

# SAMENVATTING WAARBORGING GESCHILOPLOSSING

# EINDRAPPORT VAN

# RECHTSSTATELIJKE BUITENGERECHTELIJKE

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 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. 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.