (bindend) advies, van 1 april 2017.

20. Zie <http://www.e-court.nl/juridisch/>.

21. Zo blijkt uit onderzoek dat de vertrouwelijkheid een belangrijk rol speelt bij de keuze voor arbitrage. Zie *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, Londen: School of International Arbitration at Queen Mary University of London. Hierin komt naar voren dat 87% van de respondenten ver-

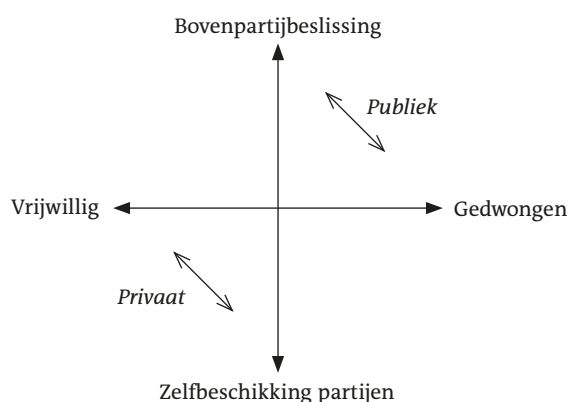
trouwelijkheid belangrijk vindt.

22. Met het oog hierop is vertrouwelijkheid ook een belangrijk onderdeel van de gedragsregels voor mediators, zie art. 6 van de Gedragsregels voor MfN-registermediators.

23. De consumentenorganisaties en de branche-organisaties dragen elk één lid voor en de Stichting Geschillencommissie zorgt voor een onafhankelijke voorzitter.

Naarmate men opschuift in de richting van keuzevrijheid, autonomie/zelfbeschikking, moet worden aanvaard dat de waarborgen minder strikt en op informelere wijze zijn geregeld

rechtsstatelijke rechtspraak van het spectrum zitten. De waarborgen zijn hier immers vrijwel gelijk aan die bij overheidsrechtspraak. Een mediator zal doorgaans kunnen worden geplaatst aan het andere uiterste van het spectrum, dat wordt getypeerd door informaliteit, keuzevrijheid en zelfbeschikking. 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 dicht bij 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 1).



Figuur 1. Paradigma's, afbeelding ontleend aan A.F.M. Brenninkmeijer e.a., Handboek Mediation, Den Haag: Sdu 2017

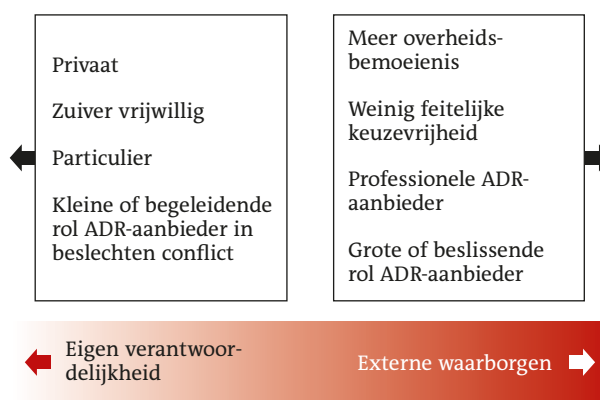
Naarmate men op de aldus verkregen schaal opschuift in de richting van keuzevrijheid, autonomie/zelfbeschikking, moet worden aanvaard dat de waarborgen minder strikt en op informelere wijze zijn geregeld. Partijen brengen dan immers zelf de oplossing van hun geschil tot stand en zij hebben de mogelijkheid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

De vraag naar welke bescherming dat dan zou moeten zijn, kan worden bepaald aan de hand van de gerechtvaardigde verwachtingen die een gebruiker van ADR mag hebben over de waarborgen die worden geboden. Deze verwachtingen zijn meer gerechtvaardigd naarmate:

a) de (ADR-stimulerende) bemoeienis van de 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.

Schematisch ziet een en ander er als volgt uit (figuur 2):



Figuur 2. Schematische weergave indicatoren

De eerste indicator is *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 men erop vertrouwen dat men – qua waarborgen – niet slechter af is. De tweede indicator is *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. Hierbij moet rekening worden gehouden met de maatschappelijke realiteit dat er situaties zijn waarin de keuzevrijheid van partijen feitelijk beperkt (of zelfs nagenoeg illusoir) is. De derde indicator is *de mate van professionaliteit van de ADR-aanbieder*. Partijen die de beslechting van hun geschil in handen leggen van iemand die niet aantoonbaar over de juiste kwalificaties beschikt, nemen het risico dat kwaliteit en rechtsstatelijkheid onvoldoende zijn gewaarborgd. Met het nemen van dat risico groeit de eigen verantwoordelijkheid voor de gevolgen daarvan. Zoals ook in andere markten mag van de gebruiker worden verwacht dat hij zich voldoende oriënteert op de kwalificaties van degene van wie hij een dienst betreft of deze is aangesloten bij een beroepsvereniging en/of -keurmerk. De vierde en laatste indicator

is de mate waarin de ADR-aanbieder optreedt als geschilbeslechter in plaats van procesbegeleider. Hier springt 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. Met deze mogelijkheid blijft een eigen 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 verwezen-

Wij verwachten dat er een duidelijke visie wordt ontwikkeld over de rol die de overheid zou moeten hebben en dat de overheid de vinger aan de pols houdt

lijking 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, 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.

5. Conclusie

De beleidsbrief van minister Dekker heeft de vraag naar de rechtsstatelijke waarborgen die de diverse vormen en aanbieders van ADR bieden nog relevanter gemaakt dan deze al was. Wij concluderen niet dat er wat ons betreft al grote misstanden plaatsvinden. Ook pleiten wij niet voor een intensieve overheidsbemoeienis met de zich in de komende jaren verder ontwikkelende markt voor geschiloplossing. Wel verwachten wij dat er een duidelijke visie wordt ontwikkeld over de rol die de overheid zou moeten hebben en dat de overheid de vinger aan de pols houdt. In deze bijdrage hebben wij een aanzet willen geven voor deze visie en willen daarover graag in discussie. Het debat is geopend! •