

Belangen in Civiele Procedures en in Mediation

Juridische Kaders en Achterliggende Belangen



Het gaat om een adequate belangenbehartiging in het concrete geval in alle rechtsinstanties.

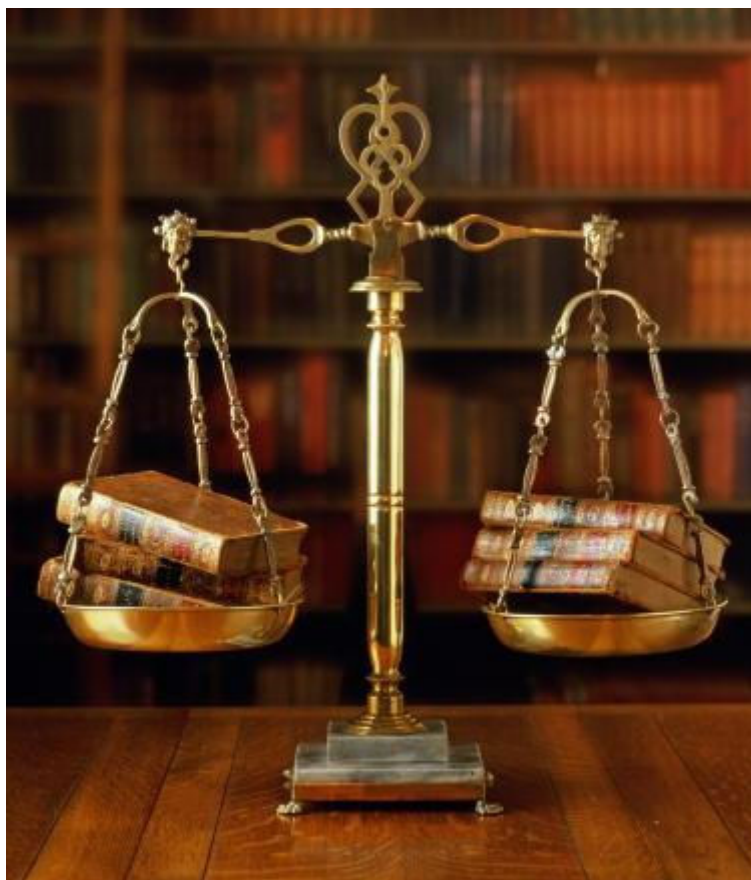
Hier ligt een keuzetaak voor rechters, advocaten en partijen.

De rechter bemiddelaar zoekt een juist herstel van de gelijkheid tussen partijen.

'Rechtvaardigheid is het treffen van het juiste midden'(Aristoteles).

Een rechtvaardige maatoplossing kan zijn via de maat van het recht, of via de maat die achter de rechtsregel verscholen is of zelfs een maat die in strijd is met een rechtsregel, maar die in overeenstemming is met de waarden achter de wet.

(mr. W.A.M. van Schendel 02-12-2005)



Erasmus Universiteit Rotterdam
Faculteit Rechtsgeleerdheid
Masterclass Rechtspleging

Naam: Judith Emaus
Studentnummer: 253515
Datum: 23- 06- 2006

Mentor: **Mw. mr. M. Pel**
Directeur Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak
Vice- president van het gerechtshof te Arnhem

Eerste lezer: **Prof. mr. H.L.C. Hermans**
Hoogleraar Rechtspleging
Coördinator masterclass Rechtspleging
Vice- president van het gerechtshof te Leeuwarden

Tweede lezer: **Prof. mr. N.J.H. Huls**
Hoogleraar Rechtssociologie

Woord vooraf

Een nader onderzoek naar het belang van belangen in het burgerlijk (proces) recht en in mediation is in het belang van de rechterlijke macht, procespartijen en de advocatuur!

Deze scriptie heb ik geschreven ter afronding van mijn studie Nederlands Recht, Master Privaatrecht en de Masterclass Rechtspleging, aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Erasmus Universiteit Rotterdam.

Graag wil ik van de gelegenheid gebruik maken om mijn scriptiebegeleider prof. mr. H.L.C. Hermans te bedanken voor het begeleiden van mijn scriptie. Tevens dank ik hem voor de unieke kans die ik heb gekregen om deel te mogen nemen aan de Masterclass Rechtspleging 2005-2006.

Ook mijn tweede lezer, prof. mr. N.J.H. Huls dank ik voor zijn medewerking.

Veel waardering gaat uit naar mijn mentor en scriptiebegeleider bij het Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak te Arnhem, mevrouw mr. M. Pel.

Tevens dank ik al mijn fantastische collega's in Arnhem waarmee ik de afgelopen acht maanden lief en leed heb gedeeld.

Daarnaast dank ik alle rechters en raadsheren van de rechtbank en het gerechtshof te Arnhem die medewerking hebben verleend aan mijn onderzoek.

Mijn ouders verdienen ook een woord van waardering. Zij hebben niet alleen de studie jaren bekostigd, maar zijn ook een grote steun geweest.

Tot slot vermeld ik graag dat mijn vriend Ruud Brink een zeer gewaardeerde helpende hand heeft geboden bij de lay-out.

Rotterdam, 15 mei 2006

Judith Emaus

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1	Inleiding	6
1.1	Achtergrond Scriptie	6
1.2	Doorverwijzingsvoorziening in Nederland	6
1.3	Probleemstelling.....	7
1.4	Doelstelling van het onderzoek	8
1.5	Opzet studie.....	8
Hoofdstuk 2	Belangen.....	9
2.1	Inleiding	9
2.1.1	Terminologie	9
2.2	Belangen, rechtens relevante belangen en standpunten.....	10
2.2.1	Belangen.....	10
2.2.2	Rechtens relevante belangen	12
2.2.3	Procedurele rechtvaardigheid	12
2.2.4	Standpunten.....	13
2.3	Classificatie belangen.....	14
2.3.1	Soorten belangen	14
2.3.2	Verwevenheid van belangen.....	15
2.3.3	Sociale belangen.....	16
2.4	Conflicten.....	16
2.4.1	Terminologie	16
2.4.2	Ontstaan van conflicten	17
2.4.3	Oorzaken van conflicten.....	18
2.4.4	Indeling en soorten conflictkwesies	19
2.4.5	Wijze van oplossen.....	21
2.5	Samenvatting en conclusie	22
Hoofdstuk 3	De civiele procedure en belangen.....	24
3.1	Inleiding	24
3.2	Rechter en partijen	24
3.2.1	Partijautonomie	25
3.2.2	Discussie partijautonomie	26
3.3	De taakopvatting en de verantwoordelijkheid van de rechter.....	27
3.3.1	Verantwoordelijkheid van de rechter	27
3.4	Civiele procedures.....	28
3.4.1	Kenmerken overheidsrechtspraak	28
3.4.2	Soorten civiele procedures	29
3.5	Belangen op twee niveaus	31
3.6	Vaardigheden van de rechter.....	33
3.6.1	Comparitie van partijen na antwoord	33
3.6.1.1	Doelstellingen comparitie na antwoord.....	35
3.6.1.2	Factoren comparitie na antwoord.....	35
3.6.1.3	Model comparitie na antwoord.....	35
3.6.2	Comparitie na aanbrengen in hoger beroep (Gerechtshof Arnhem).....	39
3.6.2.1	Kostenaspect.....	39
3.6.2.2	Tijdsaspect.....	39
3.6.2.3	Kanttekening	40
3.6.2.4	De zitting	40
3.6.3	Beslissen: het eindvonnis	40
3.7	Samenvatting en conclusie	42
Hoofdstuk 4	Mediation en belangen	44
4.1	Inleiding	44
4.1.1	Afbakening.....	44
4.1.2	Mediation en het rechtsbestel	44
4.2	Het fenomeen mediation	46
4.2.1	Wanneer mediation wel en niet toepassen?.....	47
4.2.2	Kenmerken van mediation.....	48
4.2.2.1	Vrijwilligheid	49
4.2.2.2	Vertrouwelijkheid.....	50
4.2.2.3	Mediationproces.....	51
4.3	Mediator en partijen	53
4.4	Harvard- methode.....	54

4.5	Samenvatting en conclusie	55
Hoofdstuk 5	De kernverschillen tussen de civiele procedure en mediation	57
5.1	Inleiding	57
5.2	Verschillen	57
5.2.1	Feiten in de procedure	58
5.2.2	Feiten in de mediation	60
5.3	Schikken versus mediation	61
5.4	Visie van Vranken	63
5.4.1	Tunneldenken	64
5.5	Samenvatting en conclusie	68
Hoofdstuk 6	Methodologie	70
6.1	Inleiding	70
6.2	Kwaliteit onderzoek	70
6.3	Onderzoeksprocedure en methoden	70
6.4	Afbakening	72
6.5	Aantal observaties	72
Hoofdstuk 7	Observatieonderzoek belangen	73
7.1	Inleiding	73
7.2	Observatieonderzoek rechtbank Arnhem	73
7.2.1	Classificatie van belangen	73
7.2.2	Observatieresultaten rechtbank Arnhem	75
7.2.2.1	Inhoudelijk, Procedureel, Psychologisch	75
7.2.2.2	Gemeenschappelijk, Verenigbaar, Tegengesteld	75
7.2.2.3	Mediation	77
7.3	Observaties gerechtshof Arnhem	78
7.3.1	Classificatie van belangen	78
7.3.2	Observatieresultaten gerechtshof Arnhem	79
7.3.2.1	Inhoudelijk, Procedureel, Psychologisch	79
7.3.2.2	Gemeenschappelijk, Verenigbaar, Tegengesteld	80
7.3.2.3	Mediation	82
7.4	Samenvatting en conclusie	83
Hoofdstuk 8	Invalshoeken rechters en raadsheren	85
8.1	Inleiding	85
8.2	Resultaten interview	85
8.2.1	Belangen en niet rechtens relevant belangen	85
8.2.2	Belangen in de civiele procedure	85
8.2.3	De verantwoordelijkheid van de rechter met betrekking tot belangen	86
8.2.4	Verwezenlijking van belangen in de civiele procedure	86
8.2.5	Schikken of mediation	87
8.2.6	Rechter belangenbehartiger?	88
8.3	Samenvatting en conclusie	89
Hoofdstuk 9	Conclusie	90
9.1	Samenvatting	93
9.2	Eindconclusie	
Bijlagen	95
Bijlage 1	Schematische weergave doorverwijzingsvoorziening	95
Bijlage 2	Oplossingsrichtingen vertrouwelijkheid	97
Bijlage 3	Fases in mediation	101
Bijlage 4	Observatielijst	102
Bijlage 5	Uitwerking compartities	104
Bijlage 6	Vragenlijst interview	128
Bijlage 7	Antwoorden van rechters en raadsheren op de vragen uit het interview	129
Literatuurlijst	136

Lijst met gebruikte tabellen:

Tabel 1. Belangen in conflict	20
Tabel 2. De kernverschillen tussen de civiele procedure en mediation	58
Tabel 3. Verschillen tussen procederen en mediation	61
Tabel 4. Belangen in handelszaken rechtbank Arnhem	74
Tabel 5. Belangen in handelszaken gerechtshof Arnhem	78

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Achtergrond Scriptie

In het kader van de masterclass Rechtspleging van prof. mr. H.L.C. Hermans, Erasmus Universiteit Rotterdam, heb ik een stage van ruim zes maanden gelopen bij het Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak in Arnhem.

De stage heeft geheel in het teken gestaan van mijn onderzoek. De aanleiding tot het onderwerp ‘Belangen’ is een door het Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak georganiseerde themamiddag op 2 december 2005 over de plaats van belangen in civiele procedures en in mediation. Het thema van deze middag was mede gekozen naar aanleiding van het verschijnen van het Algemeen deel in de Asserserie van prof. mr. J.B.M. Vranken en in het bijzonder hoofdstuk 8 daarvan¹.

Het Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak ondersteunt en begeleidt de gerechten bij de implementatie en uitvoering van de doorverwijzingsvoorziening door onder meer kennis en consultants te leveren, bij te dragen aan de kwaliteitsborging en -bewaking van de doorverwijzingsvoorziening en de mediators, en de organisatie van doorverwijzingscursussen. Daarnaast verzorgt het Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak landelijke voorlichting over mediation naast rechtspraak.²

1.2 Doorverwijzingsvoorziening in Nederland

In 1996 heeft de toenmalige Minister van Justitie het startsein gegeven voor twee landelijke mediationprojecten binnen de justitiële infrastructuur: het project Mediation naast Rechtspraak en het project Mediation andere Rechtshulp. De doelstelling van beide projecten was het opzetten en uitvoeren van gevarieerde doorverwijzingsprojecten ter beantwoording van de vraag of structurele doorverwijzingsvoorzieningen naar mediation binnen de justitiële infrastructuur bestaansrecht hebben en zo ja, op welke wijze deze het meest effectief en efficiënt kunnen worden ingebed.

Vervolgens werden er in 2000 binnen vijf proefarrondissementen (Amsterdam, Arnhem, Assen, Utrecht en Zwolle), in het kader van het landelijk mediationproject Mediation naast Rechtspraak, zaken doorverwezen naar mediation. Dit betroffen zaken uit de civiele en bestuurssectoren van rechtbanken en hoven.

Het positieve resultaat van het project zorgde ervoor dat vanaf 1 april 2005 bij alle gerechten in Nederland gefaseerd een doorverwijzingsvoorziening naar mediation ingevoerd werd. Het doel van deze voorziening is om procespartijen effectieve conflictoplossing op maat te bieden. Dit

¹ C. Asser, J.B.M. Vranken, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel, Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005

² Zie www.mediationnaastrechtspraak.nl

betekent voor rechters, advocaten en partijen dat in civiele procedures steeds de keus tussen schikken, bemiddelen (= verwijzen naar mediation) en beslissen zal worden gemaakt.

Een belangrijk keuzemotief voor partijen, advocaten en rechters blijkt te zijn het optimaal behartigen van de ‘werkelijke’ (achterliggende) belangen³ van de partijen³.

In bijlage 1 zijn de gang van zaken bij doorverwijzing naar mediation en de structuur van de doorverwijzingsvoorziening schematisch weergegeven.

De komende vijf jaar zal door het nieuwe monitoringsysteem, door het uitwisselen van ervaringen tussen mediators en verwijzers en gegevensverzameling uit de primaire systemen gewerkt worden aan het vaststellen en verder ontwikkelen van ‘best practices’. Het Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak zal alles verzamelen en bewerken en vervolgens weer ter beschikking stellen aan de gerechten. Voor 2010 zal dit leiden tot aanpassing van de huidige werkwijzen en nieuwe publicaties. In 2010 houdt het Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak op te bestaan en is het kwaliteitsbeleid voor de doorverwijzingsvoorziening belegd bij de Raad voor de Rechtspraak.

1.3 Probleemstelling

Effectieve conflictoplossing op maat zegt nog niets over de concrete mogelijkheid om in een gerechtelijke procedure tegemoet te komen aan de belangen van procespartijen. Dat brengt mij tot de volgende probleemstelling voor het onderzoek:

‘In hoeverre is het mogelijk om de (achterliggende) belangen van procespartijen te behartigen in een civiele procedure, aannemende dat in mediation de (achterliggende) belangen van partijen geoperationaliseerd kunnen worden’?

³ Naast de procesdeelnemers rechters en mediators spelen advocaten eveneens een rol wanneer het om belangen gaat. In verband met de enigszins beperkte omvang van het onderzoek blijft de advocatuur in dit onderzoek buiten beschouwing.

Om de scriptie enigszins te beperken is het onderzoek toegespitst op één gerechtelijke procedure, namelijk de civiele procedure. Om antwoord te kunnen geven op de probleemstelling heeft er onderzoek plaatsgevonden naar de behartiging van (achterliggende) belangen in een civiele procedure op basis van een literatuurstudie en een empirisch onderzoek.

Met betrekking tot mediation is gekozen voor een literatuurstudie. Een eigen onderzoek in de praktijk naar mediation heeft, omwille van de vertrouwelijkheid, niet plaats kunnen vinden. De werkzaamheden, cursussen en themadagen bij het Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak hebben naast de bestaande literatuur over mediation mijn ideeën over mediation gevormd.

1.4 Doelstelling van het onderzoek

Het doel van het onderzoek is: *“inzicht verkrijgen in de mogelijkheid om de (achterliggende) belangen van partijen te behartigen in een gerechtelijke procedure respectievelijk in mediation”*.

1.5 Opzet studie

1. Theoretisch kader

Literatuurstudie belangen (H.2)

Literatuurstudie civiele procedures en belangen (H.3)

Literatuurstudie mediation en belangen (H.4)

Literatuurstudie verschillen tussen de civiele procedure en mediation (H.5)

2. Empirisch onderzoek

Methoden (H.6)

Observaties (H.7)

Interviews (H.8)

3. Conclusie

De verzamelde theoretische inzichten en het empirische materiaal vormen de basis van een discussie over belangen in een juridisch kader of buiten een juridisch kader (H.9)

Hoofdstuk 2 Belangen

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de terminologie wat betreft belangen en de classificatie van belangen aan de orde komen. Dit hoofdstuk vormt de basis van de volgende hoofdstukken.

Er zal onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds belangen en rechtens relevante belangen en anderzijds tussen belangen en standpunten.

Er zal kort worden ingegaan op het begrip procedurele rechtvaardigheid. Een belangrijk begrip dat een rol speelt bij de behartiging van belangen.

Bij de classificatie van belangen worden de soorten belangen en de onderlinge verwevenheid van belangen besproken. Deze indeling van belangen is gehanteerd voor het observatieonderzoek, dat in hoofdstuk 7 aan de orde komt.

Ten slotte zal er worden ingegaan op conflicten. Conflicten tussen individuen zijn immers dikwijls de oorzaak dat men een juridische procedure start of deelneemt aan een mediation.

2.1.1 Terminologie

Voor het onderzoek is een onderscheiding in geschillen van belang. Onder het begrip geschillen kunnen worden gevat verschillen van mening en conflicten. Een geschil is een gejuridiseerd conflict. Een verschil van mening betreft een verschil van inzicht over de beste werkwijze of de beste beoordeling van een bepaalde kwestie op basis van inhoudelijke argumenten. In paragraaf 2.4 zal nader worden ingegaan op conflicten.

Geschilafdoening kan door, bij, of via de rechter.

Door de rechter door middel van een beslissing.

Bij de rechter door een schikking.

Via de rechter door verwijzing naar mediation.

Een juridische uitspraak, of geschilbeëindiging door schikking bij de rechter van conflicten en verschillen van mening, vallen onder de alomvattende term **geschilbeslechting**. Mediation valt overigens ook onder geschilbeslechting, maar we spreken bij mediation van de term **conflictoplossing**.

2.2 Belangen, rechtens relevante belangen en standpunten

2.2.1 Belangen

Belangen spelen zowel bij mediation als in het burgerlijk recht tussen procespartijen. In onze samenleving gaan mensen relaties met elkaar aan die een mate van verbondenheid tussen hen tot stand brengt. Dit creëert een afhankelijkheid van partijen tot elkaar. Toegang tot recht en mediation geeft een persoon die afhankelijk is van een ander een extra mogelijkheid die ander te bewegen om rekening te houden met zijn belangen.

Wat is een belang?

In Nederland wordt een belang omschreven als ‘een zaak waaraan men aandacht schenkt omdat er voordeel mee gemoeid is’⁴.

‘Belang’ is een weinigzeggend begrip dat een hoog subjectief karakter heeft. Veel juristen zijn zich bewust van het weinigzeggende of triviale karakter van het begrip, maar dat weerhoudt hen niet dit begrip als criterium te hanteren. De vraag naar wat er nu precies mee wordt bedoeld, wordt zelden gesteld.

In veel takken van de wetenschap wordt het begrip gehanteerd. Meestal gaan de omschrijvingen van belang uit van een relatie tussen een subject en een object. Subject van de relatie is een of meer mensen. Object is een doel dat die mens zich heeft gesteld of dat bij hem wordt verondersteld. De aard van de relatie wordt omschreven in termen van gevoelens, wil, verlangens of behoeften. Relaties tot doeleinden worden echter pas als belangen aangeduid, als ze door de betrokkenen als problematisch worden ervaren.

In de sociale psychologie worden belangen omschreven als de gevoelens van mensen over wat voor hen zelf fundamenteel wenselijk is. Nieuwe stromingen in de sociale psychologie spreken van gedragsstrevingen. In deze opvatting zijn belangen motivaties, beweegredenen van een mens.

In de filosofie kijkt men naar het begrip belang door verwante concepten als verlangens, aspiraties, voorkeuren, wensen, willen en behoeften erbij te betrekken en deze te onderscheiden naarmate van objectiviteit, doelgerichtheid en urgentie. De moderne onderhandelingstheorie⁵ ziet belangen als de werkelijke zorgen, wensen en behoeften die schuil gaan achter ingenomen posities, standpunten en rechten van onderhandelende (conflict)partijen.

Het achterhalen van achterliggende belangen is essentieel omdat hierdoor meer en betere uitkomsten kunnen komen die voor beide partijen een win-win situatie kunnen opleveren. Deze opvatting komt in hoofdstuk 4, waarin mediation wordt besproken, uitgebreid aan bod.

⁴ Van Dale Groot woordenboek hedendaags Nederlands.

⁵ Deze theorie wordt aangehangen door Barendrecht en Beukering- Rosmuller. In hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.1.3, Model comparitie na antwoord, wordt aandacht besteed aan deze theorie.

De economie bemoeit zich niet met de belangen van mensen, maar wel met de schaarste die kan optreden wanneer voorkeuren van de één alleen kunnen worden verwezenlijkt ten koste van de ontplooiingsmogelijkheden van anderen, of wanneer medewerking van die anderen nodig is om belangen te verwezenlijken. Geld is daarbij een middel.⁶ Deze economische benadering lijkt mij voor het onderzoek van beperkte betekenis. Niet alle belangen kunnen in termen van economische schaarste worden omschreven.

Groenendijk omschrijft belangen als relaties tot schaarse goederen⁷. Indien de vraag naar een stoffelijk goed (materiële belangen) of naar een niet stoffelijk goed dat wel gewenst is (immateriële belangen), het aanbod overtreft, ontstaat er een verdelingsprobleem.

De aanduiding van de relatie tot een object als een belang herbergt een waardering van die relatie én een aanspraak op dat object in zich volgens Groenendijk.

In drie gevallen wordt de term belang gebruikt om een waardering van de relatie van een mens tot een schaars goed aan te geven. Deze onderstaande gevallen geven een nuttig inzicht voor het vervolgonderzoek.

Ten eerste wordt de term belang afwisselend gebruikt om de relatie van een mens tot een bepaald object (schaars goed) te *beschrijven*, zoals de betrokkene het zelf ervaart (subjectieve betekenis). De subjectieve visie van de betrokkene op de onderlinge prioriteit van doeleinden, op de waarde van schaarse goederen, of op de wenselijkheid van een handeling of gebeurtenis is bepalend voor de invulling van zijn belang in een concrete situatie.

Ten tweede om een dergelijke relatie aan een ander *toe te schrijven*. Voorbeeld: het is in het belang van de afwezige buurman om deuren en ramen van zijn huis te sluiten om diefstal of regenschade te voorkomen.

Ten derde om de relatie *voor te schrijven*. Het voorschrijven zien we bijvoorbeeld bij de verslaafde die om heroïne vraagt en dit in zijn 'eigen belang' wordt geweigerd. De verslaafde wordt een belang toegekend, hoewel hij zich daarover anders heeft uitgelaten. De door het subject (de verslaafde) zelf ervaren belangen zijn dan de 'werkelijke' belangen⁸. Uit dit voorbeeld blijkt dat een belang niet altijd iets hoeft te zijn wat in zakelijk of moreel opzicht positief te duiden is.

Een belang is datgene wat iemand drijft. Indien we belangen aan iemand voorschrijven, in de termen van Groenendijk, kennen we een belang aan iemand toe. In het dagelijkse leven doen we dat regelmatig. Bijvoorbeeld: je weigert iemand een sigaret in het belang van zijn gezondheid of je stoort de burens niet, want die willen rustig samenwonen (vanuit jouw optiek).

⁶ C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga, J.M. Barendrecht, 'Waar het mensen om gaat en het burgerlijk recht daarmee kan', *NJB* 18 april 2003, afl. 16, p. 818- 827.

⁷ C.A. Groenendijk, *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter*, Zwolle Tjeenk Willink 1981, p. 40-41.

⁸ Idem, p.43, noot 18.

In het onderzoek wordt in hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.2, paragraaf 3.6.2.3 en in het observatieonderzoek, hoofdstuk 7, paragraaf 7.2.2.1, teruggekomen op het voorschrijven of toeschrijven van belangen.

2.2.2 *Rechtens relevante belangen*

In het recht wordt dikwijls gesproken over een afweging van belangen en belangenbehartiging. Rechtens relevante belangen zijn die belangen die in de wet of het recht een basis vinden en waarvoor partijen in een procedure bescherming kunnen vragen door middel van een rechterlijk oordeel. In het privaatrecht vinden we het artikel 3:12 BW dat bepaalt dat de rechter persoonlijke en maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn dient mee te wegen bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval eisen. Artikel 3:303 BW bepaalt dat de eiser een ‘voldoende belang’ moet hebben wil hem een rechtsvordering toekomen. Het belang dat hier bedoeld wordt is het processuele belang. Het processuele belang om toegang tot de rechter te verkrijgen dient onderscheiden te worden van het procedurele belang, waarin de procedurele rechtvaardigheid een rol speelt. Op de procedurele rechtvaardigheid wordt nader ingegaan in paragraaf 2.2.3.

Belangen die hun basis in de wet vinden en dus getypeerd kunnen worden als rechtens relevant belang zijn onder andere financiële en emotionele belangen (van eisers die twijfelden aan de wisbekwaamheid van de overledene, die werden afgezet tegen de belangen die aan het medisch geheim verbonden werden)⁹; het opvoedingsbelang van een vader¹⁰; het belang van bescherming van privé-leven en familie- en gezinsleven¹¹.

2.2.3 *Procedurele rechtvaardigheid*

Procedurele rechtvaardigheid speelt een rol bij de behartiging van belangen.

Bij procedurele rechtvaardigheid vanuit het juridisch perspectief gaat het om de vraag aan welke voorwaarden en behoorlijke procedure moet voldoen en of de voornaamste juridische procedurele waarborgen in de procedure aanwezig zijn.

De voornaamste juridische procedurele waarborgen omvatten onder andere het recht op behandeling van een zaak, het recht van hoor en wederhoor, het recht op een onafhankelijke procesbegeleider en het recht van een beslissing gebaseerd op volledige en accurate feiten¹².

⁹ HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 600.

¹⁰ HR 25 juni 1993, *RvdW* 1993, 149.

¹¹ HR 20 oktober 1995, *RvdW* 1995, 210C.

¹² R.J. MacCoun, ‘Voice, Control, and Belonging: The Double-Edged sword of procedural Fairness’, *Annual review of law and Social Science* 2005, Vol. 1, p. 1-35.

Dat wat rechtmatig is, hoeft overigens niet tevens behoorlijk te zijn en wat niet behoorlijk is, kan wel rechtmatig zijn (Brenninkmeijer 2005). Tevens hoeft iets wat rechtmatig is niet te betekenen dat iets ook rechtvaardig is.

In de sociale- psychologische wetenschap is onderzoek gedaan naar de vraag onder welke condities mensen een procedure als rechtvaardig ervaren (Lind en Tyler, 1988; Thibaut en Walker, 1975; Lind, 1995). Uit psychologisch oogpunt maakt het verschil of iemand persoonlijk en direct voor zijn eigen zaak opkomt of niet. Juridisch maakt dat weinig uit¹³.

Het gaat er bij mensen om dat beslissingen eerlijk genomen zijn. De acceptatie van een beslissing kan worden verhoogd als de beslissing juist genomen is. Hier zien we de verbinding tussen de procedurele rechtvaardigheid, gericht op de procedure, en de distributieve rechtvaardigheid, gericht op de inhoud. De aanvaardbaarheid van de inhoud wordt dan teweeggebracht door de procedure.

Als derden beslissingen over mensen nemen - dat kan betreffen beslissingen van een baas, collega of de rechter - dan zijn er verschillende waarden met het oog op de procedurele rechtvaardigheid van toepassing¹⁴:

- Gehoord worden
- Respect
- Betrouwbaarheid
- Neutraliteit

Het kunnen doen van het eigen verhaal is op zichzelf een waarde, los van de invloed op de uitkomst. Als mensen hun verhaal kunnen doen leidt dat tot vertrouwen dat de beslisser het beste met hen voor heeft.

2.2.4 Standpunten

Belangen moeten worden onderscheiden van standpunten.

Belangen zijn de wensen, zorgen en behoeften die tot het standpunt hebben geleid. Het verschil tussen een (juridisch) standpunt en een achterliggend belang is niet altijd meteen zichtbaar.

Een standpunt is een zelfgekozen oplossing (in de juridische procedure vertaald in vordering en het verweer) voor een onderliggend probleem¹⁵.

¹³ A.F.M. Brenninkmeijer e.a.(red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p.4.

¹⁴ Ontleend aan de presentatie van mr. J.M. Barendrecht op de themabijeenkomst van het LBM op 2 december 2005.

¹⁵ M. Pel, *Doorverwijzen naar Mediation*, Mediationreeks deel 3, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p.19.

Anders dan standpunten liggen belangen niet in het verleden maar in de toekomst. Standpunten zijn vaak tegenstrijdig en onverenigbaar, in tegenstelling tot belangen die vaak verenigbaar zijn, soms gelijklopend zijn en soms tegenstrijdig zijn. Achter ieder standpunt liggen echter vaak belangen verborgen, soms in meerdere lagen. Achter het standpunt van de ene buurman dat de muur van de andere buurman gewoon weg moet, ligt bijvoorbeeld het belang dat er dan meer zonlicht in de tuin komt, waarachter weer de behoefte ligt om zijn geliefde hobby tuinieren uit te oefenen. Eenmaal bekend kunnen die belangen de sleutel tot een effectieve oplossing vormen.

2.3 Classificatie belangen

De basis van een civiele procedure zijn standpunten vevat in eis en verweer. Deze vertegenwoordigen belangen die niet altijd meteen duidelijk zijn. Hoewel partijen in mediation ook meestal standpunten verwoorden en posities innemen, is de kern van mediation als methode het onderzoek naar de (achterliggende) belangen van partijen.

Het onderscheid in een aantal soorten belangen is een handvat bij het definiëren van de achterliggende belangen. Het maken van een onderscheid in belangen vereist een kritische houding van de rechter en mediator en tevens waakzaamheid van de rechter en mediator. Ook het vragen en doorvragen naar belangen is een vereiste voor het onderscheiden en definiëren van belangen. Veel hangt daarbij af van de communicatieve vaardigheden van de rechter, en van zijn houding ten opzichte van de achterliggende belangen van partijen. In hoofdstuk 3 zal daar nader op worden ingegaan.

2.3.1 Soorten belangen

Prein onderscheidt een drietal soorten belangen, namelijk: inhoudelijke belangen, procedurele en psychologische belangen.¹⁶

- *Inhoudelijke belangen* zijn financiën, goederen of andere waardevolle bronnen. Deze belangen houden direct verband met het onderwerp van onderhandeling. Overigens is de kans dat belangen rechtens relevant zijn is het grootst bij de inhoudelijke belangen.
- *Procedurele belangen* hebben te maken met de manier waarop het proces wordt uitgevoerd en met het soort procedure die gevolgd wordt. Anders gezegd: het heeft betrekking op het verloop van het conflict en omvat de manier waarop met elkaar wordt omgegaan. (procedures, snelle afhandeling zaak, kostenbesparing, procedurele rechtvaardigheid).

¹⁶ H.C.M. Prein, *Beroepsvaardigheden en interventietechnieken van de mediator*, Mediationreeks deel 2, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p.129-130.

- *Psychologische belangen* ofwel relationele belangen hebben te maken met de manier waarop mensen worden behandeld en willen worden behandeld en waarop er met relaties wordt omgegaan. Er is een aantal basisbehoeftes te onderscheiden. Ten eerste autonomie waaronder keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit valt. Ten tweede relatie leggen waaronder ergens bij horen, gezien worden, vriendschap, zorg, aandacht, liefde en warmte krijgen valt. Ten derde eigenwaarde waaronder erkenning, waardering krijgen en met respect behandeld worden valt. Overigens is de kans dat belangen rechtens relevant zijn het kleinst bij de psychologische belangen.
- Van Beukering-Rosmuller onderscheidt nog een vierde categorie, namelijk de *principiële belangen*¹⁷. Ieder mens heeft ideeën over wat rechtvaardig, eerlijk, acceptabel of ethisch is en wil daarin tegemoet worden gekomen. Deze categorie zouden we ook onder de psychologische belangen kunnen plaatsen, omdat deze categorie over wat mensen rechtvaardig vinden gaat. De integriteit speelt in deze categorie een rol. Gedurende het onderzoek zal ik deze categorie onder psychologische belangen plaatsen.

2.3.2 *Verwevenheid van belangen*

Barendrecht spreekt van verwevenheid van belangen in een belangenconflict¹⁸

De belangen van partijen kunnen op drie verschillende manieren met elkaar verweven zijn:

- *Gemeenschappelijke belangen*: belangen die mensen delen. Bijvoorbeeld in een civielrechtelijk geschil hebben partijen vaak belang bij een goede onderlinge relatie en bij een positief beeld naar buiten of bij een snelle oplossing.
- *Verenigbare belangen*: indien iets belangrijker voor de ene persoon is dan voor de ander, is er dikwijls een oplossing mogelijk waarbij de partij voor wie dit belang het sterkst weegt op een ander punt compensatie aanbiedt. Denk hierbij aan een consument die iets gekocht heeft dat in het geheel niet werkt. De consument heeft een groot belang bij reparatie, terwijl de leverancier die reparatie tegen weinig kosten kan laten uitvoeren.
- *Tegengestelde belangen*: belangen die niet gemeenschappelijk of verenigbaar zijn. Voor in het verleden geleden schade, die niet meer herstelbaar is, kan schadevergoeding in geld de enige oplossing zijn. Wat betreft de hoogte van schadevergoeding zijn de belangen tegengesteld.

¹⁷ E.J.M. van Beukering- Rosmuller, 'Mediation in plaats van civiele geschilbeslechting door de rechter', *BWKJ* 2001, afl. 17, p. 77- 79.

¹⁸ J.M. Barendrecht, 'Rechtsvorming naar behoefte', *NJB* 31 mei 2000, afl. 13, p. 690-698.

2.3.3 Sociale belangen

De sociale dimensie van belangen, hoe zij uitwerken in de communicatie over en weer tussen mensen, is voor het recht zeer relevant. Er kunnen vier typen sociale belangen worden onderscheiden¹⁹:

- *Persoonlijke belangen in enge zin.* Dit zijn belangen die strikt het eigen lichaam en geest raken.
- *Persoonlijke belangen in ruime zin.* Deze belangen hebben niet alleen betrekking op persoonlijke gewenste doeleinden, maar tevens op persoonlijke belangen van individuele of collectieve naasten zoals het eigen gezin, familie, vrienden of collega's.
- *Collectieve belangen.* Deze belangen zijn niet persoonlijk. Het gaat daarbij om collectieve goederen en waarden waarbij een mens belang kan hebben. Het zijn belangen die niet door individuen, maar door natuur, overheid of door sociale structuren worden verschaft en beschermd.
- *Belangen van anderen.* Zolang belangen van anderen niet met de eigen belangen botsen, kunnen ze gerespecteerd worden.

2.4 Conflicten

2.4.1 Terminologie

In Nederland wordt conflict omschreven als ‘botsing, strijd of een verschil van mening’²⁰. Prein spreekt van een conflict indien twee (of meer) partijen doelen (of aspiraties) nastreven, belangen hebben of waarden voorstaan die niet met elkaar te verenigen zijn.

Menig auteur hanteert de definitie ‘onverenigbare doelen en ambities’.

De gedachte hierachter is dat conflict gegrond is in iemands ervaring, dat de eigen doelen en ambities onverenigbaar zijn met de doelen en ambities van een ander en dat de eigen doelen niet gerealiseerd zullen worden zolang die ander niet meewerkt. Deze opvatting beperkt zich onterecht tot situaties waarin mensen expliciete doelen en ambities hebben. Er zijn conflictsituaties denkbaar waarin het om iets anders dan onverenigbare doelen gaat.

¹⁹ C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga, J.M. Barendrecht, ‘Waar het mensen om gaat en het burgerlijk recht daarmee kan’, *NJB* 18 april 2003, afl. 16, p. 818-827.

²⁰ Van Dale Groot woordenboek hedendaags Nederlands.

Conflicten kunnen ook worden gedefinieerd, volgens De Dreu, ‘als een proces dat begint wanneer een individu of een groep ervaart dat een ander individu of groep iets doet of (na)laat of zal gaan doen of (na)laten, dat negatieve gevolgen heeft voor de eigen belangen, opvattingen of normen en waarden’. Deze definitie laat open waar het conflict over gaat (conflict kwestie), hoe partijen met het conflict omgaan (conflicthantering) of welke uitkomsten partijen verkrijgen (conflictuitskomsten)²¹.

2.4.2 Ontstaan van conflicten

Conflicten ontstaan, volgens Barendrecht en Kamminga, ‘als wederzijds afhankelijke partijen er tegelijkertijd tegenstrijdige belangen, opvattingen, doelen en/of rollen op na houden’. Een conflict doet zich voor indien iemand zich gedwarsboemd of gefrustreerd voelt. Een conflict is overigens niet statisch, het is een proces waarin de belangen telkens verschuiven en waarin degene die het conflict ervaart zich afhankelijk voelt van de ander. De ingrediënten voor een conflict zijn puntsgewijs²²:

- Contact tussen mensen
Relatie tussen minimaal twee personen
- Afhankelijkheid
Bijvoorbeeld een familieband of het samen runnen van een bedrijf
- Aanwezigheid van een conflictbron
Bijvoorbeeld beleid binnen familiebedrijf of de taakverdeling binnen een bedrijf
- Belangen die niet meer met elkaar sporen
De conflictbron kan pas tot een conflict uitgroeien indien een betrokken persoon het niet langer pikt. Verschil in doel en opvatting gaat zich duidelijker manifesteren.
- Onvrede met deze situatie

Pas door het benoemen van wat de persoon dwarszit en het aanspreken van de ander kan een conflict in gang worden gezet. Of een werkelijk conflict ontstaat, hangt af van de reactie van de ander. Een tegengesteld standpunt of een voet bij stuk houdend persoon zal een conflict in de hand werken.

²¹ C.K.W. de Dreu, *bang voor conflict?*, De psychologie van conflicten in organisaties, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 8.

²² J.M. Barendrecht, Y.P. Kamminga, *Effectief Conflicten Oplossen*, Amsterdam: Uitgeverij Business Contact 2004, p. 18.

2.4.3 Oorzaken van conflicten

Conflicten hebben een objectief, zakelijk aspect en een subjectief, relationeel aspect²³. Deze paradox van afhankelijkheid en tegenstrijdigheid is een gevolg van in de verhouding tussen partijen opgekomen communicatieve en relationele stoornissen.

De oorzaken van een conflict zijn subjectief en geen beslissingsmaatstaf voor de rechter. Ieder bekijkt het eigen conflict met een eigen bril. Het gaat nooit over objectieve werkelijkheid. Een conflict heeft bijna altijd affectieve gevolgen en het heeft invloed op de identiteit.

Conflicten hebben een sociale component (contact met mensen): ze betreffen een andere persoon. De relatie tussen personen kan persoonlijk of zakelijk van aard zijn, zelfgekozen of opgedrongen, langdurig of kort.

Conflicten leiden overigens veelal ook tot intrapersonlijke conflicten en interne twijfels en vragen. Bijvoorbeeld: heb ik dit wel goed aangepakt?

Puntsgewijs zijn de oorzaken van conflicten:

- Miscommunicatie
- Gebrek aan onderling respect en erkenning
- Conflicterende ego's
- Tijdgebrek en ongeduld
- Onzekerheid door te weinig grip op de gang van zaken

Opvallend is dat deze vijf oorzaken voor het ontstaan van conflicten geen enkele inhoudelijke component bevat.

In ieder conflict is er sprake van een of meer communicatiestoornissen tussen partijen die op een of andere manier korter of langer een zakelijke of persoonlijk relatie met elkaar hebben. Naast een inhoudelijk meningsverschil is er meestal ook sprake van een communicatieprobleem en van heftige emoties. Een conflict geheel zonder communicatiestoornis bestaat niet, want dan is er geen sprake van conflict maar een verschil van mening tussen partijen.

Hieruit kan worden geconcludeerd dat conflicten meestal niet door inhoud ontstaan maar door de bijkomende persoonlijke interventies of interpretaties en in het bijzonder door miscommunicatie. Dit betekent dat puur inhoudelijke beslissingen meestal geen einde maken aan een conflict en wel aan een verschil van mening.

Belangentegenstellingen en kwetsing van eenzijdige belangen leveren conflicten op.

²³ H.G. van der Werf, S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 17.

Mensen hechten meer belang aan de sociale aspecten van conflicten, ook als conflicten in eerste instantie over middelen gaan, wijst onderzoek uit. In het bijzonder in sterk geëscaleerde conflicten is bevonden dat partijen veel belang hechten aan het domineren of pijn doen van anderen. Bovenstaande betekent dat conflicten van dien aard niet door een puur inhoudelijke beslissing kunnen worden beëindigd.

2.4.4 Indeling en soorten conflictkwesities

De Dreu is van mening dat conflicten, die spelen in teamverband, in te delen zijn in taakconflicten en sociaal- emotionele conflicten. Taakconflicten gaan over niet interpersoonlijke, maar werkgerelateerde kwesties, zoals budgetten, de te kiezen bedrijfsstrategie of de inzet van mensen bijvoorbeeld.

Sociaal emotionele conflicten gaan over interpersoonlijke kwesties, bijvoorbeeld iemands politieke overtuiging of iemands gevoel voor humor. Taak- en sociaal- emotionele conflicten kunnen naast elkaar bestaan of in elkaar overlopen.

Taakgerelateerde conflicten kunnen weer worden opgesplitst taak- inhoudelijke conflicten (vgl. meningsverschillen) en taakproces conflicten die meer gaan over de wijze waarop taken worden uitgevoerd. Taakproces conflicten hebben een overlap met belangenconflicten.

Er kan tevens een onderscheid gemaakt worden tussen belangenconflicten en conflicten over oordelen en inschattingen, de meningsverschillen. Zowel binnen een taakgerelateerd als binnen een sociaal- emotioneel conflict kan het conflict een belangenstrijd of een meningsverschil betreffen.

Belangenconflicten gaan over de toegang tot de toekenning en verdeling van schaarse middelen, zoals tijd, aandacht, geld, macht en status. Meningsverschillen gaan echter over tegengestelde inzichten, preferenties, meningen en oordelen. Het belang kan hetzelfde zijn, maar er kunnen meningsverschillen bestaan over de invulling van het belang. Belangenconflicten vereisen een zoektocht naar een acceptabele verdeling van opbrengsten, middelen en verantwoordelijkheden, meningsverschillen vereisen een zoektocht naar het juiste antwoord, een correcte oplossing of een optimaal oordeel. Het onderscheid tussen belangen en meningen richt zich dus puur volledig op de inhoudelijke kant van de conflictkwesitie en laat in het midden hoe partijen het conflict ervaren en erop reageren. Veel conflicten gaan zowel over de vraag wie wat doet (belangen), als over de vraag wat de beste manier is om het te doen (meningsverschillen)²⁴.

²⁴ C.K.W. de Dreu, *bang voor conflict?*, *De psychologie van conflicten in organisaties*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005, p. 13-19.

Er zijn verschillende soorten conflictkwesties te onderscheiden binnen taak- en sociaal economische conflicten, namelijk:

- *Belangenconflicten over schaarse middelen* (veelal in juridische procedures) of over wie iets moet doen (omgekeerde schaarste)
- *Operationele conflicten*: deze gaan over de uitvoering van werkzaamheden en komen voor als mensen geen goede afspraken maken. Deze conflicten zijn inhoudelijk en meestal goed oplosbaar
- *Visie- of waardenconflicten*, deze gaan over verschillen in visies en/of waarden. Deze zijn moeilijk op te lossen
- *Identiteitsconflicten*: deze gaan over wat iemand is en doet, en treffen mensen in hun persoonlijkheid of identiteit
- *Metaconflicten*: een conflict over de vraag waar het conflict over gaat.

Vaak bestaan er meerdere conflictkwesties naast elkaar. Naarmate een conflict escaleert komen er meer conflictkwesties bij. Bovenstaande opsomming geeft weer in welke volgorde de vermeerdering van conflictkwesties plaatsvindt. Conflictkwesties kunnen ook weer verdwijnen. Conflicten hebben positieve of negatieve gevolgen.

Met de verschuiving in conflictkwesties kunnen ook de achterliggende belangen verschuiven. Partijen die met elkaar in conflict zijn focussen zich op enkele doelen of waarden in conflictsituaties. In hoeverre partijen gemotiveerd zijn om bepaalde doelen te bereiken is onderdeel van het onderzoek van Ken Ochbuchi en collega's (zie bijvoorbeeld Ochbuchi, Fukushima en Tedeschi 1999). Zij integreerden verschillende modellen en vonden empirische ondersteuning voor de volgende zes doelen of waarden (belangen).

Belangen in conflict (Ochbuchi, Fukushima en Tedeschi 1999)²⁵

Waarden	Kenmerken
Middelen	<ul style="list-style-type: none">• Economische bronnen: materiële zaken• Persoonlijke bronnen: privacy, doorgaan waar je mee bezig bent
Sociaal	<ul style="list-style-type: none">• Relatiegericht: een goede relatie met de ander behouden• Rechtvaardigheid bewerkstelligen• Identiteit: zelfvertrouwen/gezicht hebben• Macht/vijandigheid: de ander domineren of pijn doen

Tabel 1. Belangen in conflict

²⁵ K.I. Ohbuchi, O. Fukushima, J.T. Tedeschi, 'Cultural Values In Conflict Management, Goal Orientation, Goal attainment, and Tactical Decesion', *Journal of Cross-Cultural Psychology* January 1999, vol. 30, no. 1, p. 51-71.

In bovenstaande tabel worden twee waarden onderscheiden in conflictsituaties. Twee waarden die te maken hebben met ‘middelen’ en vier waarden die onder de noemer ‘sociaal’ geplaatst worden

Het onderzoek toonde bovendien aan dat mensen meer focussen op de sociale aspecten van conflicten, ook als conflicten in eerste instantie over middelen gaan. Voornamelijk in sterk geëscaleerde conflicten, zie je dat partijen veel belang hechten aan de anderen domineren of pijn doen.

2.4.5 *Wijze van oplossen*

Conflicten kunnen op verschillende manieren worden opgelost: op basis van macht, op basis van rechtsregels of op basis van belangen. Tussen recht en macht lopen overigens verbanden. Iemand met een rechtsactie heeft ook macht. Opmerking verdient het feit dat goede op belangen georiënteerde onderhandelingen alleen in een rechtsstaat kunnen plaatsvinden.

Belangen georiënteerd handelen vereist tevens twee handelingen, ontleent aan de Harvard-methode (belangen georiënteerd handelen), namelijk ten eerste het teruggaan naar de belangen die achter de standpunten liggen en ten tweede het scheiden van het probleem met degene met wie je het probleem hebt. De Harvard-methode komt tevens in hoofdstuk 4 Mediation, paragraaf 4.4, aan bod.

Voorbeeld

Een bewoner in een woonwijk heeft een hoge muur gebouwd rondom zijn erf, waardoor de verkeersveiligheid van omwonenden in gevaar komt. Door het slechte zicht dat gecreëerd wordt door de komst van deze muur ontstaat er een conflict tussen degene die de muur heeft gebouwd en de omwonenden. De omwonenden zouden op basis van het recht een onrechtmatige daad actie tegen de bouwer van de muur bij de rechter kunnen starten. Dit valt onder geschilafdoening op basis van recht. De omwonenden zouden ook zelf actie kunnen ondernemen en de muur kunnen vernielen, als geschilafdoening op basis van macht. Een andere optie is geschilafdoening op basis van belangen waarin bijvoorbeeld de veiligheid en goede verhouding in de buurt een rol zouden kunnen spelen en waar een oplossing gezocht gaat worden waarin alle belangen zoveel mogelijk aan bod komen.

2.5. Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk staat de terminologie van belangen centraal. Hierbij is naar voren gekomen dat er een onderscheid gemaakt kan worden tussen belangen, rechtens relevante belangen en standpunten.

Het begrip belangen wordt in veel takken van de wetenschap gehanteerd en kent in elke tak eigen definities. Een zaak waaraan men aandacht schenkt omdat er voordeel mee gemoeid is, relaties tot schaarse goederen, gevoelens van mensen wat voor hen zelf fundamenteel wenselijk is, gedragsstrevingen, verlangens, aspiraties, voorkeuren, wensen, behoeften, wensen en behoeften die schuil gaan achter ingenomen posities en standpunten, zijn allemaal definities die de revue hebben gepasseerd bij de beantwoording op de vraag wat een belang is.

Indien we spreken over belangen die in de wet of het recht hun basis vinden dan hebben we het over de rechtens relevante belangen.

We hebben ook gezien dat belangen onderscheiden moeten worden van standpunten. Belangen zijn de wensen, zorgen en behoeften die tot het standpunt hebben geleid. Standpunten zien we vaak terug in de juridische procedure en vormen een zelfgekozen oplossing voor een onderliggend probleem.

In dit hoofdstuk stonden ook de soorten belangen centraal. Naast de inhoudelijke, procedurele en psychologische belangen, viel er nog een onderscheid in de verwevenheid van belangen en sociale belangen te maken. Gemeenschappelijke belangen, verenigbare belangen en tegengestelde belangen kunnen een rol spelen in een belangenconflict en vallen onder de noemer verwevenheid van belangen. Persoonlijke belangen in enge en in ruime zin, collectieve belangen en belangen van anderen kunnen uitwerken in de communicatie tussen mensen en vallen onder de noemer sociale belangen.

Bij de behartiging van belangen is de term procedurele rechtvaardigheid genoemd. Juridisch gezien gaat dan om de vraag of alle procedureel waarborgen in de procedure aanwezig zijn en of de procedure eerlijk dan wel behoorlijk is.

Tot slot is er aandacht besteed aan conflicten om de lezer helder voor ogen te laten krijgen wat er achter een stap naar de rechter of de mediator schuilt. Een conflict dient onderscheiden te worden van een verschil van mening. In dit kader is naar voren gekomen dat conflicten meestal niet door inhoud ontstaan, maar door de bijkomende persoonlijke interventies of interpretaties en in het bijzonder door miscommunicatie. Dat betekent dat puur inhoudelijke beslissingen meestal geen einde maken aan een conflict. Daarnaast zijn er verschillende soorten conflictkwesties te onderscheiden. Met de verschuiving in conflictkwesties kunnen ook de achterliggende belangen verschuiven. De oplossing van conflicten kan op basis van macht, op basis van rechtsregels of op basis van belangen.

Bovenstaande heeft de basis gevormd van alle volgende hoofdstukken. Indien men de stap naar de civiele rechter maakt is het belangrijk om te weten hoe de belangenbehartiging in een civiele procedure in zijn werk gaat. Dat zal het onderwerp van hoofdstuk 3 zijn

Deelconclusie: Rechtens relevante belangen zijn niet als zodanig gedefinieerd. In afzonderlijke wettelijke bepalingen is te vinden welke belangen het recht beoogt te beschermen.

Hoofdstuk 3 De civiele procedure en belangen

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk gaat het om de vraag of belangen al dan niet bij de civiele rechter geoperationaliseerd kunnen worden. Wanneer partijen hun geschil aan een derde voorleggen, kan dit de overheidsrechter zijn. Met overheidsrechter worden de leden van de rechterlijke macht bedoeld die een rechtsprekende functie vervullen²⁶.

Het civiele proces is een van de vele middelen om een conflict te beëindigen. Het rechterlijke werk bestaat al lang niet meer uit het louter toepassen van vooraf bepaalde rechtsregels op de door partijen aangedragen feiten ('da mihi facta dabo tibi ius'). Partijen en de rechter zijn over het algemeen meer gericht op belangenafweging en verdiscontering van feiten. Dat vereist iets van de capaciteit van de rechter, maar ook van hun partijen en hun raadslieden die daarop moeten anticiperen²⁷.

De rechter heeft verschillende middelen om aan de belangen van procespartijen tegemoet te komen, namelijk schikken, bemiddelen (=verwijzen naar mediation) en beslissen.

Kunnen de (achterliggende) belangen van partijen worden behartigd bij de rechter via schikken, bemiddelen of beslissen en willen rechters en/of partijen dat ook?

Ten eerste zal worden ingegaan op de verhouding tussen de rechter en procespartijen. De rechterlijke lijdelijkheid en de partijautonomie worden in dit kader genoemd.

Ten tweede zal de taakopvatting en de verantwoordelijkheid van de rechter aan bod komen.

Ten derde komen de verschillende soorten civiele procedures aan de orde.

Ten vierde worden de belangen op twee niveaus besproken.

Tot slot zal worden ingegaan op de middelen die de rechter tot zijn beschikking heeft om aan de belangen tegemoet te komen. De comparitie van partijen (schikken) en het vonnis (beslissen) komen aan bod. Doorverwijzen naar mediation (bemiddelen) wordt in hoofdstuk 4 besproken.

3.2 Rechter en partijen

De verhouding tussen de rechter en de partijen in het civiele proces moet enerzijds worden geplaatst in de sleutel van de rechterlijke lijdelijkheid en anderzijds in de sleutel van de partijautonomie.

²⁶ H.G. van der Werf, S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 27.

²⁷ W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*. Den Haag: Ministerie van Justitie 2003, p. 63-64.

Asser vroeg zich in 2002 na de invoering van het vernieuwd burgerlijk procesrecht af: ‘moet de civiele rechter gehouden worden aan het dogma van de partijautonomie en lijdelijkheid ten aanzien van de grenzen van de rechtsstrijd?’.

‘Zou hij niet eigenlijk zijn vleugels moeten uitslaan en door alle juridische constructies en rookgordijnen moeten prikken en op zoek moeten gaan naar het eigenlijke conflict om dit eens en voor altijd uit de wereld te helpen?’ ‘Zou het klassieke civiele procesmodel niet een ultimatum remedium moeten zijn, een laatste middel dat als het echt niet anders kan, toegediend moet worden?’²⁸

Moet de rechter sturen op het vervullen van de achterliggende belangen (behoeften, angsten, zorgen, wensen, motieven) of niet?

Asser zegt: ‘de sleutel zou niet moeten zijn is de rechter lijdelijk of actief, maar respect voor de autonomie van partijen’. De rechter informeert wat partijen/ advocaten willen en zij bepalen het verloop van de zaak.

3.2.1 Partijautonomie

Partijautonomie in het civiele procesrecht is een afgeleide van de veronderstelde beschikkingsvrijheid van de burger ten aanzien van zijn rechtsbetrekkingen. Men is in beginsel vrij om met anderen in een rechtsbetrekking te treden of om dat juist niet te doen en om rechtsbetrekkingen waarin men zich bevindt te beëindigen. Men is ook in beginsel vrij om de inhoud en gevolgen van rechtsbetrekkingen (nader) te bepalen. Van een volkomen autonomie van de burger ten aanzien van zijn rechtsbetrekkingen is geen sprake meer. Zowel in bestaande rechtsbetrekkingen, bijvoorbeeld op grond van de redelijkheid en billijkheid, als op basis van maatschappelijke normen dient men in toenemende mate rekening te houden met gerechtvaardigde belangen van anderen en met het algemeen belang²⁹.

De partijautonomie geldt momenteel voornamelijk nog ten aanzien van de inhoud en omvang van de rechtsstrijd in de verschillende instanties, het initiatief tot het aanvangen, voortzetten of tussentijds beëindigen van het proces, het terrein van incidenten in de dagvaardingsprocedure en de bewijslevering³⁰.

²⁸ W.D.H. Asser, ‘De taakopvatting van de civiele rechter’, in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a.(red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003 p. 32.

²⁹ W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*. Den Haag: Ministerie van Justitie 2003, p. 66-67.

³⁰ Idem, p. 76.

3.2.2 Discussie partijautonomie

Wat het beginsel partijautonomie voor de civiele procedure betekent, is vatbaar voor discussie. Gaat het om wat partijen werkelijk willen of om wat ze willen bereiken?

Procespartijen bepalen wat zij aan de rechter voorleggen. Tevens bepalen zij of het volledige conflict aan de rechter wordt voorgelegd of een deel van het conflict.

De acceptatie van de rechter speelt in deze discussie een rol. Indien partijen een uitspraak over het voorgelegde willen, moet hij dat dan klakkeloos doen?

Respect voor de partijautonomie behoeft naar mijn mening niet te betekenen dat de rechter niet verder kijkt dan wat procespartijen en advocaten de rechter voorleggen, namelijk vordering en verweer. Daarbij is het belangrijk dat de rechter beseft dat de partijautonomie een beperkte werking heeft. De partijen zijn verplicht om hun conflict binnen de juridische context aan de rechter voor te leggen. Hun partijautonomie gaat niet zo ver dat zij rechtens niet-relevante belangen aan de rechter kunnen voorleggen. Dat maakt dat deze dikwijls anders verpakt worden in weliswaar rechtens relevante maar wellicht voor de partijen minder relevante belangen, uitmondend in een vordering of verweer dat niet die uitkomst kan bieden die partijen eigenlijk wensen.

De partijautonomie wordt evenzeer gerespecteerd indien de rechter verder kijkt dan vordering en verweer (juridische context) en de belangen van procespartijen voorop stelt. De rechter kan ruimte scheppen om de belangen die spelen bij procespartijen een plaats te geven in de juridische civiele procedure. Belangen zijn immers de redenen voor een individu om een procedure te beginnen. Tevens typeren belangen dat waar het procespartijen eigenlijk om gaat. De rechter kan, indien hij dat wenst, door de juridische vertaling van belangen heen kijken en beoordelen of deze vertalingen van belangen procespartijen daadwerkelijk bedienen.

De rechter hoeft het niet goed te vinden dat procespartijen in strijd met hun eigen belangen iets doen. Of de taak van de rechter zover reikt dat hij partijen in een richting stuurt die ze eigenlijk niet willen, maar die wel beter voor hen is, gaat misschien wat te ver. Maar het wijzen op betere alternatieven behoort vandaag de dag wel tot de mogelijkheden en dus tot de taak van de rechter.

3.3 De taakopvatting en de verantwoordelijkheid van de rechter

In de traditionele taakopvatting van de rechter staan vordering en verweer centraal en stellen de partijautonomie en de lijdelijkheid van de rechter beperkingen aan de mogelijkheid om de grenzen van het geschil te verleggen.

Het individu in Nederland is vrij in de keus een procedure aanhangig te maken om bepaalde doelen te bereiken en/ of belangen te behartigen. Ook is het individu in beginsel vrij om de inhoud en de gevolgen van rechtsbetrekkingen te bepalen.

De rechter die zich niet bemoeit met deze vrijheid, is de mening toegedaan ‘als partijen het zo willen kunnen ze het zo krijgen’. Indien de rechter wel aan deze vrijheid komt, kan hij het verwijt krijgen bemoeizuchtig te zijn of een rechter te zijn die niet doet waarvoor hij is aangesteld.³¹

3.3.1 Verantwoordelijkheid van de rechter

Rechters zijn vaak van mening dat de kern van de verantwoordelijkheid ligt bij de beslechting van het geschil zoals dat in vordering en verweer tot uitdrukking komt.

Of de verantwoordelijkheid van de rechter verder reikt dan de beoordeling van de belangen betreffende het geding is een vraag die niet eenduidig te beantwoorden is. Voor de uitleg met betrekking tot het verschil tussen het geding en het geschil verwijs ik naar hoofdstuk 3, paragraaf 3.5, waarin de belangen op twee niveaus worden besproken.

Degenen die bovenstaande verantwoordelijkheidsvraag ontkennend beantwoorden, zijn van mening dat de rechter bij zijn leest moet blijven en dat er geen noodzaak is dat de rechter zich afvraagt of de belangen betreffende het geding dezelfde zijn als de belangen met betrekking tot het geschil. Degenen die de vraag bevestigend beantwoorden dienen zich af te vragen waarom de verantwoordelijkheid van de rechter verder reikt en wat die verantwoordelijkheid precies inhoudt.³²

Een rechter die van mening is dat hij niet of niet te diep in een juridische procedure hoeft in te gaan op de (achterliggende) belangen zou het volgende argument op kunnen voeren: het gaat in een juridische procedure om wat procespartijen de rechter voorleggen. Belangen in een juridische procedure meet je in de juridische context.

³¹ W.D.H. Asser, ‘De taakopvatting van de civiele rechter’, in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a.(red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003 p. 28.

³² Ontleend aan de presentatie van mr. H.M.M. Steenberghe (rechter in de rechtbank te Utrecht) op de themabijeenkomst van het LBM op 2 december 2005.

De verantwoordelijkheid wordt dan bij de procespartijen gelegd. Het gaat om wat de procespartijen schrijven en zeggen.

Een argument contra zou kunnen zijn dat de rechter net als de advocaat een rol als belangenbehartiger vervult. Indien uit het dossier of op de comparitie van partijen achterliggende belangen blijken, zal hij op deze belangen kunnen inspelen door ze in de procedure bloot te leggen. Dat kan de rechter doen door naar belangen te vragen en daarover ook dóór te vragen (op de comparitie van partijen). Indien de belangen duidelijk naar voren zijn gekomen kunnen er verdere keuzes worden gemaakt.

De rechter van tegenwoordig die op een comparitie ziet dat een geschil kan worden opgelost als de grenzen van het geschil even worden gelaten voor wat ze zijn en wordt doorgestoten naar de kern voor wat partijen verdeeld houdt, zal zijn lijdelijkheid opzij zetten.

Dat kan hij doen om een schikking tussen procespartijen te bereiken of mediation aan te bieden, indien een uitspraak van de rechter naar zijn inschatting niet in voldoende mate aan het belang van procespartijen tegemoet kan komen.

Afhankelijk van de taakopvatting van de rechter zijn er rechters die zich verplicht voelen met en ten behoeve van procespartijen stil te staan bij de vraag of een uitspraak wel een oplossing biedt voor partijen en zijn er rechters die zich daartoe niet verplicht voelen.

Hier zien we een nieuw dilemma opduiken: hoe verenigt de rechter zijn eigenlijke taak geschilbeslechting, met conflictoplossing?

Een rechter kan mijns inziens niet altijd met een juridische uitspraak het onderliggende conflict oplossen.

3.4 *Civiele procedures*

3.4.1 *Kenmerken overheidsrechtspraak*

Overheidsrechtspraak heeft een aantal kenmerken.

Een eerste kenmerk is dat aan de rechter alleen maar geschillen kunnen worden voorgelegd waar een juridisch oordeel over te vellen valt. De aard van de werkzaamheden van de rechter is in essentie: bindend beslissen op vordering of verzoek van de rechtzoekenden.

Een tweede kenmerk van overheidsrechtspraak is dat er beslist wordt op basis van recht. Het recht vormt de basis voor de beslissing van de rechter en voor de belangen die hij daarbij meen- en afweegt. Met belangen, wensen, zorgen en emoties die zich in een geschil manifesteren zal de rechter slechts rekening houden voor zover ze relevant zijn voor de rechtstoepassing.

Het derde kenmerk is het formele procesrecht. De procedure voor de overheidsrechter wordt beheerst door dwingend recht en recht van openbare orde, waaronder de fundamentele procesregels als openbaarheid, hoor en wederhoor en motivering.

De rechter mag daarvan in beginsel niet afwijken. Een rechterlijke beslissing die tot stand is gekomen met schending van zulke regels staat bloot aan vernietiging.³³

3.4.2 Soorten civiele procedures

Achter het juridische debat gaat echter meestal een wereld aan achterliggende belangen, zorgen, wensen en niet juridisch vertaalbare conflicten schuil. Het juridische conflict en het achterliggende conflict zijn vaak niet helemaal of zelfs helemaal niet congruent³⁴.

De civiele procedure draait om gelijk krijgen op basis van rechtsregels. Het conflict tussen partijen moet juridisch worden vertaald in vordering of verweer.

In hoofdstuk 2 werd al opgemerkt dat in de juridische procedure alleen rechtens relevante feiten, ten behoeve van het juridische gelijk, kunnen worden aangevoerd. Gevolg hiervan is dat procespartijen in het verleden moeten graven, en daarbij in hun ‘rechtsstrijd’ voor de rechterlijke beslissing relevante argumenten en feiten moeten aanvoeren die tot verdere verharding van de standpunten leiden, maar die voor het eigenlijke geschil helemaal niet van belang waren.

Het gevaar hiervan kan zijn dat het oorspronkelijke belang verloren gaat en de juridisch ingenomen standpunten met bijbehorende feiten ervoor kunnen zorgen dat procespartijen hun belangen niet meer herkennen.³⁵

Pel onderscheidt in dit kader vier soorten civiele procedures:

- Pure procedures
- Procesprocedures
- Schaduwprocedures
- Schijnprocedures

Er zijn ook procedures met een gemengd karakter, zodat we bij deze indeling kunnen spreken van een denkmodel en niet over een zuivere classificering.

³³ W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*. Den Haag: Boom juridische uitgevers 2003, p. 49-50.

³⁴ M. Pel, ‘Doorverwijzing naar mediation in de civiele procedure: extra service of brancheervaging’?, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2000, afl.4, p.78-86.

³⁵ Idem, p.80.

Pure procedures

Pure procedures zijn civiele procedures die ook echt zijn wat ze lijken: de partijen leggen een rechtsvraag aan de rechter voor en dat is ook het enige waar het om gaat. De belangen zijn gelijk aan de vorderingen. Met de juridische uitspraak is het geschil totaal opgelost.

Voor deze procedures is een beslissing van de rechter afdoende.

Procesprocedures

Procesprocedures zijn civiele procedures waarin de partijen wel een juridisch geschil hebben maar twifelen aan de mogelijkheid om op materiële gronden of in verband met bewijsnood hun gelijk te krijgen. Partijen voeren allerlei extra (processuele) beslispunten op om in elk geval op een formeel punt of oneigenlijke gronden hun zin te krijgen. De juridische beslissing op de toegevoegde beslispunten maakt geen eind aan het onderliggende conflict. De vordering die de werkelijke belangen inhoudt, wordt overschaduwd door oneigenlijke processuele belangen.

Schikken of doorverwijzen naar mediation kan in deze zaken gepast zijn.

Schaduwprocedures

Schaduwprocedures zijn civiele procedures waarin partijen iets willen bereiken wat in rechte niet gevorderd kan worden. Zij vorderen daarom iets wat daar het beste bij in de buurt komt. Ze procederen over de schaduw van hun eigenlijke wens. De juridische beslissing maakt geen eind aan het eigenlijke conflict, maar kan de gewenste uitkomst in elk geval voor een van de partijen benaderen. De belangen en vorderingen lopen uiteen, terwijl de belangen wel drijfveer zijn voor de procedure.

Schikken of doorverwijzen naar mediation kan in deze zaken gepast zijn.

Schijnprocedures

Schijnprocedures zijn procedures die alleen maar worden aangespannen of worden voortgezet uit frustratie, onmacht, of andere heftige gevoelens, in plaats van zakelijke, naar objectieve maatstaven logische motieven. De drijfveer is: 'wie niet horen wil moet voelen'. De partijen zitten hier ver op de escalatieladder en gaan liever samen de afgrond in dan maar iets toe te geven aan de andere partij. De juridische beslissing kan geen einde maken aan het conflict. Niet de belangen maar emoties en communicatiestoornis zijn de drijfveer tot procederen. Er is in een schijnprocedure een psychologisch belang aanwezig, dat bestaat uit het kwetsen van de ander.

Schikken of doorverwijzen naar mediation kan in deze zaken gepast zijn.

Bij de procesprocedures, schaduwprocedures en schijnprocedures wordt opgemerkt dat in deze zaken schikken of doorverwijzen naar mediation gepast zou kunnen zijn. De vraag is of de rechter deze middelen wil hanteren en of hij vindt dat hij dat moet doen in bovengenoemde procedures. In de discussie met betrekking tot de partijautonomie, paragraaf 3.2.2 werd deze kwestie ook al even aangestipt.

Als rechters psychologische belangen waarnemen en tot de conclusie komen dat een schikking of verwijzing naar mediation de beste methode zou zijn om het conflict te beëindigen is de vraag of zijzelf degenen zijn die over de manier van afdoening te beslissen. De vraag is of de partijen hun belangen net zo inschatten. Indien de rechter ervoor kiest om zijn wil tot bijvoorbeeld schikken of doorverwijzen door te drukken bij procespartijen in een procedure, zal de rechter naar mijn mening zijn eigen morele oordelen gaan verwarren met de belangen van procespartijen. De rechter schrijft, om met de termen van Groenendijk uit hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1 te spreken, de belangen dan toe of voor aan anderen.

3.5 Belangen op twee niveaus

In een gerechtelijke procedure kunnen er twee niveaus worden onderscheiden als we spreken over belangen. Het geding en het geschil of conflict. In het geding komen de belangen tot uitdrukking in de vordering en het verweer daartegen. Dit zijn de rechtens relevante belangen. In het geschil/ conflict dat aan het geding ten grondslag ligt zien we een veelheid van belangen welke gerelateerd zijn aan de oorzaak en/ of oplossing van het geschil. Deze belangen worden ook wel aangeduid met achterliggende belangen³⁶.

Voor het onderwerp conflicten verwijs ik u naar hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.

Het rechtssysteem geeft (gedrags)regels en vorderingen die juristen kunnen toepassen wanneer belangen van mensen of organisaties verweven zijn en partijen deze conflicten niet door een 'ruil' van belangen en toegekende rechten kunnen oplossen. Niet elk belang is terug te vinden in de regels, maar rechtshulpverleners kunnen dit soort belangen echter toch achter de flexibele rechtsregels plaatsen. Vordering(en) van partijen en belangen kunnen overigens wel degelijk samenvallen.

Er zijn echter ook belangen die helemaal niet onder een rechtsregel geplaatst kunnen worden. Het gevaar hiervan is dat mensen geen bescherming vragen van wat zij zelf als hun meest urgente belangen ervaren, maar andere belangen naar voren schuiven die wel gemakkelijk bescherming kunnen krijgen in het privaatrechtelijke systeem.

³⁶ Ontleend aan de presentatie van mr. H.M.M. Steenberghe (rechter in de rechtbank te Utrecht) op de themabijeenkomst van het LBM op 2 december 2005.

Het gevolg hiervan is dat mensen hun wensen, zorgen en behoeften niet (h)erkend zouden kunnen zien binnen het privaatrecht³⁷. Dit is in paragraaf 3.4.2, waarin de soorten civiele procedures zijn besproken, eveneens beschreven.

Denk hier aan de emotionele belangen die zich niet lenen voor bescherming in het burgerlijk vermogensrecht. Het Jeffrey-arrest³⁸ en het Wrongful birth-arrest³⁹ zijn typerende voorbeelden in deze context.

In het Jeffrey-arrest vorderde een moeder een verklaring voor recht dat een ander schuldig was aan de dood van haar kind Jeffrey. Zij stelde dat het voor haar essentieel was dit te horen omdat zij pas daarna echt aan het proces van rouwverwerking kon beginnen. De Hoge Raad oordeelde dat voor een emotioneel belang van dat kaliber geen plaats is in het recht. Het gevolg van een dergelijke uitspraak is dat emoties en gevoelens in het burgerlijk recht worden verstoep⁴⁰.

In de 'Wrongful birth-zaak' ging het om een vrouw die na sterilisatie toch zwanger was geraakt en de arts alleen aansprakelijk had gesteld omdat hij haar zo onheus had bejegend. De arts had geroepen: zeur niet mens, wees blij met een gezond kind, toen zij hem aansprak op de gezinsuitbreiding die zij liever niet had willen hebben. De vrouw was door deze opmerking diep gekwetst en besloot daarom tot een procedure. Zij heeft haar vordering ingekleed als schadevergoeding. Het ging de vrouw echter niet om het geld, maar om de genoegdoening. Opvallend is dat zij de genoegdoening heeft gekregen door niet te zeggen waar het haar echt om te doen was (de onheuse bejegening). Had zij dat wel gedaan dan was ze met 'lege handen' naar huis gegaan⁴¹.

Het is aan de rechter of hij de niet rechtens relevante belangen buiten de gerechtelijke procedure houdt en zich dus strikt beperkt tot de rechtens relevante belangen of naar andere wegen zoekt om de aandacht op verschillende soorten belangen te vestigen.

Niet rechtens relevante belangen zullen vaak de reden zijn om de procedure voort te zetten of te stoppen. Deze belangen tekenen het conflict en beïnvloeden de houding van partijen in het conflict.

³⁷ C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga, J.M. Barendrecht, 'Waar het mensen om gaat en het burgerlijk recht daarmee kan', *NJB* 18 april 2003, afl. 16, p. 818- 827.

³⁸ HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853.

³⁹ HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145.

⁴⁰ C. Asser, J.B.M. Vranken, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel, Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, p. 75.

⁴¹ Idem.

Voor belangenonderzoek is tijd nodig. Er kan verschillend worden gedacht over de kwestie of een juridische (civiele) procedure de plek is voor de behartiging van belangen van procespartijen, en of er in een juridische (civiele) procedure tijd is om aan de belangen van procespartijen tegemoet te komen.

3.6 Vaardigheden van de rechter

De rechter heeft de volgende middelen tot zijn beschikking om aan de belangen van procespartijen tegemoet te komen: schikken, bemiddelen (=verwijzen naar mediation) en beslissen.

Om met de woorden van Barendrecht en Beukering- Rosmuller te spreken: ‘Pas nadat de werkelijk achterliggende belangen van partijen zijn blootgelegd en door partijen zijn gehoord, kan worden overgegaan tot het zoeken van mogelijke oplossingen. Alleen opties die in de richting komen van de werkelijke belangen kunnen immers leiden tot geaccepteerde afspraken. Pas nadat het geschil is ontdaan van alle ballast en alle mogelijke oplossingen op tafel liggen is het tijd voor het maken van keuzes’⁴².

3.6.1 Comparitie van partijen na antwoord

Met het oog op het observatieonderzoek, dat in hoofdstuk 7 aan bod komt, wordt er in dit hoofdstuk uitgebreid aandacht besteed aan de comparitie van partijen in een civiele procedure. Een eventuele schikkingsmogelijkheid wordt partijen geboden bij de comparitie na antwoord. Schikken - of ten minste een poging daartoe ondernemen - onder het toezien van de rechter bestond al in het Oudhollandse recht. In het Oudhollandse recht, waarin het niet geoorloofd was om rauwelijks een medeburger voor de rechter te slepen, moest men zich eerst tot deze wenden met het verzoek om verlof tot het instellen van een vordering. Alvorens de rechter dit verlof gaf, liet hij partijen voor zich verschijnen om een minnelijke schikking te beproeven. Dit bleek niet altijd succesvol, aangezien bij de aanvang van het rechtsgeding partijen vooral lijnrecht tegenover elkaar stonden, waardoor een verzoeningspoging een gedane zaak bleek te zijn⁴³.

In de jaren zestig kwam de comparitie na antwoord (verder c.n.a.) tot ontwikkeling als instrument onder meer om tot versnelling van de procedure en een grotere doelmatigheid daarvan te komen.

⁴² J.M. Barendrecht, E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 179.

⁴³ H.G. van der Werf, S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 29.

Voor de wijziging van het procesrecht per 1 januari 2002 was de c.n.a. een intermezzo tussen twee schriftelijke procesrondes en bestond er een recht op die tweede schriftelijke ronde (repliek en dupliek).

Recht op repliek en dupliek bestaan tegenwoordig in beginsel niet meer na de comparitie van partijen (132 Rv). Als partijen hun standpunt voldoende hebben kunnen toelichten, krijgen zij in beginsel geen gelegenheid voor pleidooi. Ons procesrecht gaat er van uit dat alle relevante feiten en juridische argumenten van de kant van partijen volledig tot uitdrukking worden gebracht in de dagvaarding en de conclusie van antwoord.

Het belang van de stelplicht wordt duidelijk door artikel 149, eerste lid, Rv verwoordt: de rechter mag in beginsel geen andere feiten aan zijn beslissing ten grondslag leggen dan door een partij gestelde feiten. Degene die de stelplicht heeft, heeft in beginsel ook de bewijslast op grond van artikel 150 Rv⁴⁴.

De versterking van de stelplicht en bewijslast in ons procesrecht leidt mijns inziens tot een verharding. Procespartijen worden gedwongen tot een reductie van de werkelijkheid, aangezien partijen al in een vroeg stadium in de procedure alleen de feiten hoeven te stellen die benodigd zijn voor het intreden van het door hen beoogd rechtsgevolg.

De c.n.a. is voor de rechter een goed middel om het proces in een zo vroeg mogelijk stadium te stroomlijnen en met partijen in een open dialoog te treden.

De regeling tussen procespartijen van een bestaand conflict noemen we schikken⁴⁵.

De wet biedt de civiele rechter diverse mogelijkheden om te proberen partijen op het spoor van een minnelijke schikking te krijgen. Artikel 131 Rv bepaalt, dat nadat de gedaagde voor antwoord heeft geconcludeerd, de rechter een verschijning van partijen ter terechtzitting als bedoeld in artikel 87 Rv en artikel 88 Rv beveelt, tenzij hij oordeelt dat de zaak daarvoor niet geschikt is.

Schikken is overigens niet één bepaalde methode, maar wordt qua inhoud en uitvoering bepaald door de persoon van de rechter. Hierbij is van invloed of de rechter beginnend of gevorderd is en of deze vooral is geïnteresseerd in de juridische inhoud of juist in de achterliggende belangen.

⁴⁴ H.J. Snijders, M. Ynzonidus, G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 187-190.

⁴⁵ L.G. Eykman e.a., *Onderhandelen, bemiddelen en schikken*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 4.

3.6.1.1 Doelstellingen comparitie na antwoord

De wetgever heeft een drietal doelstellingen van de c.n.a. geformuleerd⁴⁶:

- Beproeven van een schikking (art.88 Rv jo. 131 Rv)
- Verkrijgen van inlichtingen van partijen (87 Rv jo. 131 Rv)
- Het maken van afspraken over de verdere afwikkeling van de zaak.

3.6.1.2 Factoren comparitie na antwoord

Bij de beoordeling van zaken op hun geschiktheid voor een c.n.a. spelen verschillende factoren zoals⁴⁷:

- Het financiële belang van de zaak;
- De aard van het geschil
- De omvang en gecompliceerdheid van het geschil
- Een eventueel bijzonder belang bij snelle bewijslevering
- Het gehalte van de zaak (lijken eis of verweer volstrekt onhoudbaar?)

De invoering van de comparitie en het ontmoedigen van schriftelijke rondes, maken de civiele procedure sneller en minder formeel, maar ook meer open naar meer verschillende belangen. Veel hangt daarbij echter af van de communicatieve vaardigheden van de rechter, en van zijn attitude ten opzichte van de achterliggende belangen van partijen⁴⁸.

3.6.1.3 Model comparitie na antwoord

Volgens Barendrecht en Beukering- Rosmuller⁴⁹ verlopen comparities meestal via een vast stramien. Daarbij is uitgegaan van een opbouw van de comparitie in fasen.

In het eerste gedeelte van de comparitie, dat weer kan worden onderscheiden in drie fasen, namelijk de startfase, exploratiefase en de onderhandelingsfase, ligt de nadruk op de ondersteuning van probleemoplossende onderhandelingen door de rechter en dus op het bereiken van een minnelijke regeling. Het tweede gedeelte van de comparitie, met de juridisch georiënteerde inlichtingenfase en de afsluitende fase, is meer gericht op de voorbereiding van een beslissing door de rechter. In deze structuur wordt er van uitgegaan dat de fase gericht op het totstandkomen van een minnelijke regeling plaatsvindt voor het inwinnen van inlichtingen (gericht op de juridische beslissing).

⁴⁶ A.I.M. van Mierlo, J.H. van Dam-Lely, *procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2003, p. 193.

⁴⁷ Idem, p. 194.

⁴⁸ C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga, J.M. Barendrecht, 'Waar het mensen om gaat en het burgerlijk recht daarmee kan', *NJB* 18 april 2003, afl. 16, p. 818- 827.

⁴⁹ J.M. Barendrecht, E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 174-187.

De Handleiding ‘regie vanaf de conclusie van antwoord’⁵⁰ plaatst de inlichtingenfase bij de exploratiefase, waardoor het inwinnen van inlichtingen vóór het eventueel totstandkomen van een minnelijke regeling wordt geplaatst. Deze laatste volgorde wordt meestal door de rechter gehanteerd op de c.n.a.

Onderstaande structuur is gebaseerd op het model van Barendrecht en Beukering- Rosmuller en geeft per fase goed weer hoe er op de belangen van partijen kan worden ingespeeld. Opgemerkt dient te worden dat veel rechters deze benadering niet of niet geheel hanteren in hun dagelijkse praktijk. Men zou zich bij dit model af kunnen vragen of de verantwoordelijkheid van de rechter ook daadwerkelijk zo ver zou moeten gaan als in onderstaand model wordt beschreven. Met het oog op belangenbehartiging in het concrete geval verdient dit model mijn inziens wel de nodige aandacht.

Startfase

In de startfase vindt in principe het eerste persoonlijke contact tussen de rechter en de partijen plaats. Belangrijk is dat de rechter ervoor zorgt dat partijen niet tot object van de procedure worden gemaakt, maar als procesdeelnemers volledig worden gerespecteerd in die hoedanigheid ook zoveel mogelijk tot hun recht komen.

Het belangrijkste doel van de startfase zal het vaststellen van de definitieve agenda en werkwijze zijn.

Exploratiefase

In de exploratiefase staan emoties, belangen en de inventarisatie van feiten en mogelijke oplossingen centraal. De rechter zou deze fase kunnen inleiden met de vraag wat partijen met de procedure willen bereiken. Tevens zou hij met partijen na kunnen gaan of de werkelijke achterliggende belangen van partijen verschillen van de ingenomen juridische stellingname.

Voor de rechter kunnen niet rechtens relevante belangen interessant worden tijdens de comparitie van partijen. In een achterliggende (niet- rechtens relevante) belang kan de uitkomst van het geschil zitten. Als helder wordt wat de procespartijen zelf als belangen definiëren kan daaraan beter worden tegemoetgekomen. Niet rechtens relevante belangen kunnen van invloed zijn op de bereidheid tot schikken. Een procespartij die beter af zou zijn met een schikking dan met het voortzetten van een procedure, maar die zich dusdanig gekrenkt voelt in zijn trots zal de efficiëntie (kosten, snelheid) van het doorprocederen minder belangrijk vinden dan zijn gelijk willen halen door middel van een juridische procedure.

⁵⁰ Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord civiele sectoren.

(<http://ros51.ictro.drp.minjus/Intro/Introlandelijk/Programma>)

Een voorbeeld van deze constatering staat beschreven in hoofdstuk 7, waarin het observatieonderzoek aan bod komt.

Procespartijen kunnen ertoe worden gebracht actief naar elkaars beleving van het geschil te luisteren en elkaars visie op het geschil serieus te nemen. Een inhoudelijke reflectie van de rechter is van belang. Dat kan hij doen door het samenvatten van wat is gezegd. Tevens is het van belang samen te vatten welke gevoelslading de informatie uitstraalt en welke mogelijke achterliggende bedoeling in de woorden doorklinken.

In deze fase van een procedure is het zeer wenselijk dat de rechter begrip toont voor alle emoties en achterliggende belangen van partijen, ook al zou de rechter misschien niet of niet volledig daaraan tegemoet kunnen komen wanneer het uiteindelijk op beslissen aankomt.

Op zoek naar de achterliggende belangen van partijen zal de rechter kunnen proberen de focus van partijen in plaats van op hun eigen gelijk en vermeende rechten te verplaatsen naar hun wensen, behoeften en zorgen.

Partijen zijn vaak geneigd te blijven hangen in het verleden, maar partijen schieten meer op indien zij het vizier op de toekomst richten.

De rechter speelt een heel belangrijke rol bij het richten van het vizier op de toekomst, aangezien hij degene is die vaak zal vragen naar feiten die hij nodig heeft om het juridische geschil te beslechten en daardoor de focus naar het verleden zal verleggen. De manier van benaderen van procespartijen door de rechter speelt een grote rol bij de verwezenlijking van belangen van beide procespartijen. Hij dient er voor te waken dat door zijn manier van vragen procespartijen niet gaan denken in termen van gelijk krijgen en daardoor lijnrecht tegenover elkaar komen staan.

Onderhandelingsfase

De fase van het onderhandelen, richt zich op het vinden van oplossingen met maximale gemeenschappelijke winst. In elk geschil tussen procespartijen blijven er belangen die tegengesteld aan elkaar zijn. Indien men alleen gemeenschappelijke belangen had, dan had men immers het geschil nooit aan de rechter voorgelegd.

Partijen worden uitgenodigd een schikking te beproeven in de onderhandelingsfase. Dit gaat gepaard met een of meer schorsingen van de zitting, zodat partijen op de gang met elkaar kunnen praten.

De rechter kan bij een eventuele schikking ook een rol vervullen door partijen vragen te stellen over datgene wat zij in ruil voor een bepaalde concessie zouden wensen of zouden kunnen aanbieden. Ook speelt de rechter een rol bij het wel of niet (nog eens) duidelijk kenbaar maken van hun belangen en voorkeuren. De rechter kan tevens hulp bieden door objectieve normen aan te reiken.

In combinatie met de schikkingspoging komt het vaak voor dat de zittingsrechter een voorlopig oordeel over (een deel van) het gevraagde geeft. Het hangt van de situatie en de zaak of dit wordt gedaan voordat partijen de gang op gaan of als ze terug zijn.

De rechter kan helderheid verschaffen over de nog te verwachten proceslasten. Het geven van informatie over de eventuele proceskansen is een van de onderdelen van een comparitie die een subtiele benadering van de rechter vergt. Er moet immers worden voorkomen dat de rechter ‘partij zal kiezen’ in de ogen van een procespartij.

Inlichtingenfase

De rechter verzamelt de feiten die hij zelf nodig denkt te hebben om tot een oordeel te komen, partijen krijgen de gelegenheid hun visie naar voren te brengen en de rechter biedt ruimte voor nadere juridische argumentatie.

De inlichtingen die de rechter verlangt, dienen om het verdere verloop van de zaak te stroomlijnen en onnodige complicaties te voorkomen. Daarbij wordt een vooraanstaande plaats ingenomen door het blootleggen van de kern van het geschil dat partijen verdeeld houdt.

Eerder werd al opgemerkt dat de rechter vaak eerder toe zal komen aan de inlichtingenfase. We zien dit vooral gebeuren vóór de onderhandelingsfase, waarin partijen ook bewust worden gemaakt van hun proceskansen en proceslasten.

Afsluitende fase

Het maken van een proces- verbaal valt onder deze fase, met daarin een vaststellingsovereenkomst of partijverklaring en eventuele afspraken voor het vervolg van de procedure. Het vervolg van de procedure kan bestaan uit proceshandelingen zoals getuigenverhoren, deskundigenberichten, nadere conclusies, tussenvonnissen en uiteindelijk een eindvonnis.

3.6.2 Comparitie na aanbrengen in hoger beroep (Gerechtshof Arnhem⁵¹)

Vanaf maart 2004 loopt in het gerechtshof Arnhem een experiment in een beperkt aantal civiele zaken met een comparitie direct na het aanbrengen van de zaak in hoger beroep, dus nog vóór het nemen van de eerste conclusie in hoger beroep (memorie van grieven).

Het Arnhemse experiment richt zich vooral op het hoger beroep van kantonzaken en op zaken met een financieel belang van minder dan 20.000 euro.

De comparitie na aanbrengen heeft tot doel een regeling beproeven die eerder (in eerste aanleg) niet tot de mogelijkheden behoorde.

Het kan voorkomen dat in eerste aanleg beperkt of geen verweer is gevoerd, waardoor dikwijls geen comparitie na antwoord heeft plaatsgevonden en partijen nog niet in de mogelijkheid zijn geweest over de mogelijkheid van een regeling te spreken in aanwezigheid van de rechter.

Nevendoelen van de comparitie na aanbrengen zijn het inwinnen van inlichtingen, verkennen van de mogelijkheid van mediation, het bespreken van bewijsmogelijkheden en het maken van procesafspraken.

Overigens zijn procespartijen niet verplicht aan het verzoek tot een comparitie na aanbrengen gehoor te geven.

3.6.2.1 Kostenaspect

Het belangrijkste argument voor de selectie van een zaak voor een comparitie na aanbrengen in hoger beroep in het gerechtshof Arnhem, is het besparen van kosten. De zaken die geselecteerd worden voor een comparitie in hoger beroep hebben een gering financieel belang. De kosten van een appèlprocedure kunnen behoorlijk oplopen. Daar vallen in ieder geval de kosten van het opstellen van de memorie van grieven respectievelijk de memorie van antwoord onder.

3.6.2.2 Tijdsaspect

Een tweede argument voor de selectie van een zaak voor een comparitie na aanbrengen in hoger beroep in het gerechtshof Arnhem vormt de tijdwinst. De tijdwinst speelt een rol voor de partijen en de rechtspraak wanneer er een regeling wordt bereikt. Een arrest waarin een inhoudelijke beoordeling van de zaak deel van uitmaakt is niet meer noodzakelijk. Een procesverbaal, dat in executorialle vorm wordt afgegeven (art. 87 lid 3 Rv), waarin de regeling wordt vastgelegd is namelijk voldoende.

Tevens kan er tijdwinst optreden in zaken waarin geen regeling wordt bereikt doordat er nieuwe informatie opduikt, die bewijslevering in een later stadium van de procedure uitspaart. Ook kan de comparitie, door een structurering van het debat, voor vereenvoudiging van de zaak zorgen.

⁵¹ Geënt op het artikel van W.L. Valk, C.G. ter Veer, 'De comparitie na aanbrengen in hoger beroep', *NJB* 28 oktober 2005, afl. 38, p. 1985-1987.

3.6.2.3 Kanttekening

Bij het kostenaspect en het tijdsaspect in de selectie van zaken voor een comparitie na aanbrenen in hoger beroep, kan mijns inziens een kanttekening geplaatst worden. Het kostenaspect en tijdsaspect vormen hier een toegeschreven of voorgeschreven belang van de raadsheer aan de procespartijen. De vraag die opkomt, is of die veronderstelde belangen wel van belang zijn. Waarom gaat een procespartij in hoger beroep?

Het is mogelijk dat het financiële belang en/of het tijdsaspect voor de procespartij die in hoger beroep gaat een ondergeschikte of helemaal geen rol speelt, en de reden om in hoger beroep te gaan voor de procespartij in een ander (achterliggend) belang ligt. In hoofdstuk 7, het observatieonderzoek, wordt hier op teruggekomen.

3.6.2.4 De zitting

De raadsheer- commissaris vertelt alvorens hij het woord aan procespartijen richt, wat de gedachte achter een comparitie na aanbrenen precies is en wat procespartijen en advocaten kunnen verwachten. Dit doet hij om aanwezigen gerust te stellen en te laten begrijpen waarom onderhavige zaak in hoger beroep aan een comparitie onderworpen wordt.

Op het moment van de comparitie is het geschil in hoger beroep nog niet nauwkeurig omljnd, omdat appelland nog geen grieven heeft geformuleerd en ook nog niet bekend is of er incidenteel appèl zal worden ingesteld.

Om inzicht te verkrijgen wat de inzet van de appelprocedure is zal de raadsheer- commissaris, nadat het informatieve gedeelte over aanbrenen in hoger beroep is afgerond, de zitting beginnen met een open vraag aan appelland welke bezwaren hij tegen het bestreden vonnis heeft. Ook geïntimeerde krijgt de gelegenheid om indien van toepassing aan te geven dat hij ontevreden is met de beslissing van de rechtbank.

De raadsheer- commissaris kan door zijn manier van vragen stellen en het maken van opmerkingen partijen inzicht geven in de sterke en zwakke kanten van hun positie.

3.6.3 Beslissen: het eindvonnis

De rechter zal in elke procedure nagaan of een minnelijke regeling tussen partijen mogelijk is, maar indien dat niet het geval is, is hij gehouden om uitspraak te doen op alles wat is gevorderd of verzocht⁵². De rechter doet uitspraak op grond van de ingenomen formele stellingen en verweren van partijen. De rechter mag niet weigeren te beslissen⁵³.

⁵² Artikel 23 Rv.

⁵³ Artikel 26 Rv.

Of de rechter een bemiddelend vonnis kan wijzen, is vatbaar voor discussie. Een argument pro zou kunnen zijn dat de rechter nuances in zijn vonnis kan aanbrengen. Tevens kan hij de visies van beide procespartijen in het vonnis aan de orde laten komen.

Een argument contra zou kunnen zijn dat het in een vonnis draait om ja of nee op grond van wat in de dagvaarding wordt gevorderd. Het vonnis kan meestal geen oordeel bevatten dat beide partijen een beetje gelijk en een beetje ongelijk hebben.

Hoe het eindvonnis moet worden ingericht is te vinden in de artikelen 230 Rv en verder.

De aanpak met betrekking tot het eindvonnis is rechter afhankelijk. De manier waarop het eindvonnis moet aansluiten bij de voorafgaande onderdelen van de procedure is niet wezenlijk geregeld. Alleen de motiveringseis waarborgt die aansluiting indirect⁵⁴.

Bij een vonnis is het de keus van de rechter of hij in het vonnis de niet- rechtens relevante belangen, dan wel de achterliggende belangen, tot uiting laat komen of alleen de wel rechtens relevante belangen (juridische betekenis van belangen). Het gaat in hoofdzaak om de juridische perspectieven van partijen. Dat kan in veel gevallen betekenen dat de rechter geen aandacht kan of wil besteden aan de emotionele kanten van een zaak of de achterliggende belangen van partijen.

De rechter dient te beseffen dat het uiten van emoties en het doen van het verhaal al zo aan de belangen van partijen tegemoet kan komen dat de beslissing of uitkomst beter wordt geaccepteerd. Die ruimte voor het verhaal en de emoties kan er in een civiele procedure naar mijn mening wel degelijk zijn.

Hier zien we de samenhang met de procedurele rechtvaardigheid uit hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.3, waarin werd opgemerkt dat het kunnen doen van het eigen verhaal op zichzelf een waarde is, los van de invloed op de uitkomst.

De formuleringen van de rechter in het vonnis spelen eveneens een belangrijke rol. Het vonnis schetst het beeld van partijen en legt de nadruk op de dingen die de partijen belangrijk vinden. De zinsnede in een vonnis: ‘voor gedaagde was dat zeer kwetsend’ kan de acceptatie van het vonnis voor gedaagde vergroten.

⁵⁴ J.M. Barendrecht, E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 206.

Bovenstaande neemt niet weg dat de rechter toch op basis van de formele stellingen en verweren uitspraak dient te doen, ook al is hij van mening dat een door hem gemotiveerde beslissing alleen in juridisch gelijk kan resulteren zonder recht te doen aan wat partijen achter hun juridische stellingen wat hun emoties en belangen betreft echt bezighoudt⁵⁵.

Dat het recht niet altijd een optimale oplossing voor procespartijen kan bieden is al eerder in dit hoofdstuk aan de orde gekomen.

De inhoud van het eindvonnis moet immers binnen een juridisch kader geplaatst worden en dat betekent dat er niet (altijd) plaats zal kunnen zijn voor een uiteenzetting van alle (achterliggende) belangen van beide procespartijen. Barendrecht en Beukering- Rosmuller zijn van mening dat het vonnis meer een vastlegging van de uitkomst van een onderhandelings- en besluitvormingsproces zou moeten zijn dan een eenzijdig oordeel⁵⁶. Dat neemt immers niet weg dat de gebondenheid van de rechter aan het recht ook dan wel degelijk gehandhaafd zal moeten blijven.

3.7 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk is ingegaan op de operationalisering van belangen al dan niet in een civiele procedure.

In de verhouding tussen rechter en procespartijen staat de partijautonomie centraal. Dat de partijautonomie vatbaar is voor discussie lijkt een logisch gevolg op het onderwerp: behartiging van (achterliggende) belangen in een civiele procedure. De rechter die de (achterliggende) belangen van procespartijen zichtbaar wil maken dient verder te kijken dan wat procespartijen de rechter voorleggen, namelijk vordering en verweer. Of de rechter dat ook tot zijn verantwoordelijkheid rekent, is een vraag die daarbij om de hoek komt kijken.

Er zijn rechters die beseffen dat belangen betreffende het geding niet dezelfde zijn als belangen betreffende het geschil, waardoor deze rechters erkennen dat geschilbeslechting en conflictoplossing twee aparte dingen zijn. Indien een rechter dat onderscheid kan maken, weet hij ook goed in te schatten hoever zijn taak reikt in de zoektocht naar belangen.

Het onderscheid in civiele procedures hangt samen met de kenmerken van de overheidsrechtspraak.

Het conflict dat speelt tussen partijen moet in een juridisch kader worden geplaatst om een beroep te kunnen doen op de rechter. Aangezien niet alles onder het recht geplaatst kan worden en alleen de rechtens relevante belangen in een (civiele) procedure er toe doen, gaan mensen hun achterliggende belangen vermommen in oneigenlijke vorderingen.

⁵⁵ H.G. van der Werf, S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 28.

⁵⁶ J.M. Barendrecht, E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 205.

De vaardigheden van de rechter bestaan uit schikken, bemiddelen en beslissen.

In dit hoofdstuk zijn schikken en beslissen aan bod gekomen. Schikken komt bij de comparitie van partijen na antwoord aan bod.

De moderne inzichten van Barendrecht en Beukering- Rosmuller doen inzien dat er in een c.n.a. model wel degelijk plaats zal kunnen zijn voor de achterliggende belangen van partijen. Vooral in de exploratiefase staan belangen centraal. Het schikken komt aan bod in de onderhandelingsfase.

Er is in dit hoofdstuk ook aandacht besteed aan de comparities na aanbrengen in hoger beroep. Een experiment dat loopt bij het gerechtshof Arnhem. Het tijd- en kostenaspect zijn opgeworpen als redenen voor deze extra comparitie. Dat zijn belangen die zouden kunnen spelen bij procespartijen, maar dat hoeft zeker niet zo te zijn. Tal van achterliggende belangen kunnen de reden zijn om in hoger beroep te gaan.

Wat betreft beslissen op basis van een eindvonnis is de keus aan de rechter of hij de (achterliggende) belangen tot uiting laat komen in het vonnis of alleen de rechtens relevante belangen. De acceptatie van het vonnis kan worden vergroot indien een rechter rekening houdt met de belangen door de belangen te benoemen.

Naast schikken en beslissen kan de rechter doorverwijzen naar mediation, indien een uitspraak van de rechter naar zijn inschatting niet in voldoende mate aan het belang van procespartijen tegemoet kan komen en een schikking er niet in zit.

In hoofdstuk 4 zal de operationalisering van belangen in mediation aan de orde komen.

Deelconclusie: De civiele procedure is via het formele procesrecht ingericht op het via vordering en verweer beslissen op geschilpunten.

Hoofdstuk 4 Mediation en belangen

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 is uiteengezet dat de rechter verschillende middelen tot zijn beschikking heeft om, indien hij dat wenst, de belangen van procespartijen te behartigen. De comparitie van partijen na antwoord en de comparitie na aanbrenge in hoger beroep, waarin een eventuele schikking aan bod kan komen, en beslissen op basis van een eindvonnis zijn in dat hoofdstuk besproken.

In dit hoofdstuk komt mediation aan de orde. De rechter kan het middel doorverwijzen naar mediation (bemiddelen) hanteren om tegemoet te komen aan de belangen van procespartijen.

In dit hoofdstuk zal ik mij beperken tot de deelgebieden van mediation die relevant zijn voor de uitwerking van de vraag in hoeverre de belangen van conflictpartijen in mediation tot vervulling kunnen komen. Dat vereist inzicht in het fenomeen mediation. Allereerst zal worden besproken wat mediation is. Vervolgens zullen de kenmerken van mediation: vrijwilligheid, vertrouwelijkheid en het mediationproces worden nagelopen. Daarna zal er kort worden gekeken naar de taak van de mediator. Tot slot komt de Harvard-methode aan bod.

4.1.1 Afbakening

Met het oog op mediation kunnen er vele onderwerpen worden uitgediept. Het gaat in onderhavig onderzoek om mediation naast rechtspraak.

‘U hebt een conflict met iemand of een organisatie en u komt er met elkaar niet uit. De meningen blijven verschillen, de standpunten verharderen. Daarom bent u naar de rechter gestapt. Dat de rechter een uitspraak doet, dat is zeker. Maar het is altijd maar afwachten of u gelijk krijgt en of met een juridische oplossing alle problemen zijn opgelost’⁵⁷.

4.1.2 Mediation en het rechtsbestel

In de Rechtspraak in de 21^e eeuw Contourennota ‘Modernisering Rechterlijke Organisatie’, wordt vermeld dat modernisering moet bijdragen aan het terugdringen van lange doorlooptijden van gerechtelijke procedures, aan de verbetering van de communicatie met de bij de rechtspraak betrokken partijen, een verhoging van de inzet van de informatie- en communicatietechnologie, een vermindering van de werkdruk in vooral de strafsector en aan verbetering van de eenheid in optreden van de rechterlijke organisatie van het daaraan ten grondslag liggende organisatorisch vermogen⁵⁸.

In deze contourennota staan ook de doelstellingen van het kabinet bij de modernisering van de rechtspraak genoemd. Hierin vinden we de visie van de rechtspraak op maat in het gemoderniseerd bestel.

⁵⁷ Brochure ‘Mediation naast rechtspraak’, Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak.

⁵⁸ *Kamerstukken II 1998/1999*, 26 352, nr. 2, p. 2.

Er is een samenhang tussen enerzijds de verbetering van de structuur van de rechterlijke organisatie en anderzijds de vergroting van de toegankelijkheid van rechtspraak voor de burger (bijvoorbeeld door alternatieve geschillenbeslechting).

Een rechtspraak die toegankelijk, laagdrempelig, kostenefficiënt met het terugdringen van lange doorlooptijden is, kortom een rechtspraak die op maat is gesneden en zichzelf bestuurt in een sterke oriëntatie op haar maatschappelijke omgeving. Bij de processuele toegankelijkheid van de rechtspraak wordt in de contourennota gerept over mediation⁵⁹.

Om na te gaan of structurele voorzieningen voor doorverwijzing naar mediation binnen de justitiële infrastructuur bestaansrecht hebben, hebben tussen maart 2000 en januari 2003 onder verantwoordelijkheid van Justitie bij vijf rechtbanken, één hof en drie stichtingen rechtsbijstand deelprojecten plaatsgevonden, waarbij rechtzoekenden, in daarvoor geïndiceerde gevallen, werden doorverwezen naar mediation⁶⁰. De resultaten wezen uit dat het instrument mediation een belangrijke aanvulling vormt op het bestaande instrumentarium voor geschilafdoening.

Met het verschijnen van de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede kamer van 19 april 2004 kwam er meer duidelijkheid over de toekomst van mediation naast rechtspraak⁶¹. In deze brief doet minister Donner een voorstel voor de uitbreiding van de dienstverlening van de gerechten met een structurele doorverwijzingsvoorziening naar mediation.

Op 20 april 2004 verscheen er een persbericht van de Raad voor de Rechtspraak dat vanaf 1 januari 2005 alle rechtbanken en hoven in ons land burgers en bedrijven actief informeren over de mogelijkheden van mediation. Mediation wordt beschouwd als uitbreiding van dienstverlening en past in het streven naar effectieve geschilbeslechting op maat. Uitgangspunt is dat de burger die vorm van geschilbeslechting wordt geboden die het beste past bij zijn geschil. Daarmee wordt mediation een extra service naast schikken en beslissen⁶².

⁵⁹ *Kamerstukken II 1998/1999*, 26 352, nr. 2, p. 17-18.

⁶⁰ *Kamerstukken II 2002/2003*, 26 352 nr. 66, p. 3-4.

⁶¹ *Kamerstukken II 2003/2004*, 29528, nr. 1.

⁶² Nieuwsbrief van het project Mediation naast rechtspraak, april 2004, nr. 5.

4.2 Het fenomeen mediation

Mediation is een vorm van **bemiddeling in conflicten**, waarbij een **neutrale** bemiddelingsdeskundige, **de mediator**, de onderhandelingen tussen **partijen** begeleidt teneinde vanuit hun werkelijke belangen **zelf** tot **gezamenlijke** gedragen en voor ieder van hen optimale **resultaten** te komen⁶³.

Voor werkelijke belangen kunnen we hier ook achterliggende belangen lezen. Daarmee wordt hetzelfde bedoeld.

Mediation vormt een creatieve oplossing voor conflicten en het overbruggen van belangentegenstellingen. Mediation is een vak, een vakgebied dat zich richt op deskundige begeleiding van partijen door een neutrale derde in een proces, waarin partijen hun conflict zien als een gemeenschappelijk probleem en er ook samen een oplossing voor bedenken⁶⁴.

Van der Werf en Venhuizen omschrijven mediation als: ‘een gestructureerd ontdooiings- en veranderingsproces, dat tegelijkertijd flexibel wil zijn. Een concept dat, als hulp of handreiking aan mensen in een conflictsituatie, zich richt op deëscaleren, gedisciplineerd en redelijk communiceren en oplossingsgericht samenwerken’⁶⁵.

Partijen⁶⁶

Iedereen of iedere organisatie kan een partij zijn in een conflict en dus ook partij in een mediation: particulieren, ondernemers, bestuurders, (vertegenwoordigers van) bedrijven, overheden, stichtingen, verenigingen en andere rechtsvormen.

Zelf

Betrokkenen zorgen zelf voor de inhoud van het gesprek door het uitspreken van verlangens, wensen, emoties, feiten, argumenten, voorstellen en tegenvoorstellen.

Gezamenlijk

Betrokkenen zitten met elkaar om de tafel en bespreken alle aspecten en achtergronden van het conflict en de oplossingsvoorstellen.

⁶³ A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 6.

⁶⁴ A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 22.

⁶⁵ H.G. van der Werf, S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 71.

⁶⁶ Brochure ‘Mediation naast rechtspraak’, Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak.

Oplossen (resultaten)

Voor bijna elk conflict is een oplossing te vinden die voor alle betrokkenen partijen aanvaardbaar of zelfs aantrekkelijk is.

Conflict(en)

Mediation kan worden gehanteerd in alle soorten conflicten waarvoor ook een juridische procedure aangespannen kan worden, met uitzondering van strafzaken en vreemdelingenzaken.

Bemiddeling

De mediator bemiddelt, dat wil zeggen dat hij de gesprekken zo begeleidt dat de partijen tot overeenstemming kunnen komen. De mediator levert geen inhoudelijke bijdrage en spreekt ook geen oordeel uit. Hij zorgt er wel voor dat de oplossing op uitvoerbaarheid wordt getoetst.

Onafhankelijke derde (neutraliteit)

De mediator heeft met geen van de partijen voorafgaand aan de mediation een zakelijke of persoonlijke relatie.

De Mediator

Een persoon die de kennis en vaardigheden heeft om een mediation tot een goed einde te brengen. Hij kan onderhandelingen leiden en begeleiden en schijnbaar vastgelopen conflicten weer in beweging krijgen. De mediators voldoen aan strenge kwaliteitscriteria.

4.2.1 Wanneer mediation wel en niet toepassen?

Mediation blijkt een goede keuze te zijn als de partijen ten minste een of meer van de onderstaande motieven hebben om voor mediation te kiezen.

Snel een oplossing:

Een mediation wordt gemiddeld binnen enkele maanden afgerond.

Alles in eigen hand houden:

Partijen bepalen wat er in de overeenkomst komt.

Maatwerk:

Tijdens mediation draait het om alles met het conflict te maken heeft.

De relatie behouden:

Tijdens mediation krijgt iedere betrokkene de gelegenheid om alles uit te spreken en uit te praten. Er wordt samen naar een oplossing gezocht, zodat de persoonlijke en/of de zakelijke relatie behouden kan blijven of op een goede manier wordt afgesloten.

Er zijn drie aspecten die bepalen of een conflictkwestie zich leent voor mediation⁶⁷. Ten eerste gaat het om de onderhandelingsbereidheid van partijen. Beide partijen moeten bereid zijn om met elkaar aan tafel te overleggen wat hen verdeeld houdt. Partijen zullen onder begeleiding van een mediator bereid moeten zijn om naar elkaar te luisteren. Tevens is zicht krijgen op de eigen situatie en die van de andere partij en het met enige creativiteit op zoek kunnen gaan naar oplossingen van belang. Niet alleen de bereidheid van partijen, maar ook het in staat zijn deel te nemen aan een mediation bepalen de onderhandelingsbereidheid.

Ten tweede speelt de onderhandelingsruimte een rol. Het is van belang dat beide partijen voldoende mogelijkheid hebben om elkaar over en weer iets te bieden hebben.

Ten derde vormt de escalatie van een conflict een aspect. Als partijen te veel gericht zijn op het toebrengen van leed of schade aan de ander en alleen uit zijn op eigen belang staat dat de succeschansen van mediation in de weg.

Uit het onderzoek van het WODC⁶⁸ is gebleken dat de aan het begin van deze paragraaf genoemde motieven duiden op onderhandelingsbereidheid en –ruimte van de partijen. Dit zijn daarom de zogenaamde succesvoorspellende motieven.

4.2.2 Kenmerken van mediation

Mediation onderscheidt zich ten opzichte van de overheidsrechtspraak in het gegeven dat betrokkenen zelf hun onderling conflict tot een oplossing brengen en de beslissing niet overlaten aan een derde. De mediator is geen beslisser of adviseur, maar een ‘tussenpartijdige’ bemiddelaar⁶⁹.

De oplossing van de mediation wordt gezocht op basis van belangen. Belangen die niet in rechtsbelangen te vertalen zijn en in de overheidsprocedure getypeerd worden als niet- rechtens relevante belangen, kunnen bij mediation wel aan de orde komen.

Mediation onderscheidt zich ook door een aantal andere kenmerken, zoals vrijwilligheid, vertrouwelijkheid en de verschillende stappen in het mediationproces.

⁶⁷ L. Combrink-Kuiters, E. Niemeijer, M. Ter Voert. *Ruimte voor mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand. WODC- reeks Onderzoek en beleid*, Boom Juridische Uitgevers 2003, p.178.

⁶⁸ zie noot 66.

⁶⁹ M. Pel, *Doorverwijzen naar Mediation*. Mediationreeks deel 3, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 18.

4.2.2.1 Vrijwilligheid

Partijen nemen op basis van vrijwilligheid deel aan mediation. Onder vrijwilligheid verstaan we dat partijen ermee instemmen dat de mediator hen begeleidt in het mediationproces en dat de deelname aan het proces afgebroken kan worden als partijen menen dat in mediation geen oplossing voor het probleem gevonden kan worden. In de praktijk blijkt dat echte vrijwilligheid leidt tot een grote inzet van de partijen tijdens de mediation.

Dat deelname aan mediation vrijwillig is, betekent niet dat het ook vrijblijvend is. Als een persoon eenmaal voor mediation heeft gekozen, dan kan hij niet zo maar wegblijven van een bespreking. Een mediation wordt in gezamenlijk overleg, tijdens een bespreking, beëindigd.

Arrest

Het kenmerk vrijwilligheid is onlangs nog punt van discussie geweest in een door de Hoge Raad op 20 januari 2006⁷⁰ gewezen arrest.

In dit arrest werd bepaald dat het partijen *'te allen tijde vrij staat hun medewerking aan mediation alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen'*

In dit arrest ging het om het volgende:

Tijdens de mondelinge behandeling van het hoger beroep hebben partijen verklaard in te zien dat het in hun beider belang is om onder begeleiding van een deskundige mediator tot een oplossing te komen van hun geschillen.

Korte tijd nadien heeft de advocaat van de vrouw echter bericht dat de vrouw afziet van inschakeling van een mediator op financiële, maar vooral emotionele gronden.

In zijn thans bestreden beschikking heeft het hof dit standpunt van de vrouw zeer betreurd, maar geoordeeld *'dat voor een succesvolle verwijzing naar mediation de duurzame instemming van beide partijen is vereist, die thans is komen te ontbreken'*.

In het dictum van zijn beschikking heeft het hof de man niet-ontvankelijk verklaard in zijn hoger beroep.

Het tegen deze beschikking aangevoerde middel betoogt *'dat het hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, partijen niet heeft verwezen naar mediation, terwijl ze dit wel waren overeengekomen en de zaak zich daartoe bij uitstek voor leent'*. *'Volgens de op het middel gegeven toelichting pleegt de vrouw contractbreuk en zijn haar emoties in dat verband geen rechtens te respecteren argument'*.

⁷⁰ HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75

De Hoge Raad verwerpt het beroep met de volgende overweging:

R.o. 3.4: *‘aangezien het hier om geschillen tussen twee particulieren gaat, die in de loop van een geding hebben afgesproken om te pogen een minnelijke regeling langs de weg van mediation te bereiken staat het beide partijen gelet op de aard van het middel mediation te allen tijde vrij hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen’.*

Sanders geeft in april 2006 een reactie op dit arrest in het Nederlands Juristenblad⁷¹. Hij betreurt het bovengenoemde arrest van de Hoge Raad. Gezien de hier te lande te constateren ontwikkeling van mediation hoopt hij dat het wel heel ver doorgevoerde vereiste van consensus beperkt zal worden tot: terugtrekking mogelijk maar dan alleen als, om te beginnen, van het overeengekomen middel van mediation gebruik is gemaakt. Naar zijn mening bindt de afspraak tot mediation partijen om in elk geval een serieuze poging te doen om tot een vergelijk te komen. Slechts wanneer een eerste zitting met de mediator heeft plaatsgevonden, treedt de algemeen aanvaardbare mogelijkheid zich aan mediation te onttrekken, in zijn optiek, in werking.

De mening van Sanders dat de afspraak tot mediation partijen bindt en niet eenzijdig kan worden opgezegd, is vatbaar voor discussie.

4.2.2.2 Vertrouwelijkheid

Een belangrijk element van mediation is de overeengekomen vertrouwelijkheid. Deze is gewaarborgd in een door de partijen en de mediator ondertekende mediationovereenkomst mede omvattende een geheimhoudingsplicht⁷².

Vertrouwelijkheid hangt samen met het uitgangspunt dat wat aan de mediationtafel besproken wordt en dat wat specifiek ten behoeve van een mediation opgesteld wordt, vertrouwelijk blijft. Dit betekent dat een persoon in alle openheid informatie en voorstellen kan bespreken. Nieuwe informatie die tijdens de mediation boven tafel komt, is in principe vertrouwelijk. De mediator en partijen mogen deze informatie niet zonder instemming van de anderen aan de rechter of derden verstrekken.

Aan de overeengekomen vertrouwelijkheid ontleent mediation voor een belangrijk deel haar succes. Het vertrouwen, dat de informatie die partijen tijdens de mediation aan elkaar geven slechts wordt gebruikt voor het doel waarvoor zij is gegeven, stelt partijen in staat om hun achterliggende belangen op tafel te leggen en op zoek te gaan naar de beste oplossing van hun conflict, waarbij zij voorlopige voorstellen kunnen doen waaraan zij later niet mogen worden gehouden als zij er niet uitkomen.

⁷¹ P. Sanders, ‘het terugkomen op een afspraak tot mediation’, *Nederlands Juristenblad* 21 april 2006, afl. 16, p. 894- 895.

⁷² Zie: artikel 5, 7 van het NMI- Mediationreglement.

Wat valt onder de overeengekomen vertrouwelijkheid⁷³?

Onder de geheimhoudingsplicht valt alle informatie die in het kader van of ten behoeve van de mediation is gegeven, tenzij anders door partijen overeengekomen. De geheimhoudingsplicht geldt niet indien de desbetreffende partij onafhankelijk van de mediation reeds zelf over de informatie beschikte of daarover had kunnen beschikken en over de feiten die partijen, ongeacht de mediation, in de procedure behoren aan te dragen. Ook strekt de geheimhoudingsplicht zich niet uit over het resultaat van de mediation (de vaststellingsovereenkomst), tenzij partijen anders zijn overeengekomen.

De geheimhoudingsplicht van de mediator is opgenomen in het reglement van het Nederlands Mediation Instituut (NMI).

Artikel 21 Rv, waarin de waarheidsplicht staat genoemd, kan een spreekplicht van partijen met zich brengen en deze kan weer op gespannen voet komen te staan met de geheimhoudingsplicht. In het geval dat de mediation onverhoopt niet tot een vaststellingsovereenkomst leidt en de procedure voor de rechter die heeft geleid tot mediation moet worden voortgezet, kan zich de vraag voordoen hoe de overeengekomen geheimhoudingsplicht zich met de wettelijke waarheidsplicht verhoudt.

Ook in het geval dat een mediation is geëindigd in een overeenkomst die wordt vastgelegd in een vonnis, beschikking of proces-verbaal en daarover misverstanden of verschillen van mening ontstaan, kan deze vraag zich voordoen.

Het is aan de rechter om per geval concreet te bepalen aan welke verplichting voorrang dient te worden gegeven, waarbij hij de belangen van de waarheidsvinding en van de vertrouwelijkheid tegen elkaar kan afwegen.

In de afgelopen jaren heeft zich jurisprudentie ontwikkeld op aspecten van vertrouwelijkheid/geheimhouding. Wat dit betreft zijn in bijlage 2 enkele praktische vraagstukken opgenomen.

4.2.2.3 *Mediationproces*

Het mediationproces is opgebouwd uit verschillende fasen, te weten achtereenvolgens de intakefase, exploratiefase, onderhandelingsfase en de afrondingsfase⁷⁴. In bijlage 3 staan de verschillende fasen in een cirkeldiagram weergegeven.

⁷³ P. de Wolf, M.M.A. Splet, Juridische aspecten, mediation en vertrouwelijkheid in het burgerlijk recht, in: *Handboek voor Doorverwijzers*, Hoofdstuk 4, paragraaf 4.1, LBM mei 2006, p. 69-72.

⁷⁴ M. Pel, *Doorverwijzen naar Mediation*. Mediationreeks deel 3, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 28-29.

Intakefase

In deze fase neemt de mediator met partijen de regels en hoofdkenmerken van de mediation door, neergelegd in de mediationovereenkomst en het van toepassing verklaarde reglement. De mediator bespreekt de rol van partijen in mediation en gaat na of mediation voor de partijen een goede keus is. De vrijwilligheid, de motivatie van partijen (*committent*): actieve opstelling en werkelijke bereidheid tot het positief bijdragen aan mogelijke oplossingen) en de kosten komen in deze fase aan bod. De intakefase eindigt met het ondertekenen van een mediationovereenkomst.

Exploratiefase

Tijdens deze fase onderzoekt de mediator met partijen wat de inzet van de mediation is, wat de oorzaak is geweest van het niet zelf kunnen oplossen van de problemen en wat ieders belangen, zorgen en wensen zijn die achter de wederzijdse standpunten schuil gaan. Alle relevante feiten worden in deze fase verzameld. Er wordt gewerkt aan de verstoorde communicatie en aan het kunnen loslaten van opgelopen frustraties. In dit stadium moeten de achterliggende belangen helder worden. De gemeenschappelijke, verenigbare en tegengestelde belangen moeten duidelijk worden.

Deze fase is cruciaal voor het slagen van de mediation. Als partijen deze fase goed doorlopen zijn ze onderhandelbaar op basis van wederzijdse belangen en kan de mediator een terughoudende rol aannemen.

Onderhandelingsfase

In deze fase wordt gezocht naar een breed scala van oplossingsmogelijkheden. Er wordt gezocht naar een oplossing waar beide partijen achter staan en die beider belangen zoveel mogelijk dient.

Bij de onderhandelingen speelt de BAZO (beste alternatief zonder overeenkomst) van partijen een rol. Wanneer het alternatief een gerechtelijke procedure is, zal de partij het onderhandelingsresultaat vergelijken met de vermoedelijke uitkomst van een procedure, rekening houdend met de kans op succes en de kosten die daarmee gepaard gaan.

Afsluitende fase

Mediation kan worden beëindigd wanneer partijen algehele overeenstemming over alle geschilpunten bereiken, gedeeltelijke overeenstemming bereiken of geen overeenstemming bereiken.

De mediator zorgt ervoor dat de overeenstemming over concrete geschilpunten wordt neergelegd in een vaststellingsovereenkomst.

Kantelmoment

De opbouw van het mediationproces is niet willekeurig, maar berust op de uitkomst van onderzoek naar hoe mensen met conflicten omgaan en hoe geschillen zo effectief mogelijk kunnen worden opgelost. Het kantelmoment⁷⁵ is voor de mediation het belangrijkste moment. Op dat moment is er sprake van het samen willen oplossen. Er zijn drie kantelvragen⁷⁶:

- Liggen alle belangen op tafel?
- Is er bereidheid van beide partijen te onderhandelen ook in het belang van de ander?
Het is belangrijk over de belangen van elkaar te spreken, de wederzijdse belangen.
- Is de communicatie op een voldoende niveau dat partijen er goed over kunnen praten?
Is er een constructieve gesprekstoestand?

4.3 Mediator en partijen

De mediator is niet degene die de problemen van partijen gaat oplossen. Dat moeten partijen zelf doen. De mediator kan alleen een gunstig klimaat creëren, waarin partijen beter kunnen communiceren met elkaar en oplossingen op basis van belangen kunnen ontwikkelen.

De mediator in Nederland faciliteert. De eigen inzet van partijen is van essentiële betekenis voor het bereiken van een geslaagde mediation. De mediator begeleidt de dialoog, ondersteunt partijen, inventariseert probleemsituaties en mogelijke oplossingen daarvan.

Bij de relationele aspecten die aan bod komen bij een mediation speelt de mediator een rol in het neutraliseren en oplossen van de spanningen over en weer.

De mediator zal gedurende de mediation de techniek van het *heretiketteren*, ook wel *reframen* genoemd, toepassen. Datgene wat partijen naar voren brengen, wordt in een ander perspectief geplaatst, waardoor een nieuwe beleving van gebeurtenissen mogelijk kan worden en daarmee samenhangend een heroriëntatie op eerder genomen standpunten. Deze techniek voorkomt miscommunicatie.

Naast het heretiketteren kan de mediator de techniek van het gemeenschappelijk maken hanteren. Indien partijen beide tegengestelde verhalen hebben en frustraties over een weer uiten, kan door de interventie van de mediator een frustratie omgezet worden in een positief gezamenlijk probleem.

⁷⁵ De pijlen bovenaan in het cirkeldiagram in bijlage 3 verwijzen naar het kantelmoment.

⁷⁶ Deze kantelvragen komen aan de orde in de doorverwijzingscursus. Deze cursus is bestemd voor rechters en gerechtssecretarissen van alle gerechten in Nederland.

Een voorbeeld: A zegt: ‘B draait altijd zijn hoofd om als ik met een goed idee kom’. B antwoordt: ‘A steekt nooit de handen uit de mouwen en moet niet elke keer komen zeuren’. De mediator zou kunnen zeggen: ‘Hebben jullie er beiden behoefte aan, dat er serieus naar jullie wordt geluisterd?’⁷⁷.

Dat het in de exploratiefase draait om de (achterliggende) belangen werd eerder vermeld. In deze fase ligt de taak van de mediator in het bewegen van partijen hun verborgen motieven tegen elkaar uit te spreken, Dit wordt ook wel *kleur bekennen* genoemd in de mediationterminologie.

De mediator probeert partijen hun ingenomen standpunten te laten toelichten, meer te concretiseren en om begrip voor elkaars gedrag en gevoelens te respecteren. Ook door partijen te vragen in de huid van de ander te kan er begrip en respect worden gecreëerd voor elkaars belangen⁷⁸.

Voor de oplossingen voor de zakelijke aspecten van het conflict, geeft de mediator geen inhoudelijke adviezen.

In de onderhandelingsfase zullen partijen moeten nadenken over verschillende denkbare oplossingen, waarbij de haalbaarheid ervan in eerste instantie niet ter zake doet.

4.4 Harvard- methode

In mediation wordt de Harvard- onderhandelingsmethode gehanteerd. Deze methode is ontwikkeld aan de Amerikaanse universiteit Harvard en gebaseerd op een uitgebreide verzameling onderhandelingstechnieken die worden gebruikt in zakelijke en politieke conflicten⁷⁹.

In deze methode wordt er op basis van belangen onderhandeld en niet op basis van gelijk of ongelijk.

Zoals in hoofdstuk 2 al besproken werd, kunnen belangen worden getypeerd als behoeften, zorgen en wensen. Over belangen kan niet worden gediscussieerd in termen van gelijk of ongelijk, aangezien belangen in termen van behoeften, zorgen en wensen partijen niet kunnen worden ontzegd. Ze bestaan bij elke partij. Dat geeft de mogelijkheid om elkaars belangen te herkennen en erkennen⁸⁰.

⁷⁷ H.G. van der Werf, S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 73.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ R. Fisher, W. Ury, B.Patton, *Excellent onderhandelen. Een praktische gids voor het best mogelijke resultaat in iedere onderhandeling*, Amsterdam: Business Contact 2005.

⁸⁰ H.G. van der Werf, S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 46.

De Harvard- regels houden puntsgewijs het volgende in⁸¹:

- Scheid de mensen van de problemen;
- Zoek oplossingen op basis van belangen en niet op basis van posities;
- Zoek oplossingen in wederzijds belang;
- Oplossingen van tegengestelde belangen moeten worden getoetst aan objectieve maatstaven.

De onderlinge relatie tussen partijen staat in de Harvard- methode centraal. Van der Werf en Venhuizen brengen dat als volgt onder woorden: ‘met de erkenning dat de wederzijdse belangen een onderdeel van het probleem zijn, wordt voor het uiteindelijke lot van het geschil tussen partijen van essentiële betekenis geacht dat hun streven erop wordt gericht om deze relatie te ontdoen van brandhaarden en emoties en op basis van gemeenschappelijke winst te versterken’⁸².

Een heldere en doelmatige communicatie is noodzakelijk in het mediationproces. Redelijkheid vormt een van de speerpunten van de Harvard- methode.

Daarnaast zijn het zelf dragen van de verantwoordelijkheid voor de oplossing van het conflict en het bereiken van een win- win situatie (resultaat dat recht doet aan wederzijdse belangen) belangrijke waarden.

4.5 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk is mediation aan bod gekomen. Mediation is het door partijen zelf gezamenlijk oplossen van hun conflict(en) via bemiddeling door een onafhankelijke derde, de mediator. Mediation kenmerkt zich door vrijwilligheid, vertrouwelijkheid en het mediationproces. Voor mediation is de instemming van beide partijen vereist en een mediation wordt altijd in gezamenlijk overleg beëindigd.

Daarnaast is een mediation niet openbaar. Dit betekent dat er openheid van zaken kan worden gegeven en voorstellen besproken kunnen worden door partijen.

Een mediationproces is opgedeeld in verschillende fasen. Het proces is flexibel, omdat afhankelijk van de partijen en hun conflict elke fase korter of langer kan duren.

In Nederland kennen we de faciliterende mediator. De mediator geeft geen inhoudelijk commentaar op aspecten van het geschil, maar begeleidt de dialoog, ondersteunt partijen en inventariseert probleemsituaties en oplossingen daarvan. De mediator kan verschillende technieken hanteren bij de begeleiding en ondersteuning van partijen. Deze technieken zijn gericht op de belangen en de communicatie.

⁸¹ M. Pel, *Doorverwijzen naar Mediation*. Mediationreeks deel 3, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 29.

⁸² H.G. van der Werf, S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 47.

De Harvard-onderhandelingsmethode staat in mediation centraal. Deze methode gaat uit van onderhandelen op basis van belangen en niet in termen van gelijk of ongelijk. Deze onderhandelingsmethode komt tegemoet aan de kernwaarden van mediation, namelijk de oplossingsgerichtheid op basis van (achterliggende) belangen en het herstel van de communicatie tussen partijen. Deze kernwaarden zijn relevant wanneer we de civiele procedure vergelijken met mediation.

In hoofdstuk 5 zullen de kernverschillen tussen de civiele procedure en mediation worden besproken.

Deelconclusie: In mediation staat conflictoplossing door partijen zelf op basis van al hun belangen centraal.

Hoofdstuk 5 De kernverschillen tussen de civiele procedure en mediation

5.1 Inleiding

Een vergelijking tussen de behartiging van belangen tijdens een procedure bij de civiele rechter en conflictoplossing bij mediation vereist een analyse van de verschillen tussen de civiele procedure en mediation.

In hoofdstuk 3 hebben we gezien dat de basis van de gezochte oplossing voor de civiele procedure de rechtsregels zijn. De rechter is gebonden aan het recht, waardoor de belangenbehartiging wordt begrensd. Tevens is er een wil van de rechter nodig om tijd en energie in de belangenbehartiging gedurende de juridische procedure te steken.

In hoofdstuk 4 is het fenomeen mediation aan bod gekomen. De kernwaarden van mediation zijn de oplossingsgerichtheid op basis van (achterliggende) belangen en herstel van de communicatie.

In dit hoofdstuk worden de kernverschillen tussen de civiele procedure en mediation besproken. Er wordt allereerst aandacht geschonken aan de feiten in de civiele procedure en in mediation. Daarna wordt het verschil tussen schikken en mediation beschreven.

Tot slot zal de visie van Vranken aan de orde komen. Door het verschijnen van het Algemeen deel, Een vervolg, in de Asserserie 2005, is de discussie over recht, mediation en belangen verder aangewakkerd.

5.2 Verschillen

Pel beschreef in 2001⁸³ over de relevantie van feiten in de civiele procedure en in mediation. Deze inzichten vormen mijn leidraad in deze paragraaf.

In onderstaand schema zijn de kernverschillen tussen de civiele procedure en mediation opgenomen.

⁸³ M.Pel, 'Feiten zijn feiten? Relevantie van feiten in mediation en in de civiele procedure', *Jaarboek BW-krant*, Leiden 2001.

Civiele procedure	Mediation
De rechter beslist	Partijen beslissen zelf
op basis van juridische standpunten vertaald in vordering en verweer, ondersteund door de rechtens relevante feiten	op basis van hun belangen en de feiten die zijzelf belangrijk vinden
binnen een juridische context en op grond van juridische maatstaven.	binnen de maatschappelijke en eventueel juridische context, zonodig op basis van objectieve maatstaven, met inbegrip van juridische maatstaven.

Tabel 2. De kernverschillen tussen de civiele procedure en mediation

De taak van de rechter is voornamelijk beslissen. Mediators hebben tot taak de partijen ‘onderhandelbaar’ te maken, waarna partijen zelf kunnen onderhandelen en beslissen. Het proces is gericht op overeenstemming tussen partijen. De mediator bewaakt het proces, maar blijft af van de inhoud. Echter, de rechter richt zich juist wel op de inhoud.

We kunnen concluderen dat een rechter gezag heeft en zich richt op de inhoud. Tevens loopt de communicatie tussen de rechter en partijen verticaal.

De mediator daarentegen is een informeel gezag en richt zich niet op de inhoud. De communicatie tussen de mediator en partijen verloopt dan ook horizontaal (Pel 2006).

Het verschil tussen schikken en mediation komt overigens later in dit hoofdstuk aan bod bij paragraaf 5.3.

De oplossing in een mediation wordt gezocht op basis van (achterliggende) belangen van betrokkenen. Bij de overheidsrechtspraak is dat op basis van het juridisch gelijk (standpunten). In hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.4 werd al aangekaart dat het verschil tussen een (juridisch) standpunt en een achterliggend belang niet altijd zichtbaar is. Een standpunt is een zelfgekozen oplossing voor een onderliggend probleem. In de juridische procedure vertaald in vordering en verweer.

5.2.1 Feiten in de procedure

In hoofdstuk 3 hebben we gezien dat het in de civiele procedure draait om rechtsregels. Volgens Pel zet elke partij met behulp van een raadsman of – vrouw het onderliggende conflict tussen partijen met omzetting van het eigen oorspronkelijke belang om in een juridische vordering of verweer. We kunnen stellen dat een vordering in rechte (waarin alleen de rechtens relevante feiten ter zake doen) een of meer op het eigen belang gerichte oplossingen voor het conflict bevatten.

Van der Werf en Venhuizen stellen dat elk van de partijen uit is op winnen. Partijen graven zich steeds dieper in hun stellingen en willen de gegevens naar hun hand zetten. Dit verhoogt het escalerende effect⁸⁴.

De vordering zal aangepast worden aan de feiten of andersom: de feiten aan een van tevoren geformuleerde vordering. Het gevolg hiervan is dat partijen in het verleden moeten graven, en daarbij in hun rechtsstrijd voor de rechterlijke beslissing relevante argumenten en feiten moeten aanvoeren, die tot verdere verharding van de standpunten leiden, maar die voor het eigenlijke conflict helemaal niet altijd van belang zijn.

Het is de vraag of de informatie-uitwisseling over en weer berust op waarheden en of er geen gegevens die de positie van een partij kunnen verzwakken worden achtergehouden. Er moeten immers standpunten aangevoerd worden die een partij kan laten 'winnen'.

We zeggen dat in een juridische procedure het verhaal van partijen door twee externe personen worden beïnvloed. Eerst wordt het verhaal door de ogen van een advocaat bekeken en daarna door de ogen van de rechter. De rol van de advocaat is niet onbelangrijk. De advocaat fungeert als filter en adviseur. Hij helpt partijen aan het onteigenen van het probleem⁸⁵. Dat aspect laat ik verder buiten beschouwing in dit onderzoek.

De rechter zal door middel van het vragen van nadere inlichtingen, het geven van bewijsopdrachten, deskundigenonderzoek te gelasten of door uitleg van de inhoud van stukken proberen een juist beeld te vormen.

Alleen de rechtens relevante feiten doen in de juridische procedure ter zake voor de beslissing, waardoor emoties worden genegeerd. Omdat de procedure structureel is ingericht om uiteindelijk een winnaar en een verliezer te kunnen aanwijzen en partijen hun eigen belang zullen nastreven, gaan partijen strategisch handelen. Feiten die cruciaal zijn voor de beslissing worden soms uit strategisch oogpunt betwist of achtergehouden. De relevante feiten liggen in het verleden en moeten bij betwisting worden bewezen met als gevolg een steeds hoger wordend escalerend gehalte van het conflict.

⁸⁴ H.G. van der Werf, S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 28.

⁸⁵ J.F. Bruinsma, R. Welbergen, J. Smith, *De Hoge Raad van onderen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

5.2.2 Feiten in de mediation

Ten eerste besteedt de mediator veel aandacht aan het *herstel van de verstoorde communicatie* tussen partijen en daarmee aan de achterliggende emoties en verstoorde relaties, wanneer die emoties en verstoorde relaties een oplossing in de weg staan. Doordat partijen zelf in mediation een oplossing zoeken is communicatie van wezenlijk belang. Het gaat niet alleen om de vraag wat partijen verdeeld houdt, maar ook om de vraag: wat maakt dat partijen er niet uitkomen? Deze laatste vraag vormt het cruciale punt van verschil in de methode die de rechter hanteert en de methode die de mediator hanteert (Pel 2006).

We zien hier wederom de samenhang met de samenvatting over de aard en het ontstaan van conflicten in hoofdstuk 2, paragraaf 2.4. Daar zagen we dat er bij conflicten naast een inhoudelijk meningsverschil er meestal ook sprake van een communicatieprobleem en van heftige emoties is. Aangezien conflicten meestal niet door inhoud ontstaan maar door de bijkomende persoonlijke interventies of interpretaties en in het bijzonder door miscommunicatie betekent dit dat puur inhoudelijke beslissingen meestal geen einde maken aan een conflict en wel aan een verschil van mening.

Om een conflict te kunnen oplossen moet er dus aandacht worden besteed aan de onderliggende gevoelens en de reden waarom partijen het niet eerder met elkaar konden oplossen. De mediator zet specifieke vaardigheden in om dat mogelijk te maken.

Ten tweede wordt er in een mediation gebruik gemaakt van de Harvard-onderhandelingsmethode. Zie daarvoor hoofdstuk 4, paragraaf 4.4. Na het herstel van de communicatie wordt de inhoud van belang en gaan de belangen een rol spelen. Er wordt op basis van *belangen* onderhandeld en niet op basis van het krijgen van gelijk of ongelijk.

Een groot verschil met de civiele procedure is dat alle feiten in een mediation relevant zijn en er plaats is voor emoties. Elke partij krijgt de gelegenheid zijn eigen verhaal te doen. Tijdens de mediation ontstaat er een nieuw gezamenlijk verhaal, waardoor partijen zelf de relevantie van feiten bepalen. Bij een mediation gaat het in tegenstelling tot een juridische procedure om een toekomstgerichte oplossing, waardoor feiten uit het verleden een ondergeschikte of zelfs geen rol zullen spelen.

Schematisch kan bovenstaande in onderstaande tabel worden samengevat⁸⁶:

Procederen	Mediation
Relevantie feiten bepaald door vordering en verweer binnen de relevante rechtsregels.	Relevantie feiten bepaald door partijen.
Partijen streven eigenbelang na.	Partijen streven ook eigenbelang na, maar zij stemmen van tevoren in met het zoeken naar een oplossing in wederzijds belang.
Rechtens relevante feiten liggen in het verleden.	Voor de oplossing relevante feiten liggen grotendeels in heden of toekomst. Feiten zijn soms nodig voor het opheffen van misverstanden en herstel van communicatie.
Relevante feiten moeten vaststaan en bij betwisting bewezen worden.	Feiten kunnen in het midden blijven.

Tabel 3. Verschillen tussen procederen en mediation

5.3 Schikken versus mediation

Op het eerste gezicht lijkt schikken bij de rechter overeen te komen met mediation. Dit is niet het geval. Mediation onderscheidt zich van schikken door een aantal kenmerken. In deze paragraaf worden de verschillen stapsgewijs weergegeven.

Allereerst draait mediation om de (achterliggende) belangen van beide partijen. In een mediation is het de taak van de mediator om partijen zover te brengen dat ze anders met elkaar gaan communiceren. De mediator is gericht op het veranderen van communicatie tussen partijen, zodat zij elkaars emoties en belangen gaan herkennen en erkennen en vervolgens een inhoudelijke oplossing op basis van belangen kunnen zoeken⁸⁷.

De schikkende rechter daarentegen is gericht op een oplossing binnen een juridische inkadering. Bij een gerechtelijke schikking dient de juridische houdbaarheid van de standpunten van partijen, evenals processuele aspecten zoals kansrijkheid, bewijsvoering en de tijdsduur, dikwijls als maatstaf voor het vinden van een oplossing⁸⁸.

⁸⁶ M.Pel, 'Feiten zijn feiten? Relevantie van feiten in mediation en in de civiele procedure', *Jaarboek BW-krant*, Leiden 2001

⁸⁷ H.G. van der Werf, S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 31.

⁸⁸ L. Combrink-Kuiters, E. Niemeijer, M. Ter Voert. *Ruimte voor mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand*. WODC- reeks Onderzoek en beleid, nr. 210. Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 24.

In een comparitie blijft de plicht van de rechter waarheidsvinding en toepassing van het geldende recht. De rechter zal niet gericht zijn op een veranderingsproces in de communicatie tussen partijen of een oplossing op basis van niet- juridische belangen.

Een mediation wordt door partijen vrijwillig aangegaan en is vertrouwelijk. Die vertrouwelijkheid zorgt ervoor dat partijen het achterste van hun tong kunnen laten zien. In tegenstelling tot mediation is een van de partijen niet vrijwillig bij een gerechtelijke procedure betrokken en is de vertrouwelijkheid niet van toepassing in een procedure bij de rechter. Dat betekent dat het voor partijen gevaarlijk kan zijn om het achterste van de tong te laten zien, in het bijzonder als het accepteren van een bepaald aanbod of ingaan op een compromisvoorstel impliciet de juridische stellingname ondermijnt en daarmee de juridische positie kan aantasten⁸⁹.

Een mediator is procesbegeleider en stuurt niet op de inhoud van het conflict.

De schikkingsonderhandelingen gaan uit van de rechtsposities van partijen en de vermoedelijke uitkomst van de procedure. Dat kan betekenen dat de rechter niet meer neutraal is⁹⁰. Hij heeft zich een beeld gevormd van de houdbaarheid van de juridische standpunten en zal de informatie die hij verder van partijen krijgt ook in dat kader plaatsen als ze niet schikken.

Indien de rechter een voorschot geeft op de vermoedelijke uitkomst van de procedure kan dat positief worden ervaren. Mensen kunnen dat ervaren als houvast of een goede basis. Pel spreekt in die trant over ‘bemiddelen met gezag’⁹¹.

Uit het woord ‘gezag’ blijkt naar mijn mening dat een voorzet van de gezaghebbende rechter ook dwingend opgevat zou kunnen worden. Als de rechter zegt dat het zo zit, moeten we hem volgen in zijn redenering, zullen veel partijen denken. Indien de rechter een voorlopig oordeel geeft over (een deel van) het gevraagde en over de kansen van partijen in de procedure, hangt het van de manier van brengen af hoe partijen dat zullen ervaren.

Een mediator kan afzonderlijk met één partij overleggen buiten aanwezigheid van de andere partij. Overigens zal de mediator nooit één partij apart nemen, maar altijd ook de andere partij vervolgens apart nemen. Dit overleg heet in het mediationjargon caucus. Het afzonderlijke gesprek, caucus, wordt ingezet voor twee verschillende doelen, namelijk het vlot trekken van de communicatie en het doorbreken of voorkomen van impasses bij onderhandelingen⁹².

De rechter heeft echter geen mogelijkheid een afzonderlijk gesprek met een van de partijen te voeren. Dat zou immers worden gezien als een schending van het procesrecht.

⁸⁹ M. Pel, *Doorverwijzen naar Mediation*. Mediationreeks deel 3, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 70.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Idem.

⁹² Idem, p. 24.

Tot slot, indien er een minnelijke schikking tot stand komt, is de zaak afgedaan. Indien de schikking mislukt, wordt de gewone gerechtelijke procedure voortgezet en moet de rechter een bindende uitspraak doen. Maar de mediator kan niet zoals de rechter bij wie een schikking mislukt, partijen een beslissing opleggen⁹³.

5.4 Visie van Vranken

In het boek van Asser, Vranken, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel, Een vervolg*, wordt aandacht besteed aan mediation.

Volgens Vranken doet overheidsrechtspraak in niets onder voor mediation. Er wordt naar zijn mening teveel in tegenstellingen gedacht. Wat is bij de een beter en wat bij de ander creëert een of-of denken. Volgens Vranken zijn overheidsrechtspraak en mediation complementair. Opvallend is dat Vranken zegt dat hij beide methoden van geschilafdoening even goed vindt en niet in tegenstellingen wil denken. Maar vervolgens staan er in zijn boek wel degelijk tegenstellingen en wordt mediation uiteindelijk als minder goed getypeerd.

Vranken sprak in december 2005 de volgende woorden: ‘de openheid voor alle mogelijke omstandigheden en belangen, en een zekere zorgplicht ten opzichte van de belangen van de ander, wordt verminkt indien men het verschil tussen overheidsrechtspraak en mediation typeert in termen van juridische posities tegenover belangen’.

‘De omstandigheden van het concrete geval en de persoonlijke en maatschappelijke belangen zijn in de afgelopen jaren tot de meest wezenlijke beoordelingsinstrumenten uitgegroeid in het vermogensrecht. Van toetsingsdenken zijn we naar belangenafweging gegaan. Daar hebben de open normen aan bijgedragen en de toetssteen redelijkheid en billijkheid’. ‘Daar komt bij dat het niet gaat om de een en om de ander, maar om wederzijdsheid. Iedereen dient rekening te houden met de belangen van een ander’.

Vranken erkent dat er gezichtspunten, feiten, aspecten en belangen in een conflict bij een juridische beoordeling buiten de boot vallen in ons rechtsstelsel van nu. Hij zoekt de verklaring in de dubbele vertaalslag die men moet maken. De eerste vertaalslag is de vertaalslag van het concrete geval (het verhaal van de burger) naar het abstracte begrip of leerstuk. Van daaruit maakt men weer een vertaalslag terug naar het concrete geval, voor zover de feiten onder het begrip of leerstuk kunnen worden geplaatst. Dit wordt ook wel aangeduid met de term: reductie van de complexiteit.

⁹³ L. Combrink-Kuiters, E. Niemeijer, M. Ter Voert. *Ruimte voor mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand*. WODC- reeks Onderzoek en beleid, Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 25.

Vranken erkent dat emoties en gevoelens grotendeels buiten beschouwing blijven in overheidsrechtspraak. In zijn visie hoeven die emoties ook niet altijd op tafel te komen, aangezien emoties de oorzaak kunnen zijn van manipulatie en emotionele chantage. Daarnaast erkent hij dat het moeten instellen van een vordering een tweede beperking van de overheidsrechtspraak is. Niet alles wat men wil kan ondergebracht worden in een vordering. In mediation kent men geen enkel onderscheidend criterium volgens Vranken. Alle belangen zijn relevant. Hoofd- en bijzaken lopen in elkaar over. Vranken ziet helaas niet in dat de kern van mediation er juist in ligt dat partijen zelf die hoofd- en bijzaken bepalen en onderscheiden en niet een derde.

5.4.1 Tunneldenken

‘In iedere wetenschap is tot op zekere hoogte sprake van een tunnelvisie. De waarneming en betekenisverlening van feiten, handelingen en gebeurtenissen geschieden altijd vanuit een in de desbetreffende wetenschap gangbaar of bepleit interpretatiekader. Dit kan leiden tot beperkingen en tot een reductie van de werkelijkheid’⁹⁴.

Vranken beschrijft in zijn boek zeven kenmerken die de omgang van juristen met het burgerlijk omschrijven. De punten 2, 3 en 5 zijn al eerder beschreven in het onderzoek. De omvang laat het niet toe op al deze zeven kenmerken uitgebreid in te gaan. Daarom worden ze hieronder even kort genoemd. Voor het overige verwijs ik naar het boek.

1. Casusgerichtheid

Een jurist focust op concrete gevallen.

2. Nadruk op het verleden

Het gaat in het recht om gevallen die in het verleden hebben afgespeeld

3. Oplossingen van casus en problemen worden veelal gepresenteerd in het resultaat van rechtsregels, precedenten en overeenkomsten.

De jurist denkt en argumenteert meteen in juridische termen in plaats van zich de vraag te stellen: waar gaat het eigenlijk om?

4. Het ontbreken van een deugdelijke feitelijke grondslag

Argumenten die zijn verwerkt in een uitspraak zijn niet altijd te staven met feitelijke gegevens.

5. Afstandelijkheid

De taal van de jurist weerspiegelt de manier waarop hij met het recht omgaat. De dubbele vertaalslag van juristen, die al eerder in paragraaf 5.4 genoemd werd, zorgt ervoor dat emoties en gevoelens in juridische rationalisaties worden gestold. Het gevolg is een vervreemding, afstandelijkheid.

⁹⁴ C. Asser, J.B.M. Vranken, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel, Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, p. 123.

6. Wetgeving- Rechtspraak

Denken in het burgerlijk recht zit gevangen in het schema wetgeving-rechtspraak, en dat met behulp hiervan aan de intrinsieke veranderlijkheid van het recht niet voldoende tegemoetgekomen kan worden. Stilzwijgend wordt ervan uitgegaan dat wetgeving en rechtspraak de enige rechtsvormers zijn in het burgerlijk recht.

7. Verwijzen naar omstandigheden

Door het verwijzen naar omstandigheden is er een eenwording van feiten en normen, dat er in besloten ligt. De te beoordelen feiten zijn deel gaan uitmaken van de norm aan de hand waarvan ze beoordeeld worden, waardoor er rechtsonzekerheid kan ontstaan.

In hoofdstuk 8 van zijn boek bespreekt Vranken mediation. Volgens hem ontbreken de volgende bovengenoemde kenmerken van het burgerlijk recht bij mediation: 2, 3, 4, 5 en 6. Mediation gaat uit van conflicten die voor betrokkenen onderhandelbaar zijn. Dat is volgens Vranken een interpretatie van de werkelijkheid. Mediation is naar zijn mening net zo klassiek als de gangbare benadering, waarin de casusgerichtheid en omstandigheden van het geval ook overheersend zijn⁹⁵.

Vranken onderscheidt zes elementen die de tunnelvisie van mediation vormen⁹⁶.

Ten eerste: wanneer is sprake van een onderhandelbaar belangenconflict, en hoe en door wie wordt dat bepaald?

In mediation hangt het van betrokkenen zelf af of zij hun onvrede als een onderhandelbaar belangenconflict benoemen. De inzet van beide partijen is noodzakelijk, in tegenstelling tot het civiele recht waar de inzet eenzijdig kan zijn. Beslissend zijn volgens Vranken ‘de eigen, persoonlijke, zeer uiteenlopende overwegingen om te streven naar een gezamenlijke oplossing’. Dit maakt het volgens hem moeilijk om vooraf te bepalen of een conflict geschikt is voor mediation. Wat als de belangen uitlopen? Een dwingend voorgeschreven mediation en het op straffe van sancties serieus overwegen voor bepaalde gevallen is een mogelijkheid in de visie van Vranken.

⁹⁵ C. Asser, J.B.M. Vranken, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel, Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, p. 131.

⁹⁶ Idem, p.131-137.

Kritische noot eerste element:

Vranken vergeet hier dat een van de kenmerken van mediation de vrijwilligheid is. Daar komt bij dat het win-win resultaat van een mediation juist schuilt in het gezamenlijk oplossen van het conflict. Indien partijen de uitkomst zelf creëren is de acceptatie van de uitkomst ook groter. In een mediation staan de belangen van beide partijen voorop. Het principe van mediation is juist het zoeken van een oplossing in de wederzijdse belangen.

Indien je een mediation verplicht zou gaan stellen, zoals Vranken oppert, zal je het hele basisprincipe van mediation teniet doen.

Wat heb je immers aan mediation waarin partijen lijnrecht tegenover elkaar staan en niet de wil hebben gezamenlijk tot een oplossing van het conflict te komen?

Ten tweede: de basisbeginselen van mediation komen niet altijd tegemoet aan de beleving van het conflict door de betrokkenen of aan hun wensen.

‘Zonder interpretatieschema is een conflict niet als zodanig benoembaar, laat staan dat men de oplossingsrichting zou weten’.

‘Met het concept van mediation als onderhandelingsproces wordt op een bepaalde manier een opening gemaakt, zoals de overheidsrechtspraak dat ook doet. Maar met die opening is tegelijk de reductie van de werkelijkheid gegeven’. Zowel overheidsrechtspraak en mediation zijn nog niet af. De basisprincipes van mediation vragen net als de regels en beginselen van het bestaande recht voortdurend uitleg, beperking, uitbereiding, aanpassing en toespitsing.

Kritische noot tweede element

Mediation richt zich op conflictoplossing. De wetenschap over conflicthantering is een belangrijk speerpunt van mediation. Mediation draagt bij aan effectieve conflictoplossing op maat. Het vormt een alternatief voor een gerechtelijke procedure of een extra service in een gerechtelijke procedure (doorverwijzen). Het fenomeen mediation heeft een plek in de Nederlandse samenleving verworven en ontwikkelt zich in theorie en praktijk in hoog tempo.

Ten derde: de manier waarop de hantering van de basisprincipes gestalte krijgt in individuele mediations.

Degenen die een conflict hebben zijn meestal niet (volledig) bekend met het fenomeen mediation. Hoe moeten partijen binnen dat kader opereren?

Vranken is van mening dat mediation uitgaat van een hooggestemd mensbeeld, aangezien er volgens hem gedurende een mediation veel van partijen wordt gevraagd. ‘Veel hangt van de mediator af. Hij moet ervoor zorgen dat betrokkenen volgens de regels van het spel in gelijke mate aan hun trekken komen’. De taak van de mediator is het op een lijn krijgen van mensen met verschillende karakters, opleidingen etcetera.

Ten vierde: betrokkenen zijn niet altijd volledig geïnformeerd of hebben de informatie niet altijd geheel tot zich genomen. Zij zijn niet altijd in staat hun eigen positie te doorgronden, laat staan ook nog die van de ander.

De mediator moet een rol vervullen in het laten innemen van een gelijke onderhandelingspositie van partijen.

Kritische noot derde en vierde element:

Vranken gaat uit van een laaggestemd mensbeeld. Hij doet voorkomen of mensen niet in staat zijn hun belangen te behartigen. Daarnaast lijkt het in zijn visie of mensen niet in staat zijn in geval van een conflict problemen op te lossen. Ook zonder mediation worden er in het dagelijkse leven conflicten opgelost. De mens is wel in staat beslissingen in eigen leven te maken. Uiteraard zijn hierop uitzonderingen, maar deze vormen niet de regel.

Ten vijfde: mediation is gericht op de échte belangen van partijen.

Volgens Vranken staan juridische posities en belangen niet lijnrecht tegenover elkaar. De overheidsrechtspraak gaat volgens hem steeds vaker over een belangenafweging. Hij verwijst hier naar het invullen van open normen.

In een mediation moet toch ook een onderscheid worden gemaakt in belangen. Men mag er niet van uitgaan dat betrokkenen in de loop van het onderhandelingsproces zelf werkbare inzichten creëren over welke belangen er echt toe doen. Veel komt weer op de schouders van de mediator neer.

Kritische noot vijfde element:

Vranken heeft gelijk wanneer hij stelt dat er bij overheidsrechtspraak ook sprake is van een belangenafweging. Of de rechter daadwerkelijk aan de belangen tegemoet kan komen door middel van het invullen van open normen, is de vraag. In een procedure is het denken in belangen van secundair belang. De rechter bepaalt het gewicht van belangen. Procespartijen worden gedwongen in de procedure een positie in te nemen (vordering en verweer). Tevens dienen zij rechtens relevante belangen aan te voeren om in hun standpunten gelijk te krijgen. Vranken lijkt uit het oog dat voor een beoordeling van open normen bij de rechter alleen de feiten gericht op het verleden een rol spelen. Het gaat immers bij de rechter om feiten die spelen in het verleden en om de juridische posities van partijen in het verleden.

In mediation is het denken in belangen van primair belang. Partijen bepalen het gewicht van belangen zelf en scheiden hoofd- en bijzaken zelf. Er wordt gedacht in oplossingen. Mensen worden verantwoordelijk gemaakt voor hun eigen beslissingen.

Bij mediation gaat het om een toekomstgerichte oplossing. De belangenafweging dient tot oplossen van het conflict tussen partijen en een herstel van de relatie (met het oog op de toekomst).

Ten zesde: bij mediation ontbreekt de vergaande openbaarheid en is het debat op een heel andere manier gestructureerd.

‘In de rechtspraak en de literatuur vindt de discussie plaats over de interpretatie, beperking, uitbreiding, aanpassing of toespitsing van de regels en de beginselen van het bestaande recht, op basis waarvan de overheidsrechter geschillen beslecht’. Bij mediation is het circuit gesloten en het leerproces beperkt.

Kritische noot zesde element:

Hieruit blijkt dat Vranken een andere kijk op mediation heeft. Uit de hoek van mediation wordt dit anders beleefd.

5.5 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk zijn de kernverschillen tussen de civiele procedure en mediation aan bod gekomen.

Wat betreft de feiten in een civiele procedure kunnen we concluderen dat het om rechtsregels draait. Er zijn feiten, aspecten en belangen in een conflict die bij een juridische beoordeling buiten de boot vallen. De feiten moeten immers worden omgezet in een juridische vordering. De dubbele vertaalslag, die bij Vranken aan bod komt, is daar onder andere een oorzaak van.

We hebben tevens gezien dat de feiten in een juridische (civiele) procedure geënt zijn op het verleden. Dit zorgt ervoor dat partijen hun eigenbelang nastreven, dat leidt tot een verharding van het conflict.

Dat het in de juridische (civiele) procedure draait om de rechtens relevante feiten en belangen die de ingenomen posities ondersteunen, zagen we eerder in hoofdstuk 3.

Echter is de oplossingsgerichtheid bij mediation op basis van belangen en herstel van de communicatie. Na het herstel van de communicatie komen de belangen aan bod.

In mediation zijn alle feiten relevant en is er daarnaast plaats voor emoties. Oplossingen worden gezocht in wederzijds (gemeenschappelijk) belang.

Er zit een cruciaal verschil in de methode die de rechter hanteert en de methode die de mediator hanteert. Bij de rechter wordt niets gedaan aan het kernprobleem, bij een mediation wel.

Daarnaast gaat het bij mediation om de toekomst.

Naast bovenstaande vergelijkingen kwam schikken versus mediation ook ter sprake.

Concluderend komt het er op neer dat schikken bij de rechter plaatsvindt binnen een juridische inkadering. Toepassing van het geldende recht zal het onderliggende conflict tussen partijen niet echt op kunnen oplossen. De juridische rationalisaties belemmeren het oplossen van het échte conflict tussen partijen en daarmee samenhangend de behartiging van de achterliggende belangen ten zeerste.

Vranken geeft in de laatste paragraaf nog zeven kenmerken van de omgang van juristen met het burgerlijk recht. Enkele kenmerken daarvan kunnen we als negatief beschouwen voor de behartiging van de (achterliggende) belangen van partijen. Denk dan aan het gericht zijn op het verleden, het denken in juridische termen en de afstandelijkheid. Het zijn juist die kenmerken die in mediation buiten beschouwing worden gelaten.

Tot slot is naar voren gekomen dat Vranken evenzeer mediation een tunnelvisie toeschrijft. Vranken bekijkt overigens het fenomeen mediation ook vanuit zijn eigen wetenschap en interpretatiekader.

Deelconclusie: Rechters kunnen dikwijls het onderliggende conflict in een gerechtelijke procedure niet oplossen.

Hoofdstuk 6 Methodologie

6.1 Inleiding

In de vorige theoretische hoofdstukken zijn belangen, de juridische civiele procedure met het oog op belangen, mediation met het oog op belangen en de kernverschillen tussen de civiele procedure en mediation uiteengezet met behulp van een literatuurstudie.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het empirisch onderzoek dat heeft plaatsgevonden in de rechtbank en het gerechtshof te Arnhem.

Allereerst wordt kort beschreven waartoe het empirisch onderzoek heeft gediend. Daarna wordt beschreven hoe empirisch materiaal is verzameld door middel van observaties van comparities van partijen en door middel van ondervraging met een face- to- face, individueel interview. De geïnterviewden zijn rechters.

Aan het eind van dit hoofdstuk wordt ingegaan op het aantal observaties.

De onderzoeksmethoden zijn verrijkt met de theoretische bevindingen. In de observatielijst die voor het onderzoek gebruikt is, is de classificatie van belangen uit hoofdstuk 2 verwerkt en in de vragenlijst komen eveneens de theoretische vraagstukken terug.

6.2 Kwaliteit onderzoek

Ik ben mij ervan bewust dat op basis van het empirisch onderzoek beperkte conclusies getrokken kunnen worden. Daarvoor zijn de volgende redenen aan te geven:

- 1) Het empirisch onderzoek is met het oog op het tijdsaspect bij één arrondissement gehouden: rechtbank te Arnhem en het gerechtshof te Arnhem.
- 2) Het aantal observaties is enigszins beperkt gebleven.
- 3) Alleen de rechters zijn geïnterviewd en de procespartijen niet.

Er zou eventueel enige discussie kunnen ontstaan over het meten van belangen, aangezien dat subjectief zou kunnen zijn. Hier is op ingespeeld door de observatie van de comparitie van partijen in het interview met de rechter te verwerken.

Het empirisch onderzoek heeft als aanvulling op en ook als illustratie van de theoretische hoofdstukken gediend.

6.3 Onderzoeksprocedure en methoden.

Het kwalitatieve onderzoek bestaat uit drie gedeelten.

- 1) Het dossieronderzoek.
- 2) De observatie van de comparitie van partijen
- 3) De ondervraging door middel van een face- to- face, individueel interview.

Observatie is een techniek van datagenerering waarbij de onderzoeker op locatie waarnemingen verricht bij personen, situaties, voorwerpen of processen en zich laat sturen door een waarnemingsschema⁹⁷.

De techniek van ondervraging is in het kader van een onderzoek te omschrijven als een door de vraagstelling en operationalisering van kernbegrippen gestuurde activiteit, waarbij de onderzoeker door het aanbieden van stimuli, vragen in een vragenlijst, probeert bij zorgvuldig gekozen personen de gewenste informatie te krijgen⁹⁸.

Fase 1: Dossieronderzoek

Vooraf aan elke comparitie van partijen heeft de observant het dossier van de onderhavige civiele procedure doorgenomen. Aan de hand van deze eerste indruk kon er een globaal beeld gevormd worden van de belangen die in een civiele procedure speelden of zouden kunnen spelen.

Fase 2: Observatiemethode

Voor de observaties van de comparitie van partijen is gebruik gemaakt van een standaard observatielijst. In bijlage 4 is deze observatielijst opgenomen.

Er is gekozen voor een voorgestructureerde variant, ook wel systematische observatie, waarbij de waarnemingscategorieën van tevoren zodanig zijn uitgesplitst en omschreven. Hierdoor kan bij de waarneming worden volstaan met het plaatsen van kruisjes in de diverse categorieën.⁹⁹ De classificatie van de belangen uit hoofdstuk 2 is in de observatielijst verwerkt. De soorten belangen zijn voor iedere zaak aan de hand van de observaties uitgewerkt. De uitwerking van de verwevenheid van belangen was optioneel. In de uitwerking van het empirisch onderzoek worden deze laatstgenoemde categorieën alleen beschreven wanneer dat voor het onderzoek van belang is.

Fase 3: Interviewmethode door middel van ondervraging

Het face- to- face, individueel interview door middel van ondervraging met behulp van een vragenlijst, heeft na afloop van de observatie van de comparitie van partijen met de desbetreffende rechter plaatsgevonden.

Bij de interviewmethode is gebruik gemaakt van een standaardvragenlijst. De ondervraging is voorgestructureerd. Voor alle te ondervragen personen ligt vast wat gevraagd wordt, hoe er gevraagd wordt en wat de volgorde van de vragen is¹⁰⁰. In bijlage 5 is de vragenlijst opgenomen.

⁹⁷ P. Verschuren, H. Doorewaard, *het ontwerpen van een onderzoek*, Utrecht: Lemma B.V. 2003, p. 132.

⁹⁸ Idem, p. 129.

⁹⁹ Idem, p. 132.

¹⁰⁰ Idem, p. 129.

Het betreft open vragen, waardoor de ondervraagde helemaal vrij is in de wijze waarop hij of zij antwoord geeft¹⁰¹. De vragenlijst die voor het interview gebruikt is, is tegelijkertijd met de observatielijst samengesteld. Deze vragenlijst is mede ontwikkeld met behulp van vragen die bij de voorbereiding van de themamiddag van het Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak over de plaats van belangen in civiele procedures en in mediation zijn geformuleerd.

Om de rechter niet voor de comparitie van partijen te beïnvloeden zijn de bevindingen uit het dossieronderzoek niet vooraf aan de rechter verteld. Ook zijn de bevindingen van de observant tijdens de comparitie van partijen niet aan de rechter medegedeeld voordat het interview met de rechter heeft plaatsgevonden. Hierdoor wordt beïnvloeding van de rechter voorkomen en wordt de betrouwbaarheid van het onderzoek vergroot.

In de vragenlijst zit de observatielijst verwerkt (zie vraag 2 vragenlijst interview). De in de comparitie van partijen gevonden belangen werden in het interview meegenomen en nagelopen met de rechter in kwestie. De subjectiviteit van het meten van belangen werd daardoor beperkt. Aanvullingen van de rechter in kwestie op de door mij gevonden belangen in de comparitie van partijen werden eveneens in de observatielijst verwerkt.

6.4. Afbakening

Het onderzoek is gericht op de sector civiel, handelszaken, van de rechtbank Arnhem en het gerechtshof Arnhem.

Bij de selectie van zaken is niet gekeken naar de soort handelszaak. Tevens is er bij de rechtbank Arnhem niet op rechter geselecteerd.

Bij het gerechtshof Arnhem daarentegen is er wel op raadsheer geselecteerd met het oog op de ervaring van deze raadsheren met de comparitie van partijen na aanbrengen in hoger beroep.

6.5 Aantal observaties

Rechtbank Arnhem

Bij de rechtbank Arnhem zijn acht comparities van partijen geobserveerd. Eén observatie was een proefobservatie, daarna hebben er zeven observaties plaatsgevonden bij vijf verschillende rechters.

Gerechtshof Arnhem

Bij het gerechtshof Arnhem zijn vijf comparities van partijen geobserveerd. Het gerechtshof te Arnhem zit in de experimentfase wat betreft de comparitie na aanbrengen in hoger beroep. Het aantal verschillende raadsheren bij het gerechtshof Arnhem betreft twee.

¹⁰¹ P. Verschuren, H. Doorewaard, *het ontwerpen van een onderzoek*, Utrecht: Lemma B.V. 2003, p. 129.

Hoofdstuk 7 Observatieonderzoek belangen

7.1 Inleiding

In hoofdstuk 6 is de methodologie van het empirisch onderzoek besproken. In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op het observatieonderzoek, toegespitst op belangen, dat heeft plaatsgevonden tijdens twaalf comparities van partijen, in handelszaken, te Arnhem. In bijlage 4 is de observatielijst die bij het observatieonderzoek is gebruikt opgenomen. Deze observatielijst is geënt op de classificatie van belangen van Prein, genoemd in hoofdstuk 2.

In bijlage 5 staan de ingevulde observatielijsten per c.n.a. Elke c.n.a. heeft zijn eigen code. De codes die genoemd worden in hoofdstuk 7 corresponderen met de codes in bijlage 5.

In dit hoofdstuk treft u de meest opvallende resultaten van de observaties aan, waarbij een scheiding is gemaakt tussen de observaties bij de rechtbank Arnhem en die bij het gerechtshof Arnhem. De civiele handelszaken die in hoofdstuk 7 onder het kopje casus (geanonimiseerd) beschreven staan berusten op de werkelijkheid. Deze zaken waren onderdeel van het observatieonderzoek en zijn eveneens terug te vinden in bijlage 5.

Met rechter wordt bedoeld: rechter in de rechtbank Arnhem en raadsheer in het gerechtshof Arnhem, tenzij anders is aangegeven.

Een eerste algemene opmerking: gedurende de observaties van de comparities van partijen werd duidelijk dat procespartijen vaak hun gevoel verwoorden op de zitting. Gevoelens zijn alleen geen belangen. Bij belangen gaat het om de vraag: waar gaat het iemand om? Wat zit er achter dat gevoel?

7.2 Observatieonderzoek rechtbank Arnhem

In zeven handelszaken heb ik bij de rechtbank Arnhem een comparitie na antwoord (verder c.n.a.) geobserveerd. In geen van deze zaken bij de rechtbank is er in de c.n.a. een schikking tot stand gekomen, dus deze zaken zijn uiteindelijk door een vonnis afgedaan. Dit betrof zeven zaken van vijf verschillende rechters.

Twee verschillende rechters hebben mediation aan de orde gesteld, maar in deze zaken heeft geen doorverwijzing naar mediation plaatsgevonden.

7.2.1 Classificatie van belangen¹⁰²

De belangen die speelden bij procespartijen in handelszaken, bij de rechtbank, zijn als volgt in onderstaande tabel samengevat¹⁰³:

¹⁰² De codes onder de tabel verwijzen naar de c.n.a. waarin het genoemde belang een rol speelde (de codes zijn te vinden in bijlage 5).

¹⁰³ Deze opsomming van belangen is waarschijnlijk niet compleet. Er kunnen nog meer belangen hebben gespeeld bij de procespartijen die niet duidelijk naar voren zijn gekomen gedurende de c.n.a.

Classificatie van belangen		
<i>Inhoudelijke belangen</i>	<i>Procedurele belangen</i>	<i>Psychologische belangen</i>
1) Betaling geldsom, of andere financiële genoegdoening		4) Rechtvaardigheid
2) Herstel relatie tussen procespartijen met het oog op winstpotentie		5) Erkenning
3) Vertragen van de zaak indien er financiële problemen bij procespartij zijn.		6) Keuzevrijheid
		7) Behoud van goede reputatie
		8) Herstel respect/ Met respect behandeld willen worden
		9) Macht
		10) Ongedaan maken gekrenkte trots
		11) Herstel relatie (oplossen conflict)
		12) Onafhankelijkheid
		13) Zeggenschap

Tabel 4. Belangen in handelszaken rechtbank Arnhem

- 1) in alle zaken bij de rechtbank speelde dit belang (RB01 t/m RB07).
- 2) RB06
- 3) RB01
- 4) RB03
- 5) RB01, RB02, RB07
- 6) RB05
- 7) RB01, RB03, RB05
- 8) RB02, RB03, RB05
- 9) RB 01, RB05
- 10) RB01, RB03, RB05
- 11) RB06
- 12) RB05
- 13) RB05

7.2.2 Observatieresultaten rechtbank Arnhem

7.2.2.1 Inhoudelijk, Procedureel, Psychologisch.

In alle handelszaken bij de rechtbank zien we een inhoudelijk financieel belang, namelijk de betaling van een geldsom, of andere financiële genoegdoening. Zowel bij eiser als verweerder is dat het geval. Het financieel inhoudelijke belang kan overigens worden beperkt indien een procespartij een verzekering heeft. Dat is meestal bij ondernemers het geval ('repeat players'). Procedurele belangen lijken in eerste aanleg niet of weinig te spelen in eerste aanleg.

Bij de handelszaken in eerste aanleg zijn geen schikkingen getroffen.

Op een handelszaak¹⁰⁴ na bleek er in elke handelszaak naast een inhoudelijk financieel belang minstens een psychologisch belang te spelen. We zien hier de samenhang met hoofdstuk 2, paragraaf 2.4, een conflict zonder psychologisch belang is geen conflict, maar een inhoudelijk meningsverschil.

Regelmatig zien we in handelszaken, waarin een ondernemer betrokken is, een psychologisch belang dat te maken heeft met het beroep van de procespartij, namelijk het behoud van een goede reputatie. Hiermee hangt samen de ongedaanmaking van gekrenkte trots. Ook zien we in handelsrelaties dikwijls het belang met respect behandeld willen worden en erkenning willen krijgen.

Toegeschreven belangen

Er zit een verschil in de belangen die de procespartijen zelf hebben en belangen die de rechter ziet bij de procespartijen. De rechter schrijft regelmatig het belang: beperken van financiële verliezen, toe aan procespartijen, wanneer hij een schikkingspoging onderneemt. Uit het observatieonderzoek blijkt dat het toegeschreven belang van de rechter niet altijd het (achterliggende) belang van de procespartijen hoeft te zijn.

7.2.2.2 Gemeenschappelijk, Verenigbaar, Tegengesteld.

De gemeenschappelijke belangen die spelen in een handelszaak zijn onder andere herstel van de goede relatie tussen procespartijen¹⁰⁵ afhankelijkheid van beide procespartijen ten opzichte van een derde handelspartij¹⁰⁶ en het beperken van financiële verliezen (inhoudelijk belang, te weten: geld).

Gemeenschappelijke belangen zoals herstel van een relatie, wegen niet altijd zwaar in een procedure. Een reden daarvoor zou kunnen zijn dat partijen niet meer met elkaar verder hoeven en/of willen in de toekomst of een the hoge escalatie van het conflict.

¹⁰⁴ code zaak RB04 (bijlage 5)

¹⁰⁵ code zaak RB06 (bijlage 5)

¹⁰⁶ code zaak RB05 (bijlage 5)

Belangen lijken soms op het eerste gezicht voor de rechter verenigbaar, maar dat blijkt in de praktijk niet altijd zo te zijn. De achterliggende belangen kunnen juist een schikking tussen procespartijen in de weg staan. Zie hiervoor het voorbeeld dat genoemd staat onder het kopje Mediation, paragraaf 7.2.2.3.

In de praktijk zien we tevens dat procespartijen af en toe lijken te vergeten dat er niet meer tegemoet kan worden gekomen aan het inhoudelijk financieel belang dat wordt gevorderd¹⁰⁷. We zien dit bijvoorbeeld wanneer de procedure draait om een stuk land dat geleverd zou moeten worden aan eiser, maar gedaagde niet meer kan leveren, omdat het land al aan een derde te goeder trouw geleverd is. Indien procespartijen, in het bijzonder eiser, in dat geval zouden kunnen inzien dat er niet meer aan het belang, leveren van het land, tegemoet gekomen kan worden, zou niets meer een schikking in de weg kunnen staan. Dat inzicht ontbreekt dikwijls, aangezien partijen zich in een juridische procedure vastbijten in hun standpunten en het eigenbelang nastreven. In de hoofdstukken 3 en 5 is dat aan bod gekomen.

Regelmatig zien we dat een van de zakelijke procespartijen een vonnis wil met het oog op precedentwerking (verzekeringsmaatschappij). Dit zien we ook wanneer een procespartij een verzekering heeft en deze partij na een veroordelend vonnis een beroep kan doen op een uitkering van de verzekeringsmaatschappij. Bij een schikking zal de verzekering dan niet uitkeren.

Casus congruentie¹⁰⁸

Het observatieonderzoek heeft laten zien dat belangen niet altijd congruent hoeven te zijn. Zowel eiser als verweerder kan een inhoudelijk belang hebben. Toch hoeven die inhoudelijke belangen niet met elkaar te stroken. De classificatie van belangen zegt niets over de inhoud van belangen.

Dat belangen niet altijd met elkaar te maken hoeven te hebben schetst onderstaande casus.

Eiser heeft met verweerder (verzekeringsmaatschappij) telefonisch een autoverzekering afgesloten. De auto van eiser wordt gestolen. Verweerder weigert te betalen met een beroep op een clause waarin staat dat de auto van eiser aan een bepaald alarmsysteem moet voldoen. Deze clause werd overigens pas na het sluiten van de overeenkomst van verweerder met eiser ingevoerd.

De auto van eiser voldeed niet aan de in deze clause opgenomen voorwaarde, waardoor verweerder zich op het standpunt stelt dat hij niet hoeft te betalen. Eiser betwist dat de clause deel uit maakt van de overeenkomst met verweerder. Volgens verweerder hebben alle verzekeringnemers deze overeenkomst met clause op schrift ontvangen.

¹⁰⁷ code zaak RB02 (bijlage 5)

¹⁰⁸ code zaak RB04 (bijlage 5)

Ter comparitie komt de werkwijze van verweerder aan bod. Het wordt duidelijk dat het vullen van enveloppen met informatie, waarvan de Algemene Voorwaarden en dus ook de clausule deel van uitmaken, geautomatiseerd is. Of de clausule daadwerkelijk bij eiser terecht is gekomen is moeilijk bewijsbaar, aangezien de computer de enveloppen vult.

De belangen van eiser en verweerder hebben niets met elkaar te maken. Eiser wil alleen geld zien voor de gestolen auto. De verweerder wil aantonen dat zijn manier van werken correct is. De werkwijze van verweerder doet er voor eiser totaal niet toe.

Belangen hoeven niets met elkaar te maken te hebben. De classificatie van belangen zegt nog niets over de inhoud van belangen. In dit soort zaken zien we dat een zakelijke procespartij (verweerder in casu) een vonnis vraagt om te weten hoe rechter tegen de kwesties aankijkt (precedentwerking). Indien namelijk de rechter eiser gelijk zal geven, moet verweerder noodgedwongen zijn werkwijze ten aanzien van het afsluiten van (telefonische) verzekeringen veranderen.

7.2.2.3 *Mediation*

Bij één handelszaak deed een advocaat van eiser meermalen een beroep op mediation¹⁰⁹.

De rechter vond de feiten in deze zaak niet duidelijk, omdat er ook een derde partij betrokken was die geen procespartij was in de procedure. Voor de rechter was dat een reden niet door te verwijzen naar mediation. Tevens speelde de advocaat van de wederpartij hierin een rol, aangezien die niet verder op de mediation in ging. Hierin werd de rol van de rechter heel duidelijk ten opzichte van een eventuele doorverwijzing naar mediation. Indien de rechter niet ingaat op een voorzet van de advocaat, zal er ook geen doorverwijzing volgen.

In deze zaak zijn de motieven die de rechter aangaf om niet door te verwijzen naar mediation de motieven pro mediation. Een keuzemotief vóór mediation is juist de betrokkenheid van meer partijen dan procespartijen in een conflict.

Een tweede zaak waarin mediation aan de orde kwam¹¹⁰, was een zaak waarin heel veel onderliggende conflicten lagen. De rechter heeft ruim een kwartier aan mediation besteed. Het was in deze zaak de advocaat van verweerder die vermeldde dat mediation een gepasseerd station was. Het was immers al eerder aan de orde geweest volgens de advocaat.

In deze zaak liepen drie procedures bij de rechtbank tussen dezelfde procespartijen. Eiser en advocaten zagen nog wel heil in mediation. In deze zaak werd de rol van de advocaat heel duidelijk ten opzichte van een eventuele doorverwijzing naar mediation, te weten de rol van een toegangspoort.

¹⁰⁹ code zaak RB06 (bijlage 5)

¹¹⁰ code zaak RB01

7.3 *Observaties gerechtshof Arnhem*

In vijf handelszaken heb ik bij het gerechtshof Arnhem een comparitie na aanbrengen in hoger beroep geobserveerd. In drie van deze zaken is er in de c.n.a. een schikking tot stand gekomen. De zaken waarin geen schikking tot stand is gekomen, zijn bij arrest afgedaan. Dit betrof twee zaken van dezelfde raadsheer.

7.3.1 *Classificatie van belangen*¹¹¹

De belangen die speelden in handelszaken bij het gerechtshof zijn als volgt in onderstaande tabel samengevat¹¹²:

Classificatie van belangen		
<i>Inhoudelijke belangen</i>	<i>Procedurale belangen</i>	<i>Psychologische belangen</i>
1) Betaling geldsom, of andere financiële genoegdoening	2) Aandacht voor de zaak	5) Behoud van goede reputatie
	3) Snelheid (van zaak af willen)	6) Erkenning
	4) Kostenoverweging doorprocederen	7) Met respect behandeld willen worden
		8) Waardering
		9) Rechtvaardigheid

Tabel 5. Belangen in handelszaken gerechtshof Arnhem

- 1) In alle zaken speelde dit belang (HF01 t/m HF05).
- 2) HF01, HF03
- 3) HF02, HF03, HF04
- 4) HF02, HF03, HF04
- 5) HF03, HF05
- 6) HF01, HF05
- 7) HF02, HF03, HF05
- 8) HF01, HF05
- 9) HF05

¹¹¹ De codes in de tabel verwijzen naar de c.n.a. waarin het genoemde belang een rol speelde (de zaken zijn te vinden in bijlage 5).

¹¹² Deze opsomming van belangen is waarschijnlijk niet compleet. Er kunnen nog meer belangen hebben gespeeld bij de procespartijen die niet duidelijk naar voren zijn gekomen tijdens de c.n.a.

7.3.2 Observatieresultaten gerechtshof Arnhem

7.3.2.1 Inhoudelijk, Procedureel, psychologisch

In alle handelszaken bij het gerechtshof zien we een inhoudelijk financieel belang, namelijk betaling van een geldsom, of andere financiële genoegdoening. Zowel bij eiser als verweerder is dat het geval. Het financieel inhoudelijke belang kan worden beperkt indien een procespartij een verzekering heeft.

Bij het gerechtshof spelen de procedurele belangen een grotere rol. Procespartijen zijn al bij de rechter in eerste aanleg geweest. De redenen om in hoger beroep te gaan zijn:

- De rechter heeft, in de optiek van partijen, in eerste aanleg te weinig aandacht aan de zaak besteed.
- De advocaat in eerste aanleg heeft geen verweer gevoerd.
- Er is wel aandacht aan de zaak geschonken en wel verweer gevoerd, maar partij(en) hebben hun zin niet gekregen of er is niet aan de (achterliggende) belangen van partij(en) tegemoet gekomen.

Toegeschreven belangen

In de comparities na aanbrenge in hoger beroep worden de kostenoverweging van doorprocederen en de snelheid van de procedure door de raadsheer in overweging genomen bij het kiezen van de zaken die in aanmerking komen voor de comparitie na aanbrenge in hoger beroep. In hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.2.3 is dat opgemerkt. De raadsheer schrijft hier belangen toe aan procespartijen. Kosten van doorprocederen en het tijdsaspect vormen overigens een procedureel (verondersteld of toegeschreven) belang.

De psychologische belangen in handelszaken in hoger beroep, komen overeen met de psychologische belangen die spelen in handelszaken in eerste aanleg.

Casus procedurele belangen¹¹³

Het betreft een huurovereenkomst van een bedrijfsruimte tussen A en B. Er is achterstallige huur die moet worden voldaan door B. De kantonrechter heeft uitgemaakt wat deze kosten zouden moeten zijn. B gaat in hoger beroep, omdat hij de energiekosten te hoog vindt en het niet eens is met de huuraanpassing (verhoging achteraf), het niet eens is met de gerechtelijke kosten die door hem moeten worden betaald en met de kosten van het gemeenschappelijke gebruik van de lampen van de burens die in de kosten zijn meegenomen.

Gezien het geringe financiële belang (inhoudelijk belang) dat speelt is het niet logisch dat partij B in hoger beroep gaat. Wellicht speelt een rol dat B procedeert op basis van toevoeging.

¹¹³ code zaak HF02 (bijlage 5)

Daarnaast zou B een klein psychologisch belang kunnen hebben in de trant van met respect behandeld willen worden door partij A. De heer B vermeldt immers op de comparitie: ‘ de huurverhoging achteraf van de bedrijfsruimte was niet netjes; men moet wel correct blijven’. Partij A wil graag van de zaak af om (advocaat)kosten te besparen (inhoudelijk belang) en heeft al eerder geprobeerd te schikken bij de kantonrechter om van de zaak af te zijn (procedureel belang). Partij B kwam toen niet opdagen.

Er wordt in deze zaak in hoger beroep wel een schikking getroffen.

In een zaak als deze gaat de zoektocht naar belangen minder ver. Er zijn geen duidelijke psychologische belangen die een dieper graven naar de belangen van de procespartijen door de rechter vereisen. Er speelt een gering financieel belang bij partij B. De rechter speelt hier in op de belangen van A, die gebaat is bij een snelle oplossing en al eerder getracht heeft te schikken bij de kantonrechter (procedurele belangen).

Dit soort zaken lost de raadsheer graag snel op (tijdsaspect), vermeldde de raadsheer achteraf in het interview dat na de comparitie plaats heeft gevonden (zie verder hoofdstuk 8, waarin de interviews besproken worden).

7.3.2.2 Gemeenschappelijk, Verenigbaar, Tegengesteld

Het aantal schikkingen in hoger beroep hangt samen met de belangen die in een handelszaak in hoger beroep spelen. Aan de kant van tenminste een van de procespartijen was er sprake van een procedureel belang wanneer er een schikking tot stand kwam¹¹⁴.

Het vermijden van kosten speelt in enkele zaken, maar soms wordt dat belang overschaduwd door een achterliggend belang¹¹⁵. Of dat het geval is, is afhankelijk van de zaak. Dat achterliggende belang beïnvloedt de bereidheid van een procespartij om tot een schikking te komen.

In hoofdstuk 3 werd al even gerept over de kansen in de procedure. In een comparitie na aanbrenge in hoger beroep is sprake van een gering financieel belang in verhouding tot de proceskosten, zagen we in dat hoofdstuk.

De raadsheer zal door het stellen van kritische vragen en door de druk wat op te voeren de nadruk leggen op de inefficiëntie van verder procederen. De raadsheer ‘duwt’ regelmatig de handelszaak, in een comparitie na aanbrenge in hoger beroep, naar een schikking. Het moet hier mijns inziens wel gaan om het uitoefenen van gepaste druk. De bewoordingen die gehanteerd worden tijdens de uitoefening van deze gepaste druk zijn bijvoorbeeld: ‘Ik wil u natuurlijk niets opdringen, maar alleen advies geven’. In dit kader merk ik op dat procespartijen de rechter vaak veel gezag toekennen, waardoor zij een advies van de rechter niet snel terzijde zullen durven leggen, waardoor de mogelijkheid bestaat dat zij het herhaaldelijk horen van deze zin toch als grote aandrang zullen ervaren.

¹¹⁴ code zaak HF01, HF02, HF03 (bijlage 5)

¹¹⁵ code zaak HF04, HF05 (bijlage 5)

De raadsheer dient naar mijn mening niet te ver te gaan in het uitoefenen van druk op procespartijen. Een schijn van partijdigheid richting een van de procespartijen ligt op de loer. De advocaat heeft dan de mogelijkheid om de rechter te wraken.

Casus hoge druk en achterliggend belang¹¹⁶

Onderneming C, geïntimeerde, zegt dat zij geld te vorderen heeft van D, appellant, voor afgeleverde goederen op het terrein van de maatschap van appellant. In eerste aanleg is C in het gelijk gesteld.

De heer D heeft zijn maatschap op een gegeven moment overgedragen aan zijn zoon, D junior. Ter comparitie spreekt D zichzelf herhaaldelijk tegen, gezien het vonnis in eerste aanleg. Dat tast de geloofwaardigheid van de heer D aan. De positie van D is zeer zwak in de procedure en het gaat in casu om een betrekkelijk financieel belang (8000 euro) in verhouding tot de proceskosten. Verder procederen lijkt voor appellant zinloos en kost nog meer geld. Dat aspect vormt in casu het toegeschreven belang van de raadsheer aan procespartij D.

Bovenstaande heeft tot effect dat in deze zaak de druk van de raadsheer op appellant D behoorlijk wordt opgevoerd om een schikking te kunnen bereiken. Er worden zeer kritische vragen gesteld. Het opvoeren van de druk heeft geen effect op appellant D.

Er moet een achterliggend belang spelen, dat ervoor zorgt dat appellant kost wat kost niet wil schikken.

Aan het eind van de comparitie na aanbrengen in hoger beroep blijkt uit de bewoordingen van zijn advocaat wat dat achterliggende belang kan zijn. D wil waarschijnlijk graag een uitspraak, zodat hij de kosten kan afwentelen op D junior die inmiddels de maatschap heeft overgenomen. Uit bovenstaand voorbeeld blijkt dat ‘duwen’ door de raadsheer geen effect heeft op het blootleggen van de beweegredenen (‘incentives’) van partijen en dat veel tijd gemoeid kan zijn met het bevorderen van een schikking die bij nader inzien kansloos blijkt te zijn. Als eerder een onderzoek naar de mogelijke beweegredenen van partijen zelf om al dan niet te schikken zou zijn gedaan zou de tijd effectiever besteed kunnen worden.

Casus mysterieuze belangen¹¹⁷

Werknemer E, geïntimeerde is op staande voet ontslagen, aangezien hij na herhaaldelijke aanmaningen niet meer op het werk is verschenen na een ziekteperiode. Volgens werknemer E had de fysiotherapeut een verklaring afgegeven dat hij niet mocht gaan werken. Wergever F, appellant, betwist dat de fysiotherapeut dat heeft gedaan en stelt zich op het standpunt dat werknemer niets meer van zich heeft laten horen en zonder opgave van reden niet meer is op komen dagen op de afgesproken werkdagen.

¹¹⁶ code zaak HF04 (bijlage 5)

¹¹⁷ code zaak HF01 (bijlage 5)

In eerste aanleg heeft de zaak bij de kantonrechter gediend tussen werknemer E en werkgever F. Werknemer E is bij de kantonrechter in het gelijk gesteld en heeft 7.500 euro toegewezen gekregen. Werkgever F is van mening dat er in eerste aanleg te weinig aandacht aan de zaak is besteed. Werkgever F heeft in hoger beroep puur een procedureel belang naast een inhoudelijk belang, geld.

Werknemer E echter heeft ook een inhoudelijk belang in de vorm van geld en een psychologisch belang: erkenning en waardering van de lichamelijke klachten. Tevens speelt de macht van de werkgever ten opzichte van de werknemer. Werknemer voelt zich onder druk gezet tot werken en dat weerhoudt hem van de stap het werk op te pakken.

Ter comparitie schikken partijen de zaak zonder dat er geld wordt betaald van werkgever F aan werknemer E. Dat is mysterieus, aangezien de werknemer bij de kantonrechter 7.500 euro toegewezen had gekregen en de bewijslast bij ontslag op staande voet voor een werkgever zeer zwaar is. Bij geen schikking moest appellant F aantonen dat de werknemer arbeidsgeschikt was. Geïntimeerde zou moeten aantonen dat de fysiotherapeut een verklaring tot niet werken heeft afgegeven. Aangezien de heer E de naam van de fysiotherapeut niet meer weet, eveneens lastig te bewerkstelligen.

Conclusie: werknemer E zet zijn belangen in hoger beroep opzij. Wat voor belang daarachter schuilt, is en blijft een raadsel.

7.3.2.3 *Mediation*¹¹⁸

In één zaak bij het hof is mediation ter sprake gekomen. Dat betrof een zaak tussen een belastingadviseur (appellant) en de eigenaren van een onderneming (geïntimeerde).

In deze zaak speelde er naast een inhoudelijk belang van beide partijen in de vorm van geld meerdere psychologische belangen. De belastingadviseur heeft een belang in het behoud van een goede reputatie. Tevens is hij aangetast in zijn eer.

De eigenaren willen met respect behandeld worden, willen erkenning en rechtvaardigheid.

Ter comparitie lopen de gemoederen hoog op. De raadsheer geeft partijen een moment van bezinning om ze te laten nadenken waar ze mee bezig zijn en wat de consequenties van verder procederen zijn. Het betrof een geëscaleerd conflict, waarin geld geen rol meer speelt. De verhouding vordering en proceskosten speelt geen enkele rol meer in deze zaak. In casu wordt wel duidelijk dat de drijfveer van partijen ligt in kost wat kost gelijk krijgen. Er zijn motieven van partijen die verder gaan en die sterker zijn dan de inhoudelijke en procedurele belangen. Het zijn die belangen waarop de raadsheer in casu geen vat krijgt. Die zwaardere motieven zijn de psychologische belangen.

¹¹⁸ code zaak HF05 (bijlage 5)

De advocaat van eiser staat negatief tegenover een doorverwijzing naar mediation of een schikking. Partijen hoeven niet met elkaar verder in de toekomst, maar door een beslissing van de raadsheer wordt het conflict tussen beide partijen niet opgelost.

7.4 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk is aandacht besteed aan de belangenbehartiging in de praktijk. Het observatieonderzoek in handelszaken heeft centraal gestaan.

We hebben gezien dat er in elke handelszaak (achterliggende) belangen spelen. Wat de rechter met die (achterliggende) belangen doet staat hem vrij.

De operationalisering van (achterliggende) belangen al dan niet bij de civiele rechter is afhankelijk van de houding van procespartijen op de comparitie van partijen en de instelling van de rechter met betrekking tot belangen.

Een handelszaak met veel (achterliggende) belangen vraagt om een op belangen georiënteerde houding van de rechter. Daarmee is niet gezegd dat hij een verplichte taak heeft in de operationalisering al dan niet van (achterliggende) belangen op de comparitie van partijen. Hoe de rechter procespartijen benadert, kan van betekenis zijn in de operationalisering van de (achterliggende) belangen.

De classificatie van belangen brengt ons tot de volgende inzichten.

Allereerst is er in elke handelszaak een inhoudelijk financieel belang dat speelt, namelijk betaling van een geldsom of andere financiële genoegdoening. In handelszaken zijn vaak ondernemers betrokken, waardoor het inhoudelijk financieel belang kan worden beperkt door middel van verzekeringen.

Daarnaast spelen de procedurele belangen in een comparitie na aanbrenge in hoger beroep een grotere rol dan bij een comparitie na antwoord in eerste aanleg.

We moeten in dit kader niet uit het oog verliezen dat rechters dikwijls belangen toeschrijven aan procespartijen. Het toegeschreven belang hoeft helemaal niet overeen te komen met het (achterliggende) belang van de procespartijen. Hiermee is niet gezegd dat het toegeschreven belang van de rechter nooit daadwerkelijk het (achterliggende) belang van een procespartij kan zijn.

Verder kunnen de psychologische belangen in handelszaken de reden zijn dat procespartijen niet willen schikken.

De rechter heeft op een comparitie van partijen de mogelijkheid om aan de (achterliggende) belangen van procespartijen tegemoet komen door partijen een minnelijke regeling met elkaar te laten treffen. Het wel of niet slagen van een minnelijke regeling hangt af van verschillende factoren.

Ten eerste van de soort belangen die er spelen. Ten tweede van de escalatie van het conflict. Ten derde bleek uit het onderzoek dat belangen niet congruent hoeven te zijn in een civiele procedure. Deze incongruentie tussen belangen staat eveneens een schikking tussen procespartijen in de weg.

De rechter dient bij een schikkingspoging een gepaste druk uit te oefenen. We hebben met een voorbeeld aangetoond dat ‘duwen’ geen effect heeft op het blootleggen van de beweegredenen van procespartijen.

Dat niet alle belangen altijd duidelijk naar voren kunnen komen op een comparitie van partijen heeft het voorbeeld over mysterieuze belangen laten zien. Deze zaak maakt tevens duidelijk dat het blootleggen van alle belangen geen vereiste is voor een schikking.

Tot slot blijkt dat zowel bij de rechtbank als bij het gerechtshof een eventuele doorverwijzingsmogelijkheid naar mediation afhankelijk is van de attitude van de rechter ten opzichte van mediation. Daarnaast fungeert de advocaat nog als toegangspoort.

Deelconclusie: Belangen hoeven niet altijd congruent te zijn. Belangen hoeven niets met elkaar te maken te hebben. De classificatie van belangen zegt nog niets over de inhoud van belangen.

Hoofdstuk 8 Invalshoeken rechters en raadsheren

8.1 Inleiding

In hoofdstuk 7 zijn de bevindingen uit het observatieonderzoek besproken. In hoofdstuk 8 komen de interviews met de rechters en raadsheren, van de rechtbank en het gerechtshof te Arnhem, aan de orde. In bijlage 6 vindt u de vragenlijst die gebruikt is voor het interview. Bijlage 7 is een resumé van alle antwoorden die de rechter en raadsheren op de vragen uit het interview hebben gegeven.

In dit hoofdstuk volsta ik met een samenvatting van de gegeven antwoorden op de vragen uit het interview.

Met rechter wordt bedoeld: rechter in de rechtbank Arnhem en raadsheer in het gerechtshof Arnhem, tenzij anders is aangegeven.

8.2 Resultaten interview

8.2.1 Belangen en niet rechtens relevant belangen

De meeste rechters verstaan onder belangen dat wat een partij drijft of de beweegredenen van een partij om een procedure te beginnen of verweer te voeren in een procedure. Anders gezegd: dat waar partijen waarde aan hechten.

De niet- rechtens relevante belangen zijn voor elke rechter interessant voor de comparitie van partijen. Deze belangen motiveren partijen zich op een bepaalde manier op te stellen. Ze tekenen namelijk het conflict en beïnvloeden de houding van partijen in een conflict.

Bij het schrijven van het vonnis of arrest zijn de meeste rechters van mening dat het dan draait om de juridische betekenis van belangen, de rechtens relevante belangen. Er is één rechter die de achterliggende belangen ook in het vonnis tot uiting laat komen. Zijn beweegreden is dat de uitspraak dan beter wordt geaccepteerd.

8.2.2 Belangen in de civiele procedure

Het merendeel van de rechters vindt dat hij of zij rekening houdt met de belangen in een civiele procedure. Enige discussie kan ontstaan of alleen de belangen die in vordering en verweer tot uitdrukking komen de aandacht verdienen of de rechter verder gaat in de zoektocht naar (achterliggende) belangen. Opvallend is het antwoord van één persoon, die beperkt rekening houdt met de belangen in een procedure. Zijn mening luidt: de juridische afweging in elke zaak staat voorop. Tevens hangt het van de procespartijen zelf of de belangen op de zitting aan de orde komen.

Alle rechters zijn van mening dat in de comparitie van partijen aandacht aan belangen kan worden besteed door de rechter. In de exploratiefase en de onderhandelingsfase in de c.n.a. (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.1.3) is er ruimte voor belangen.

Het bewerkstelligen van een schikking speelt een rol bij de activiteit van de rechter om verder in de belangen van procespartijen te duiken.

Door middel van vragen, doorvragen, benoemen en spiegelen kan de rechter er achter komen waar het procespartijen werkelijk om gaat. Het inspelen op procespartijen kan de belangen goed naar voren laten komen.

Het geven van een voorlopig oordeel over de zaak wordt ook gezien als het tegemoet komen aan belangen.

Wat betreft het vonnis of arrest is men van mening dat het dan draait om de juridische betekenis van belangen.

8.2.3 *De verantwoordelijkheid van de rechter met betrekking tot belangen*

Opvallend is dat alle rechters van mening zijn dat er grenzen zitten aan de verantwoordelijkheid van de rechter in de zoektocht naar belangen. Men is de mening toegedaan dat het de verantwoordelijkheid van procespartijen is wat zij de rechter voorleggen (wat zij schrijven en zeggen). Het oppikken van belangen en ze benoemen behoort weliswaar tot de verantwoordelijkheid van de rechter, maar het hangt van de bereidheid van de procespartijen en hun advocaten af hoever die verantwoordelijkheid reikt. De verantwoordelijkheid ligt dus volledig bij de procespartijen of hun belangen wel of niet behartigd kunnen worden.

Graag benadruk ik bij deze kwestie dat tussen zeggen en doen een verschil schuilt. We hebben immers in hoofdstuk 7, observatieonderzoek, gezien dat belangen door rechters ook aan procespartijen worden toegeschreven. Die constatering laat zien dat de verantwoordelijkheid wat betreft de behartiging van de (achterliggende) belangen niet volledig bij de procespartijen ligt.

8.2.4 *Verwezenlijking van belangen in de civiele procedure*

Wanneer we rechters vragen of de verwezenlijking van belangen optimaal is in een civiele procedure, zijn ze over het algemeen allemaal van mening dat deze niet optimaal is. Ondanks dat de rechter kan schikken zijn er regelmatig (grote) emotionele belangen die niet goed verwezenlijkt kunnen worden in een civiele procedure. Omdat alles in een juridisch kader geplaatst moet worden, wordt de verwezenlijking van belangen belemmerd. Daarnaast is de civiele procedure het topje van de ijsberg in een conflict tussen procespartijen en speelt het tijdsaspect een belemmerende rol in de verwezenlijking van belangen.

Voor belangenonderzoek is immers tijd nodig. Over het tijdsaspect valt kort nog wat op te merken.

In een procedure is meestal het doel om te winnen en de rechtsstrijd tussen partijen brengt mee dat de partijen niet snel de over en weer gestelde feiten erkennen zodat er in de civiele procedure veel tijd wordt besteed aan het vaststellen van feiten door middel van getuigenverhoren of andere bewijsmiddelen¹¹⁹.

Het tijdsaspect geldt ook voor het bereiken van een schikking. Voor de comparitie is meestal een beperkte tijd beschikbaar, waarbinnen behalve een schikkingspoging ook voldoende aandacht moet worden besteed aan het verzamelen van de informatie die nodig is voor het nemen van de beslissing¹²⁰.

Tevens kan een rechter aan veel belangen niet tegemoet komen, omdat het voor hem niet mogelijk is tijdig te handelen. Veel belangen, zoals veiligheid, zelfontplooiing, serieus genomen worden of een conflict beëindigen, vragen om snelle actie om schade aan het belang te voorkomen of zo veel mogelijk te beperken.

Indien de rechter oordeelt dat er een belang is geschonden, kan hij achteraf een verzachting van het 'geleden leed' achteraf geven, meestal in de vorm van een schadevergoeding.

8.2.5 Schikken of mediation

In bijna elke zaak zal de rechter proberen een minnelijke regeling te treffen. De rechter ziet onder andere beperkte financiële belangen, de soort belangen (emotioneel of niet), het risico van het op vonnis laten aankomen, het tijdsaspect en de oplossing in de hand van procespartijen leggen bij een schikking, als redenen om een schikkingspoging te ondernemen.

Redenen voor rechters om niet tot schikken over te gaan zijn onder andere de complexiteit van de zaak, een groot financieel belang bij een van de procespartijen, ver uit elkaar liggende feiten en een grote hoeveelheid aan partijen in de zaak.

Mediation is in de aan observatie onderworpen handelszaken niet veel aan bod gekomen.

Wanneer het wel aan de orde kwam, besepte de rechter, dat er meerdere achterliggende (psychologische) belangen in de zaak speelden. In de zaken waarin een doorverwijzing naar mediation door de rechter werd geopperd, speelde de advocaat van tenminste een van de procespartijen een rol in de afwijzing daarvan.

Mediation wordt geen goed alternatief gevonden wanneer er alleen een inhoudelijk financieel belang tussen procespartijen speelt.

¹¹⁹ M. Pel, 'Feiten zijn feiten? Relevantie van feiten in mediation en in de civiele procedure', *Jaarboek BW-krant*, Leiden 2001.

¹⁰¹ M. Pel, *Doorverwijzen naar Mediation*. Mediationreeks deel 3, Den Haag: Sdu uitgevers 2004, p. 70.

8.2.6 Rechter belangenbehartiger?

De antwoorden op de vraag in hoeverre de rechter bijdraagt aan de belangenbehartiging in het concrete geval kunnen als volgt worden samengevat:

Menig rechter is van mening dat hij of zij geen taak heeft in het bijdragen aan de belangenbehartiging. Doorgaans is men van mening dat de rechter geen belangenbehartiger is. De rol van belangenbehartiger is toegeschreven aan de advocaat. Dat sluit niet uit dat rechters wel belangen behartigen wanneer zij schikken of doorverwijzen naar mediation .

In een procedure zullen rechters doorgaans proberen de belangen van procespartijen boven tafel te krijgen. Dat kan hij doen door in de procedure aandacht aan belangen te besteden, door middel van het vragen naar belangen, doorvragen naar belangen en het benoemen van belangen. De rechter kan partijen ook een moment van bezinning geven om ze te laten nadenken over de vraag waar ze mee bezig zijn (in laten zien wat consequenties verder procederen zijn).

Men is van mening dat de rechter niet te ver in de belangenbehartiging moet gaan. Een redelijke beslissing in het licht van de regelgeving, waarin alle relevante elementen worden meegewogen, is waar het immers om draait in een juridische procedure.

Een opmerkelijke reden, die door een rechter wordt gegeven, voor het trekken van een grens in de belangenbehartiging, is dat de rechter maar minimaal bijdraagt aan de behartiging van belangen, omdat de belangen van procespartijen voor een deel samenvallen met de juridische vordering, indien er niet geschikt wordt of mediation aan de orde is.

8.3 Samenvatting en conclusie

In het kader van het empirisch onderzoek hebben er interviews met rechters en raadsheren plaatsgevonden in de rechtbank Arnhem het gerechtshof Arnhem. De vragen uit het interview hebben in dit hoofdstuk de revue gepasseerd.

Op basis van de gegeven antwoorden concludeer ik het volgende:

Er bestaat uniformiteit onder rechters over de vraag wat een belang is.

De niet- rechtens relevante belangen spelen voor alle ondervraagde rechters een rol op de comparitie van partijen. De niet- rechtens relevante belangen spelen doorgaans in het vonnis geen rol.

De comparitie van partijen geeft rechters de mogelijkheid om rekening te houden met de (achterliggende) belangen van procespartijen. Vragen en doorvragen naar belangen geeft inzicht in waar het procespartijen daadwerkelijk om gaat.

De partijautonomie speelt een rol in hoever de verantwoordelijkheid van de rechter reikt in de zoektocht naar de (achterliggende) belangen. In veel handelszaken probeert de rechter aan de belangen tegemoet te komen door een schikkingspoging te ondernemen.

Toch is men van mening dat de verwezenlijking van (achterliggende) belangen in een civiele procedure niet optimaal is, onder andere door de tijdsdruk en de juridische rationalisaties in een gerechtelijke procedure.

De ondervraagde rechters zijn van mening dat zij geen taak hebben als belangenbehartiger. Er zit een grens aan het behartigen van belangen in een civiele procedure. Belangen spelen in een civiele procedure een rol, maar uiteindelijk draait het in een juridische procedure om een beslissing in het licht van de regelgeving, waarin de (rechtens) relevante elementen de boventoon voeren.

Deelconclusie: De rechterlijke macht ziet zichzelf niet als belangenbehartiger.

Hoofdstuk 9 Conclusie

9.1 Samenvatting

In deze scriptie is ingegaan op de vraag in hoeverre het mogelijk is om de (achterliggende) belangen van procespartijen te behartigen in een civiele procedure, aannemende dat in mediation de (achterliggende) belangen van procespartijen geoperationaliseerd kunnen worden.

In hoofdstuk 1, de inleiding, is de doorverwijzingsvoorziening naar mediation aangegrepen om duidelijk te maken dat het instrumentarium van de rechterlijke macht heden ten dage is vergroot. Deze doorverwijzingsvoorziening hangt samen met effectieve conflictoplossing op maat, waarin de belangenbehartiging van procespartijen een rol speelt. De rechterlijke macht kan gebruik maken van haar moderne instrumentarium om aan de belangen van procespartijen tegemoet te komen, door middel van schikken, bemiddelen (=verwijzen naar mediation) en beslissen. Daarmee is niet gezegd dat van oudsher door de rechterlijke macht geen behartiging van belangen van procespartijen plaats heeft kunnen vinden.

Hoofdstuk 2 beschrijft wat belangen zijn en wat voor soorten belangen er te onderscheiden zijn. In dit hoofdstuk wordt duidelijk dat in de wetenschap belangen divers worden omschreven. Voor juristen zijn de rechtens relevante belangen van betekenis. Procespartijen zetten hun belangen in een gerechtelijke procedure vaak om in standpunten. Procespartijen kunnen in een gerechtelijke procedure een inhoudelijk, procedureel en/ of psychologisch belang hebben. Belangen van procespartijen kunnen met elkaar overeenkomen, gemeenschappelijk zijn, met elkaar te verenigen zijn of tegengesteld en niet te verenigen zijn. Partijen die de stap naar de rechter maken hebben dikwijls een conflict met elkaar. We hebben gezien dat een puur inhoudelijke beslissing, in tegenstelling tot bij een verschil van mening, geen einde aan een conflict maakt en dat de sociale aspecten van het conflict voor partijen op de voorgrond treden.

Vervolgens in hoofdstuk 3 zijn de belangen in civiele procedures aan bod gekomen. De partijautonomie speelt een rol in de behartiging van belangen van procespartijen in een civiele procedure. Tevens komt de taakopvatting van de rechter in dit kader aan de orde, wanneer we ons afvragen hoever de rechter moet gaan in de zoektocht naar de (achterliggende) belangen van partijen. De verantwoordelijkheid van de rechterlijke macht met betrekking tot het behartigen van belangen is vatbaar voor discussie. De rechterlijke macht dient niet uit het oog verliezen dat een gerechtelijke procedure met zich meebrengt dat alles in een juridisch kader geplaatst moet worden, waardoor de ‘werkelijke’ (achterliggende) belangen van procespartijen dikwijls zullen worden vermomd.

De rechterlijke macht heeft een aantal vaardigheden om tegemoet te komen aan de belangen van procespartijen. Eén daarvan is schikken.

Op een comparitie van partijen is wel degelijk plaats voor (achterliggende) belangen van procespartijen. De rechter bepaalt in welke mate er aandacht wordt besteed aan (achterliggende) belangen op de comparitie en in welke fase van de comparitie dat gebeurt.

Of de rechterlijke macht in het vonnis rekening houdt met de belangen van procespartijen is evengoed rechterafhankelijk. De acceptatie van het vonnis kan wellicht worden vergroot indien de belangen van procespartijen in de beslissing te vinden zijn.

Hoofdstuk 4 gaat in op mediation. Doorverwijzen naar mediation vormt een instrument voor de rechter om aan de belangen van procespartijen tegemoet te kunnen komen. De kernwaarden van mediation zijn de oplossingsgerichtheid op basis van (achterliggende) belangen en het herstel van de communicatie tussen partijen. Daarnaast spelen de vrijwilligheid, vertrouwelijkheid en de inhoud van het mediationproces een onderscheidende rol. De mediator heeft een faciliterende rol. Het draait uiteindelijk in een mediation om het win-win resultaat: een oplossing van het onderliggende conflict op basis van wederzijdse belangen van beide partijen. De Harvard-onderhandelingsmethode is een hulpmiddel om dat te kunnen bereiken.

Vervolgens in hoofdstuk 5 zijn de kernverschillen tussen de civiele procedure en mediation besproken. In een gerechtelijke procedure dienen de feiten in een juridisch kader gegoten te worden. Tevens gaat het in een juridische procedure om het beoordelen van gedragingen in het verleden. Alleen de rechtens relevante belangen doen ter zake. Dit zorgt voor een reductie van de werkelijkheid. Partijen zullen in een gerechtelijke procedure het eigenbelang nastreven en zich regelmatig vastbijten in hun standpunten. Denken in termen van gelijk en ongelijk wordt bevorderd door de juridische rationalisaties in een civiele procedure.

In mediation zijn alle feiten relevant. Partijen scheiden zelf hoofd- en bijzaken en bepalen het gewicht van belangen. Ook de niet- rechtens relevante belangen kunnen een plaats krijgen. Tevens zijn partijen zelf verantwoordelijk voor hun eigen beslissingen. Het oplossen van het conflict op basis van wederzijdse belangen is gericht op de toekomst. Eén van de belangrijkste oorzaak van conflicten is miscommunicatie. Alvorens er een oplossing kan komen in termen van wederzijdse belangen zal er aandacht moeten worden besteed aan het herstel van de communicatie.

Nadat de methodologie komt het observatieonderzoek in hoofdstuk 7 aan bod. In dit hoofdstuk komt duidelijk naar voren dat de behartiging van (achterliggende) belangen rechterafhankelijk is. De communicatieve vaardigheden van de rechter, en de houding van de rechter ten opzichte van (achterliggende) belangen zijn van belang voor de behartiging van de belangen van procespartijen. Belangen hoeven overigens niet altijd duidelijk zichtbaar te worden op een comparitie van partijen.

Daarnaast schrijven rechters wel eens belangen toe aan procespartijen. We zien dat voornamelijk gebeuren bij de procedurele belangen.

Het middel schikken wordt veelvuldig als instrument gehanteerd op de comparitie van partijen. Het onderzoek heeft laten zien dat het wel of niet slagen van een minnelijke regeling afhankelijk is van de volgende drie factoren: de soort belangen die spelen bij procespartijen, de escalatie van het conflict, de congruentie tussen belangen van procespartijen. Tevens werd helder dat een hoge druk uitoefenen van de rechter op procespartijen geen effect heeft op het blootleggen van de beweegredenen van partijen.

Bij de rechtbank en bij het gerechtshof blijkt een eventuele doorverwijzingsmogelijkheid naar mediation afhankelijk te zijn van de attitude van de rechter ten opzichte van mediation.

Daarnaast fungeert de advocaat nog als toegangspoort.

Tot slot is in hoofdstuk 8 ingegaan op het interview met de rechters en raadsheren.

Rechters vinden dat de belangen een plaats kunnen krijgen op de comparitie van partijen. Ook de niet-rechtens relevante belangen dienen aan de orde te komen. De tactiek die gehanteerd wordt om aan de belangen van procespartijen tegemoet te kunnen komen zijn voornamelijk vragen en doorvragen naar belangen. Daarnaast ziet elke rechter het middel schikken als een goed instrument om aan de belangen van procespartijen tegemoet te komen.

In de zoektocht naar (achterliggende) belangen zit naar de mening van de rechters een grens. De rechter heeft geen taak als belangenbehartiger.

Men is van mening dat de verwezenlijking van (achterliggende) belangen in een civiele procedure niet optimaal is, onder andere door de tijdsdruk en de juridische rationalisaties in een gerechtelijke procedure.

9.2 Eindconclusie

Alle mensen worden gedreven door belangen wanneer zij een verschil van mening of een conflict met elkaar hebben. In procedures beslechten rechters geschillen, te weten conflicten en verschillen van mening.

De belangen bij een verschil van mening zijn in tegenstelling tot bij een conflict beperkt tot het verkrijgen van een juridische uitspraak. Een uitspraak is bij een verschil van mening de beste belangenbehartiging. Een puur inhoudelijke beslissing maakt echter geen einde aan een conflict. De civiele procedure is via het formele procesrecht ingericht op het via vordering en verweer beslissen op geschilpunten.

De verwezenlijking van belangen in een gerechtelijke procedure is beperkt. De rechterlijke macht kan alleen met behulp van de middelen die zij tot haar beschikking heeft aan de belangen van procespartijen tegemoet komen. Daarnaast hangt het van de rechter zelf of hij dat ook zal doen. Niet elke rechter voelt zich verantwoordelijk voor de behartiging van belangen van procespartijen. De rechterlijke macht ziet zichzelf niet als belangenbehartiger.

De belangen waaraan de rechterlijke macht vooral tegemoet kan komen, zijn de rechtens relevante belangen. Het draait immers in een juridische procedure om een beslissing in het licht van de regelgeving. De wet definieert rechtens relevante belangen niet in het algemeen, maar het staat vast dat rechters alleen uitspraak kunnen doen op basis van rechtens relevante belangen die op verschillende plaatsen in de wet nader zijn omschreven dan wel zijn gevat in een open norm. Die open normen betreffen altijd het beoordelen van gedragingen in het verleden.

Veel rechters ervaren dat hun beslissing het echte conflict niet kan oplossen. In die gevallen zoeken zij graag met de partijen naar de mogelijkheid van een schikking. Zij vragen echter de belangen van de partijen meestal niet uit, maar schrijven dikwijls belangen toe aan de partijen en gaan bij een comparitie na antwoord dan over tot het bevorderen van een schikking op basis van die veronderstelde belangen zonder daadwerkelijk te onderzoeken of die veronderstelde motieven voor een schikking wel aanwezig zijn.

Psychologische belangen en in het bijzonder de mate van krenking daarvan beïnvloeden de inhoud van een vordering en/of verweer en ook de bereidheid tot schikking en/of mediation van partijen.

Daarnaast zijn de belangen van beide partijen in conflicten niet altijd congruent. Belangen hoeven niets met elkaar te maken te hebben. De classificatie van belangen zegt nog niets over de inhoud van belangen.

Er is betrouwbaar onderzoek gedaan naar succesvoorspellende motieven om voor mediation te kiezen. In mediation staat conflictoplossing door partijen zelf op basis van al hun belangen centraal.

In een gerechtelijke procedure wordt het geschil versmald en in mediation wordt het geschil verbreed. Dat ligt in de aard van de gerechtelijke procedure besloten.

Een gerechtelijke procedure is niet op een verbreding van het geschil gericht. Mediation daarentegen wel.

Meer onderzoek naar schikkingsmotieven en een beter inzicht in de verschillende mogelijkheden en effecten van schikken en mediation zou een nog betere basis kunnen vormen voor de keuzen tussen schikken, bemiddelen en beslissen.

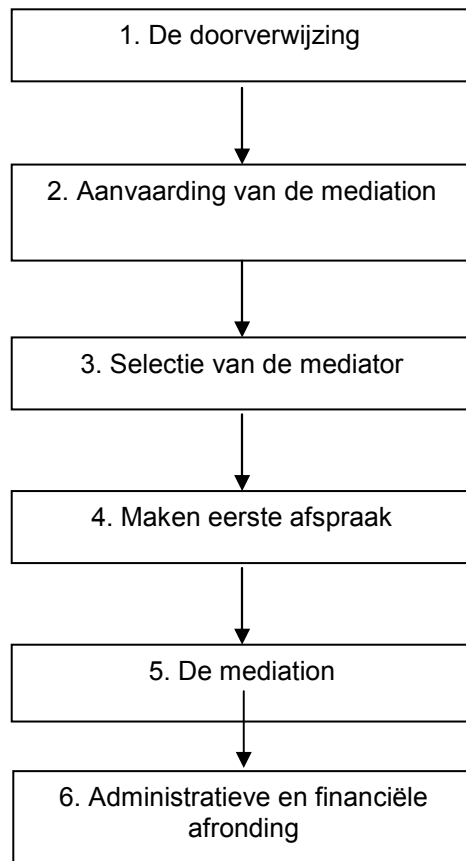
Dit onderzoek heeft helaas geen aandacht kunnen besteden aan de rol van de advocaat in de behartiging van belangen van partijen. Een nader onderzoek zou van belang kunnen zijn om daar wat meer duidelijkheid over te geven.

Een breder onderzoek met betrekking tot de behartiging van belangen in een gerechtelijke procedure zou wellicht nog meer inzichten kunnen geven. Ik denk dan aan een onderzoek in meerdere sectoren. Tevens zou het nuttig zijn te weten hoe procespartijen de belangenbehartiging ervaren.

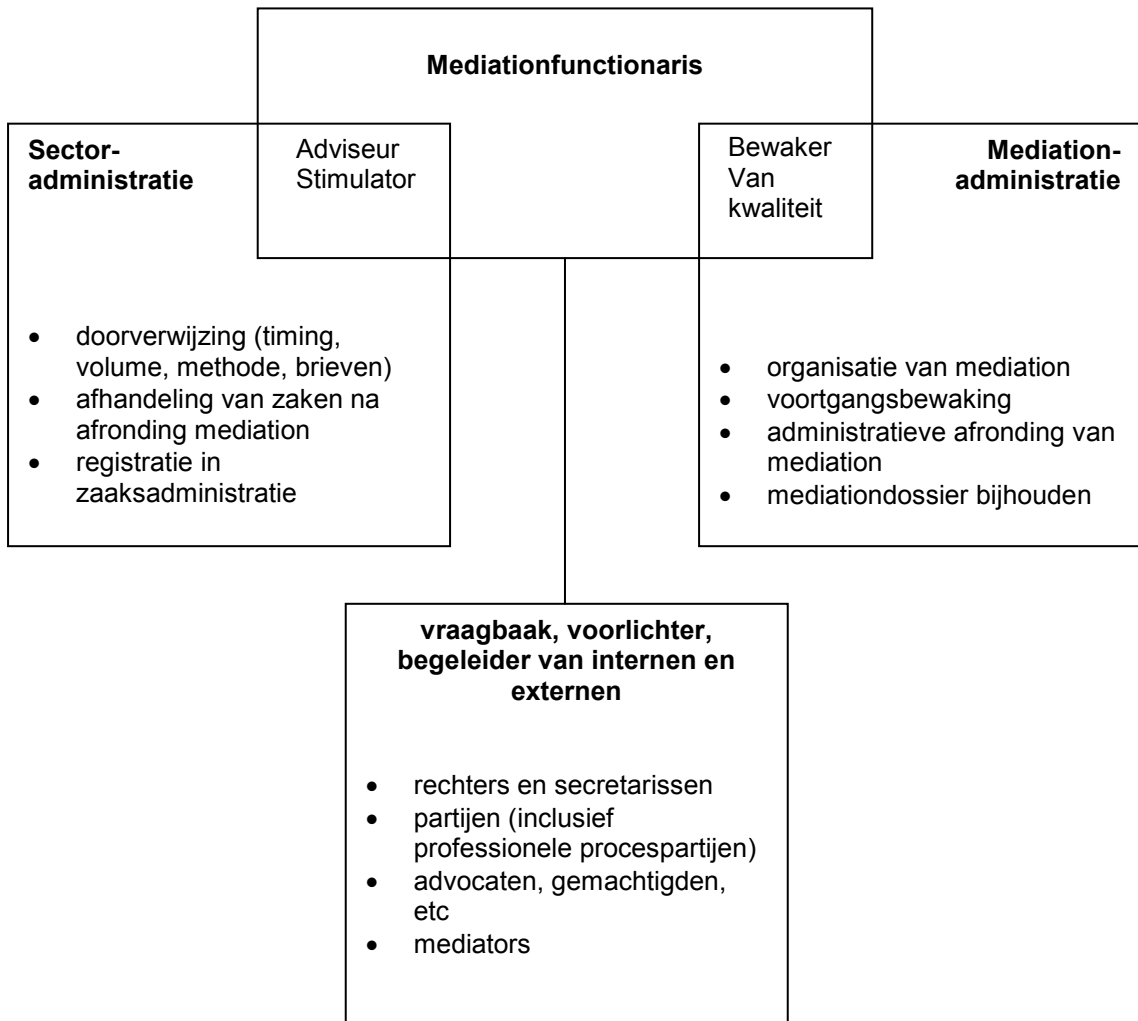
Bijlagen

Bijlage 1 Schematische weergave doorverwijzingsvoorziening

De gang van zaken bij doorverwijzing naar mediation in een specifieke zaak is – schematisch weergegeven - als volgt:



De doorverwijzing naar mediation is bij gerechten een structurele voorziening geworden. Landelijk is vastgelegd dat deze volgens onderstaand model is opgebouwd:



Bij de implementatie van de doorverwijzingsvoorziening heeft het gerecht gekozen voor een centraal of decentraal inrichtingsmodel. Een centraal model heeft een of meer mediationfunctionarissen met administratieve ondersteuning voor het hele gerecht. Bij een decentraal model heeft elke sector zijn eigen mediationfunctionaris(sen) met administratieve ondersteuning.

Bijlage 2. Oplossingsrichtingen vertrouwelijkheid

In de afgelopen jaren heeft zich jurisprudentie ontwikkeld op aspecten van vertrouwelijkheid / geheimhouding. Bij de beantwoording van onderstaande vragen zal telkens met vindplaats worden vermeld welke uitspraken in dat kader van belang zijn. Alle uitspraken zijn in ieder geval ook te raadplegen op de website van het LBM: www.mediationnaastrechtspraak.nl¹²¹

Praktische vragen afwegingsproces

Ter ondersteuning van het afwegingsproces worden hieronder enkele praktische vragen beantwoord.

Vraag 1: *Wat doet de rechter als partijen na een niet gelukte mediation (schriftelijke) informatie geven over wat is besproken tijdens een mediation zonder dat is afgestemd met de wederpartij?*

Antwoord: Ter zitting kan blijken dat partijen het er beiden over eens zijn dat de informatie aan de rechter moet worden gegeven: dan is er geen probleem. Als dat niet het geval is dient de rechter een afweging te maken tussen het belang van de materiële waarheidsvinding en het belang van de vertrouwelijkheid van de informatie die tijdens de mediation is gegeven. Het is daarbij van belang om wat voor soort informatie het gaat. Betreft het zeer onpersoonlijke en objectief feitelijke informatie dan zal het belang van waarheidsvinding veelal zwaar wegen. Gaat het echter om zeer persoonlijke of in het kader van onderhandelingen verstrekte informatie die zonder de overeengekomen geheimhouding nooit zou zijn verstrekt, dan zal het belang van vertrouwelijkheid meer voorrang verdienen omdat het doel van de vertrouwelijkheid is dat partijen, zonder hier achteraf nog op te worden aangesproken of vastgepind, in openheid kunnen vertellen waar het hen om gaat en voorstellen kunnen doen. De rechter kan informatie uit de mediation ook weigeren met een beroep op strijdigheid met een goede procesorde.

¹²¹ M. Pel, 'Juridische aspecten van mediation naast rechtspraak', *ADR Actueel* (8) mei 2004, nr. 3, p. 20-25.

Anders Hof Amsterdam 18-12-2003 LJN: AR5527, waarin werd beslist dat een van de partijen in een mediation het verslag van een mediationgesprek als bewijsstuk in mocht brengen, ondanks het feit dat het geenszins voor de hand lag dat een dergelijk stuk overgelegd werd, gelet op de overeengekomen vertrouwelijkheid. Zie verder Rb. Arnhem, KG 05-12-2003, waarbij de ene partij stelde dat er overeenstemming over de verblijfplaats van de kinderen tijdens de mediation was bereikt, zonder dat dat had geleid tot een door beide partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst en ook Rb. Arnhem 15-01-2003 78133 HAZA 01-1575, waarin werd beslist dat het in strijd met de goede procesorde zou zijn acht te slaan op onthullingen waarop een geheimhoudingsverplichting rust. Buiten het kader van mediation is door de Hoge Raad (HR 17-12-2004 LJN AR2381) overwogen dat het rechters in het algemeen vrij staat geen kennis te nemen van bepaalde stukken op grond van de overweging dat de goede procesorde zich daartegen verzet.

Vraag 2: *Kan een deskundigenbericht dat in het kader van de mediation is vervaardigd later in de procedure worden ingebracht?*

Antwoord: Indien beide partijen daarmee instemmen kan dit zonder meer. Indien een van partijen daarmee niet instemt, kan het deskundigenbericht in beginsel niet worden overgelegd. Indien het deskundigenbericht informatie bevat waarover partijen onafhankelijk van de mediation reeds beschikten of hadden kunnen beschikken, dan kan deze informatie wel in de procedure worden ingebracht. Het spreekt voor zich dat strikte geheimhouding in de praktijk leidt tot onnodige verhoging van kosten en tot vertraging van de procedure, zodat de rechter er goed aan doet partijen zich dit ten volle te laten realiseren. Dit aspect is overigens prima te ondervangen door in het kader van de mediation daarover afspraken met partijen te maken en deze afspraken ook schriftelijk vast te leggen. Het is dan nuttig dat dit punt voordat tot een deskundigenonderzoek opdracht wordt gegeven in de mediation wordt besproken. (zie ook Rb. Utrecht 24-09-2003, een zaak waarin een deskundigenonderzoek in het kader van de mediation was gevraagd zonder dat afspraken zijn gemaakt over het eventueel later in de procedure inbrengen van het rapport).

Vraag 3: *Wat kan in het kader van de vertrouwelijkheid wel en wat kan niet aan de orde komen in een procedure tot nakoming c.q. ontbinding van een tot stand gekomen (vaststellings)overeenkomst?*

Antwoord: Voorgesteld wordt om in het kader van het vertrouwelijke karakter van de mediation en analoog aan het arrest Notaris van Eijck¹²², (HR 25-09-1992, NJ 1993, 467) de inhoud van de overeenkomst in deze procedure aan de orde te laten komen, maar niet hetgeen aan de

¹²² HR 25 september 1992, NJ 1993, 467

totstandkoming van de overeenkomst vooraf is gegaan. Echter: de partij die de overeenkomst wil aantasten zal de wederpartij niet aan de geheimhouding kunnen houden wanneer het voor het voeren van verweer nodig is op de wijze van totstandkoming van de overeenkomst een beroep te doen. De vraag of degene die de procedure start datgene mag onthullen (c.q. daar de mediator als getuige toe oproepen) wat nodig is om bij voorbeeld aan te tonen dat sprake was van een wilsgebrek dient positief te worden beantwoord, omdat op zichzelf aan de orde moeten kunnen komen in welke situatie hij verkeerde toen hij een overeenkomst sloot.

(Zie Hof Amsterdam 10-12-2003 LJN: AR5521, waarin nakoming van een ten tijde van de mediation overeengekomen (vaststellings)overeenkomst gevorderd werd en waarbij de wederpartij zich op dwaling/misbruik van omstandigheden beriep).

Vraag 4: *Wat kan in het kader van de vertrouwelijkheid wel en wat kan niet aan de orde komen in een procedure tot nakoming van een vaststellingsovereenkomst waarvan wordt betwist dat deze tot stand is gekomen?*

Antwoord: Uit het eerdergenoemde arrest Notaris van Eijck volgt dat de notaris geen verschoningsrecht heeft met betrekking tot de vraag of overeenstemming werd bereikt en wat de inhoud daarvan was. Voor het overige geldt het verschoningsrecht wel. Indien geen overeenkomst tot stand is gekomen, geldt het verschoningsrecht ten aanzien van de inhoud van de besprekingen. Deze regel zou voor de mediator analoog kunnen worden toegepast.

Vraag 5: *Als de mediator wordt opgeroepen als getuige in enige procedure die samenhangt met een onderhanden of al dan niet met succes afgesloten mediation: op welke vragen zou de rechter moeten besluiten dat hij moet antwoorden en op welke vragen zou de rechter moeten besluiten dat hij niet moet antwoorden omdat partijen zich aan vertrouwelijkheid hebben gebonden?*

Antwoord: Bij het verschoningsrecht gaat het in dit geval om het zwijgrecht van de mediator ten aanzien van de wetenschap van informatie die hij in zijn hoedanigheid van mediator heeft verkregen¹²³. Het zwijgrecht kan worden ingeroepen ten aanzien van alle gegevens die de mediator beroepshalve onder zich heeft zoals stukken, tekst-, beeld- en geluiddragers. De vraag of een mediator een verschoningsrecht heeft is tot heden onbeslist gebleven. Er zijn argumenten om de mediator een verschoningsrecht toe te kennen, met name indien zij een vast omljnde beroepsgroep hebben gevormd die aan een wettelijk tuchtrecht is onderworpen. Het biedt een belangrijke waarborg voor partijen ten aanzien van het in de mediation te stellen vertrouwen. Bovendien faciliteert de mediator op een neutrale manier de onderhandelingen tussen partijen

¹²³ Artikel 165, tweede lid, onder b, Rv.

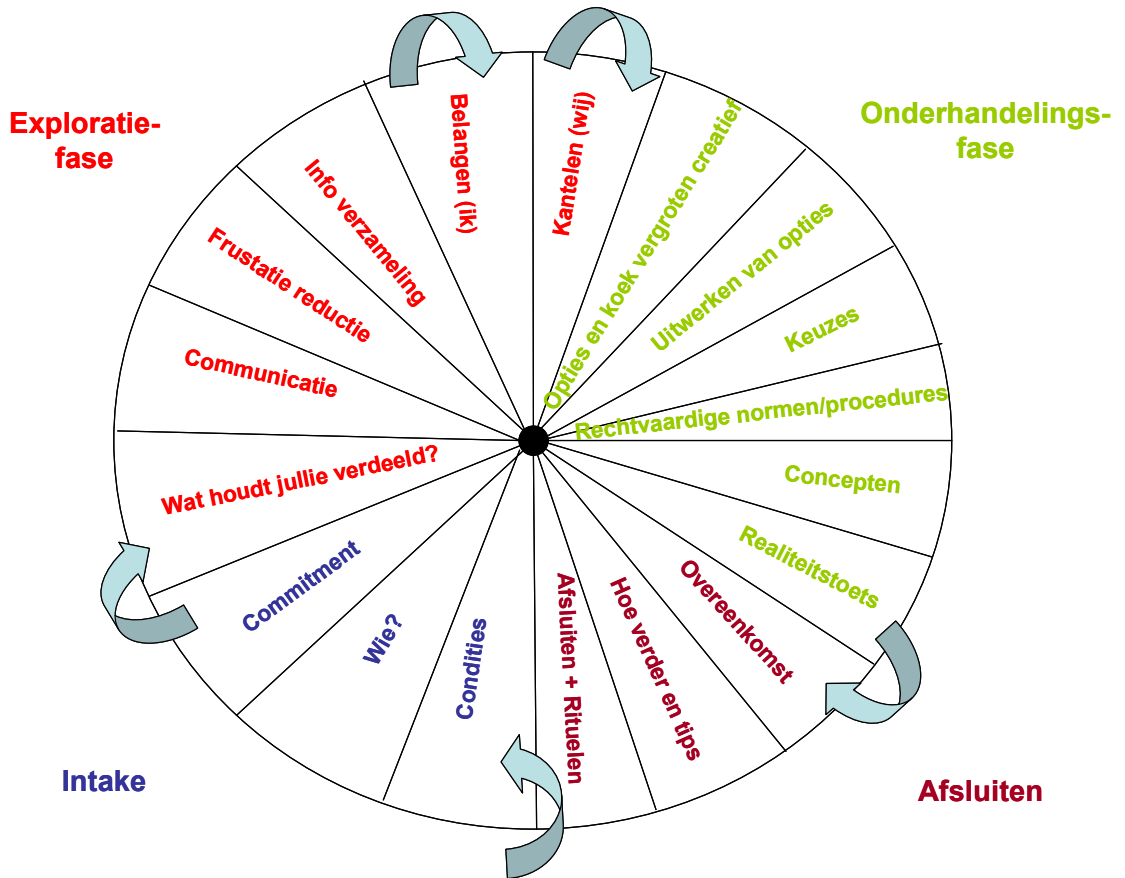
waarover zij in beginsel een bewijsovereenkomst moeten kunnen sluiten. In deze zin kan zijn rol met die van een notaris worden vergeleken. (Zie ook Rb. Utrecht 0 2-02-2005 178258/HAZA 04-1113: bewijs door middel van het doen horen van de mediator is niet toegestaan nu partijen geheimhouding overeengekomen zijn en de vaststellingsovereenkomst op zichzelf niet evident onduidelijk of onvolledig is).

Vraag 6: *Wat te doen zolang de mediator geen verschoningsrecht heeft?*

Antwoord: De mediator kan zich beroepen op zijn contractuele geheimhoudingsplicht, waarna het aan de rechter is om een afweging te maken tussen het belang van de materiële waarheidsvinding, wettelijk aangevuld met de waarheidsplicht van artikel 21Rv en het belang van de vertrouwelijkheid van mediation in de vorm van een bewijsovereenkomst.

Bijlage 3. Fases in mediation

(Bron: Centrum voor Conflicthantering, 2003)



Bijlage 4. Observatielijst

Observatielijst 'belangen in civiele procedures'.

Zaak: Sector: Handelsrecht Datum:
Tijdstip: Rechter/Raadsheer: Observant: Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Procedureel (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit) (ergens bij horen, gezien worden, vriendschap, zorg, aandacht, liefde en warmte krijgen) (erkenning, waardering krijgen en met respect behandeld worden)	Wat is het belang in deze zaak?
1.Dossier	Eiser/ Appellant Verweerder/ Geïntimeerde	Eiser/ Appellant Verweerder/ Geïntimeerde	Eiser/ Appellant Verweerder/ Geïntimeerde	
2.Compartitie	Eiser/ Appellant Verweerder/ Geïntimeerde	Eiser/ Appellant Verweerder/ Geïntimeerde	Eiser/ Appellant Verweerder/ Geïntimeerde	
3.Rechter	Eiser/ Appellant Verweerder/ Geïntimeerde	Eiser/ Appellant Verweerder/ Geïntimeerde	Eiser/ Appellant Verweerder/ Geïntimeerde	

Optioneel

Verwevenheid van belangen	Gemeenschappelijk	Verenigbaar	Tegengesteld	Wat is belang in deze zaak?
1.Dossier	Eiser/ Appellant	Eiser/ Appellant	Eiser/ Appellant	
	Verweerder/ Geïntimeerde	Verweerder/ Geïntimeerde	Verweerder/ Geïntimeerde	
2.Compartitie	Eiser/ Appellant	Eiser/ Appellant	Eiser/ Appellant	
	Verweerder/ Geïntimeerde	Verweerder/ Geïntimeerde	Verweerder/ Geïntimeerde	
3.Rechter	Eiser/ Appellant	Eiser/ Appellant	Eiser/ Appellant	
	Verweerder/ Geïntimeerde	Verweerder/ Geïntimeerde	Verweerder/ Geïntimeerde	

Bijlage 5. Uitwerking comparities¹²⁴.

Observatielijst rechtbank 'Belangen in civiele procedures'.

Zaak: L en B

Code: RB01

Handelsrecht

Datum:

Observant:

Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (In) (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Procedureel (Pr) (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (Ps) (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit) (ergens bij horen, gezien worden, vriendschap, zorg, aandacht, liefde en warmte krijgen) (erkenning, waardering krijgen en met respect behandeld worden)	Wat is het belang in deze zaak?
1.Dossier	Eiser Ja Verweerder Ja	Eiser Verweerder	Eiser Verweerder	Uit het dossier blijken inhoudelijk financiële belangen.
2.Compartie	Eiser Ja Verweerder Ja	Eiser Nee Verweerder Nee	Eiser Ja Verweerder Ja	In: geld, vertragen vd zaak (fin.problemen) Ps: reputatie, gekrenkte trots, macht. In: geld Ps: reputatie, gekrenkte trots, erkenning.
3.Rechter	Eiser Ja Verweerder Ja	Eiser Nee Verweerder Nee	Eiser Ja Verweerder Ja	Rechter heeft geen aanvullingen.

¹²⁴ In bijlage 5 is vraag 3b 'Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure' uit het interview opgenomen om de houding van de rechter met betrekking tot de belangen van procespartijen ter comparitie te verhelderen.

Zaak: L c.s. en B c.s.

Code: RB01

Inhoud comparitie:

Het betreft een complexe zaak (meerdere procedures aanhangig bij de rechtbank) die kort gezegd gaat over twee ondernemers die geïnvesteerd hebben in onroerend goed in het buitenland en betalingen hebben verricht in gevolge van een ‘verdrag’. Het onroerend goed heeft een verlies van ruim 7 miljoen euro. Het onroerend goed wordt geëxploiteerd door een onderneming en de aandelen worden indirect gehouden door een B.V. Het onroerend goed heeft zijn hoofd boven water kunnen houden door stortingen waarvoor B. zich persoonlijk garant heeft gesteld. B. stelt dat L. zich niet houdt aan de verplichtingen die uit het ‘verdrag’ voortvloeien.

Partijen stellen in de hoofdzaak in conventie en reconventie over en weer gelden ter beschikking te hebben gesteld. Over en weer wordt dat betwist, althans voor de hoogte van het beweerdelijk ter beschikking gestelde bedragen. Voorts wordt over en weer beweerd gesteld dat de ter beschikking gestelde bedragen deels wederom zijn betrokken dan wel zijn gebruikt op andere wijze dan waarvoor deze beweerdelijk ter beschikking zijn gesteld. De rechter wil weten welke betalen partijen in gevolge van het verdrag daadwerkelijk hebben gedaan en tot welke betalingen zij uit hoofde daarvan gehouden waren en nu nog zijn. De rechter gelast een deskundigenonderzoek (aanstellen accountant).

Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure:

Belangen benoemen. In casu is de samenwerking tussen L. en B. Mislukt. De rechter speelt daar op in door de belangen in een grotere context te benoemen en/ of te plaatsen. Het gaat hier om vastgoedondernemers en heel veel geld. Naast de inhoudelijk financiële belangen spelen er psychologische belangen in de vorm van gekrenkte trots en behoud van reputatie. Dat laatste wordt met name duidelijk door de artikelen die er in de media zijn verschenen over de kwestie. Men wil als goed ondernemer te boek staan en niet als ‘oplichter’. Bij L. lijkt er een belang ‘macht’ te spelen. Hij stelt niet gehouden te zijn aan de verplichtingen in het ‘verdrag’. B. wil erkenning dat er wel degelijk een verplichting is en dat niet alleen ondernemer B. opdraait voor de verliezen.

Observatielijst rechtbank 'Belangen in civiele procedures'.

Zaak: K en V

Sector:

Handelsrecht

Datum:

Code: RB02

Rechter/Raadsheer:

Observant:

Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (In) (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Procedureel (Pr) (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (Ps) (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit) (ergens bij horen, gezien worden, vriendschap, zorg, aandacht, liefde en warmte krijgen) (erkenning, waardering krijgen en met respect behandeld worden)	Wat is het belang in deze zaak?
1.Dossier	Eiser Ja Verweerder Ja	Eiser Verweerder	Eiser Verweerder	Uit het dossier blijken inhoudelijk financiële belangen.
2.Compartitie	Eiser Ja Verweerder Ja	Eiser Nee Verweerder Nee	Eiser Ja Verweerder Ja	In: geld Ps: erkenning, respect In: geld Ps: erkenning, respect.
3.Rechter	Eiser Ja Verweerder Ja	Eiser Nee Verweerder Nee	Eiser Ja Verweerder Ja	Rechter heeft geen aanvullingen.

Zaak: K en V

Code: RB02

Inhoud comparitie:

Eiser K. vordert van gedaagde V. een geldsom aan contractuele boete nu V. niet de onroerende zaak heeft geleverd aan K. die K. van hem gekocht heeft op basis van een schriftelijke koopovereenkomst.

De akte van levering zal (3:89 BW) op een bepaalde datum gepasseerd worden. De notaris stelde na kadastraal onderzoek vast dat ook de toenmalige echtgenote van V. nog rechthebbende was op de onroerende zaak. De notaris nodigt V. en zijn voormalige echtgenote uit voor het passeren van akte van levering bij schrijven. Deze passeerdatum wordt op verzoek van V. wegens persoonlijke problemen van V. geannuleerd. De gewenste leverdatum wordt na deze annulering nog meerdere malen verschoven door V. De reden die V. opgeeft is het verkrijgen van medewerking van zijn (ex) vrouw, die noodzakelijk is om tot levering van de onroerend zaak over te gaan. De koopovereenkomst wordt op een zeker moment ingeschreven in het kadaster. De notaris ontdekt enkele dagen later in het kadaster dat in weerwil van de inschrijving en in weerwil van de overeenkomst de onroerende zaak door V. en zijn voormalige echtgenote zijn verkocht en geleverd aan een derde. De voormalige echtgenote bleek niet geïnformeerd over de koopovereenkomst met K. De levering van de onroerende zaak kan zowel haar als deze derde niet tegengeworpen worden.

V. zegt ter comparitie: ‘De overeenkomst was er misschien wel maar gezien de echtscheiding met mijn (ex) vrouw is het allemaal anders verlopen. ‘Ik heb t.g.t. gehandeld’. K. zegt ook t.g.t. gehandeld te hebben en wil erkenning en respect. V. zegt dat K. wist van de scheiding en dat zijn voormalige echtgenote het land aan een derde heeft verkocht en niet V. zelf. V. heeft geen geld om eiser te betalen of door te procederen (erkenning voor de situatie en respect van de wederpartij).

Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure:

Vragen, doorvragen en kijken of er ruimte is. Wijzen op de positie van partijen speelt daarin ook een rol. In casu drong de juridische realiteit bij verweerder niet helemaal door (advocaat gaf hem veel ruimte).

Observatielijst rechtbank 'Belangen in civiele procedures'.

Zaak: K, H en F.

Sector:

Handelsrecht

Datum:

Code: RB03

Rechter/Raadsheer:

Observant:

Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (In) (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Procedureel (Pr) (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (Ps) (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit) (ergens bij horen, gezien worden, vriendschap, zorg, aandacht, liefde en warmte krijgen) (erkenning, waardering krijgen en met respect behandeld worden)	Wat is het belang in deze zaak?
1.Dossier	Eiser Ja Verweerders Beperkt, verzekering.	Eiser Verweerders	Eiser Ja Verweerders ja	Uit het dossier blijken inhoudelijk financiële belangen en psychologische belangen.
2.Compartitie	Eiser Ja Verweerders Ja	Eiser Nee Verweerders Nee	Eiser Ja Verweerders Ja	In: geld Ps: respect, rechtvaardigheid. In: geld Ps: behoud reputatie, gekrenkte trots.
3.Rechter	Eiser Ja Verweerders Ja	Eiser Nee Verweerders Nee	Eiser Ja Verweerders Ja	Rechter heeft geen aanvullingen.

Zaak: K, H en F.

Code: RB03

Inhoud comparitie:

Eiser K. heeft ter financiering van een woonhuis contact gezocht met verweerder L. L. is directeur van onderneming H. L. was een buurvrouw en goede bekende van K. en deed zich jegens K. voor als deskundige aangaande financiële aangelegenheden. Ten tijde van het aangaan van een financieringsconstructie, een beleggingshypotheek, is er volgens K. geen beleggingsprofiel opgemaakt en heeft L. niet gehandeld conform de uitdrukkelijke wensen van K. Hierdoor is er een sterke waardedaling van K's financieringsconstructie opgetreden als gevolg van dalende aandelenkoersen. K. heeft L. en tevens F. (financiële instelling die de beleggingshypotheek aan K. heeft verstrekt) aansprakelijk gesteld voor de geleden schade op grond van het niet nakomen van overeenkomst tot opdracht dan wel onrechtmatige daad.

De reden voor de aankoop van het woonhuis was gelegen in het feit dat K. in scheiding lag met haar toenmalige echtgenoot. Gedurende haar huwelijk heeft K. zich nimmer beziggehouden met financiële aangelegenheden. Ter comparitie geeft K. herhaaldelijk aan dat zij het erg lastig vindt om financiële stukken te lezen en heeft daarom de hulp en steun van L. ingeroepen. Ter comparitie komt naar voren dat K. wel degelijk financiële stukken heeft ontvangen met betrekking tot de beleggingsconstructie. K. zegt ter comparitie dat zij L. vertrouwde en zij in die periode onvoldoende in staat was zakelijk te denken. L. wist volgens K. van de gemoedstoestand van L. K. stelt dat er nimmer over het risico van de financieringsconstructie is gesproken. L. stelt dat er wel degelijk met K. over de risico's is gesproken. Tevens vermeldt F. dat zij haar zorgplicht jegens K. is nagekomen.

Ter comparitie blijkt dat K. zich bedrogen voelt. Zij wil met respect worden behandeld en rechtvaardigheid. Voor de verweerders (ondernemers) speelt het behoud van de reputatie/ trots en het voorkomen van reputatieschade.

Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure:

Zitting: het hangt ter zitting van de partijen af of de belangen aan de orde komen. Hierin spelen emoties een rol en het tijdsaspect.

Schikking: zeker rekening houden met belangen. In casu heeft de rechter geen schikkingspoging gedaan.

Vonnis: Heel beperkt rekening houden met belangen. Het gaat om de juridische afweging.

Observatielijst rechtbank 'Belangen in civiele procedures'.

Zaak: B en O

Sector: Handelsrecht

Datum:

Code: RB04

Rechter/Raadsheer:

Observant:

Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (In) (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Proceduureel (Pr) (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (Ps) (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit) (ergens bij horen, gezien worden, vriendschap, zorg, aandacht, liefde en warmte krijgen) (erkenning, waardering krijgen en met respect behandeld worden)	Wat is het belang in deze zaak?
1.Dossier	Eiser Ja Verweerder Beperkt, verzekering.	Eiser Verweerder	Eiser Verweerder	Uit het dossier blijken inhoudelijk financiële belangen.
2.Compartitie	Eiser Ja Verweerder Ja	Eiser Nee Verweerder Nee	Eiser Ja Verweerder Ja	In: geld In: geld
3.Rechter	Eiser Ja Verweerder Ja	Eiser Nee Verweerder Nee	Eiser Ja Verweerder Ja	Rechter heeft geen aanvullingen.

Zaak: B en O

Code: RB04

Inhoud comparitie:

Eiser B. vordert: te verklaren voor recht dat de in de verzekeringspolis opgenomen bepaling met de uitsluitingsgrond geen onderdeel uitmaakt van de tussen partijen gesloten verzekeringsovereenkomst, althans het beroep op deze bepaling in de verzekeringspolis door gedaagde in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is.

Tevens vordert B. van O. betaling van de schade- uitkering onder de verzekeringsovereenkomst voor de diefstal van de auto.

Eiser B. heeft telefonisch bij O. een autoverzekering afgesloten. De auto van B. wordt gestolen. O. heeft aangegeven dat de schade tengevolge van de diefstal van de auto van B. niet voor vergoeding in aanmerking komt, omdat het polisblad van de verzekeringspolis een bepaling voorschrijft dat de auto moet zijn voorzien van een bepaald goedgekeurd en gecertificeerd beveiligingssysteem, hetgeen niet het geval was. B. stelt vóór of bij het aangaan van de overeenkomst nimmer door O te zijn geïnformeerd over deze bepaling en de bepaling is door B. ook nimmer aanvaard. O. heeft B. niet op de hoogte gesteld van deze bepaling en heeft geen duidelijk voorbehoud gemaakt volgens B.

O. zegt B. wel te hebben geïnformeerd over het beveiligde beveiligingssysteem. Voorts zou bij de polisbescheiden een middels een geautomatiseerd systeem gegenereerde brief zijn gevoegd waarin uitdrukkelijk op deze bepaling met uitsluitingsgrond wordt gewezen volgens O.

Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure:

In beperkte mate houdt de rechter ter comparitie rekening met de belangen. Het gaat om een juridische afweging in casu. Of de uitkomst (vonnis) rechtvaardig is, is in deze zaak niet expliciet aan de orde. Belangen komen volgens de rechter op de zitting wel aan de orde. Het bereiken van een schikking maakt daar ook deel van uit. Ter comparitie wordt door de rechter de volgende vraag aan O gesteld: ‘Zou het mogelijk zijn dat de brief niet bij de polisbescheiden zat?’. Of de brief met de bepaling daadwerkelijk bij de informatie zat is moeilijk bewijsbaar, aangezien de computer de enveloppen vult. De rechter heeft ter comparitie een schikkingspoging gedaan, maar zonder resultaat. De ‘repeat player’ wil een vonnis met het oog op precedentwerking.

Observatielijst rechtbank 'Belangen in civiele procedures'.

Zaak: Cs en Cr

Sector:

Handelsrecht

Datum:

Code: RB05

Rechter/Raadsheer:

Observant:

Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (In) (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Procedureel (Pr) (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (Ps) (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit)	Wat is het belang in deze zaak?
1.Dossier	Eiser Ja Verweerder Ja .	Eiser Verweerder	Eiser Ja Verweerder Ja	Uit het dossier blijken inhoudelijk financiële belangen.
2.Compartitie	Eiser Ja Verweerder Ja	Eiser Nee Verweerder Nee	Eiser Ja Verweerder Ja	In: geld (winstpotentie) Ps: zeggenschap, reputatie, respect, gekrenkte trots. In: geld Ps: keuzevrijheid, Onafhankelijkheid, macht, reputatie.
3.Rechter	Eiser Ja Verweerder Ja	Eiser Nee Verweerder Nee	Eiser Ja Verweerder Ja	Rechter heeft geen aanvullingen.

Zaak: Cs en Cr
Code: RB05

Inhoud comparitie:

Eiser Cs. vordert: een verklaring voor recht dat tussen Cr. en Cs. een bindende afspraak tot stand is gekomen met betrekking tot de gezamenlijke ontwikkeling van een project en de verkoop van het project aan Cs. en een vergoeding van de schade die Cs heeft geleden en nog zal lijden als gevolg van het toerekenbaar tekortschieten, het toerekenbaar onrechtmatig handelen van de zijde van Cr. Tevens stelt Cs. dat de onderhandelingen tussen partijen in een zodanig stadium waren gekomen dat Cs. erop mocht vertrouwen dat de overeenkomsten tussen partijen tot stand zijn gekomen.

Het geschil tussen partijen heeft betrekking op de tussen partijen gemaakte afspraken met betrekking tot de gezamenlijke ontwikkeling en afname van een te realiseren kantoorgebouw ten behoeve van een derde. Cs. stelt op een gegeven moment de nodige vraagtekens bij de door Cr. geraamde bouwkosten. Cr. wenst zo spoedig mogelijk tot een afronding van de te sluiten contracten, de huurovereenkomst en de aannemingsovereenkomst met de derde te komen. Cr. voert de druk op Cs. op om de afspraken met de derde na te kunnen komen. Cs. leidt uit de communicatie van Cr. dat Cr. intern had besloten aan te sturen op conflicten met Cs., teneinde te komen tot verbreking van de samenwerking met tegelijkertijd het behoud van het gehele project voor haarzelf alleen. Er vindt nog communicatie over en weer plaats. Cr. verkoopt uiteindelijk het gebouwcomplex aan de derde, die de exploitatie zelf op zich gaat nemen.

Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure:

Partijen prikkelen (opstoken). Iets meer zeggen dan voor de hand ligt. De manier van vragen stellen is belangrijk. Bijvoorbeeld in casu vroeg de rechter of Cs. zichzelf pas ging afvragen wat er voor hem op het spel stond, nadat een adviseur naar de plannen had gekeken. Cs. zag toen in dat het project riskant werd en werd zelf vanaf dat moment terughoudender. Maar door de houding van Cr. ten opzichte van de derde voelde Cs. zich onder druk gezet (Cr. gaat namelijk gewoon in onderhandeling met de derde, aangezien Cs. te langzaam met de onderhandelingen was) en zich in wezen overschreeuwt (breed maakt in de procedure), terwijl Cs. misschien zelf wat argeeloos geweest is.

Observatielijst rechtbank 'Belangen in civiele procedures'.

Zaak: A en W

Sector:

Handelsrecht

Datum:

Code: RB06

Rechter/Raadsheer:

Observant:

Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (In) (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Procedureel (Pr) (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (Ps) (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit)	Wat is het belang in deze zaak?
1.Dossier	Eiser Beperkt , verzekering Verweerder Ja .	Eiser Verweerder	Eiser Verweerder	Uit het dossier blijken inhoudelijk financiële belangen.
2.Compartitie	Eiser Beperkt , verzekering Verweerder Ja	Eiser Nee Verweerder Nee	Eiser nee Verweerder Ja	In: geld In/Ps: herstel relatie In: geld In/ Ps: herstel relatie
3.Rechter	Eiser Beperkt , verzekering Verweerder Ja	Eiser Nee Verweerder Nee	Eiser Ja Verweerder Ja	Rechter heeft geen aanvullingen.

Zaak: A en V

Code: RB06

Inhoud comparitie:

Eiser A vordert: A. heeft onverschuldigd betaald aan V. en V. heeft zich jegens A. schuldig gemaakt aan onrechtmatig handelen door aan A. kenbaar te maken dat zij niet gerechtigd was aan tot ontvangst van een bedrag, dat bedrag tot dusverre zonder redengeving onder zich te houden en niet aan A. terug te betalen en door haar besloten vennootschappen ten onrechte te liquideren (zolang de fiscale schulden niet voldaan zijn, kan van een rechtsgeldige liquidatie geen sprake zijn.) V is weduwe van B. B. had een eenmanszaak. V. had ook een onderneming (Holding B.V.) met drie dochters. Na het overlijden van B. heeft V. de cliëntenbestanden en de inventarissen van twee dochters-B.V.'s en van de eenmanszaak, verkocht aan een accountantskantoor. Op verzoek van de accountant van V. is er een bedrag op de privé-rekening van V. gestort en niet naar de B.V.'s.

De belastingdienst zegt recht te hebben op geld. De notarissen hebben onverschuldigd het bedrag aan V. voldaan. Die betaling had dienen te geschieden, na verrekening met de Belastingdienst, aan de B.V.'s van V., zover die gelden tot de nalatenschap van B. Was V. gerechtigd privé te innen?

Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure:

Rekening houden met belangen doet de rechter door naar belangen te vragen, er ter comparitie op te wijzen en/ of een overweging te geven om een schikking te bereiken. Ook rechtens relevante belangen plaats hij in open normen, zoals de redelijkheid en billijkheid. In casu vroeg de rechter aan procespartijen of het belang: de relatie herstellen, aanwezig was. In casu was dat ook het geval. Deze zaak kent voornamelijk inhoudelijk, financiële belangen. Daarnaast komt ter comparitie naar voren dat partijen graag een herstel van de relatie willen. Wanneer eiser dat wil met het oog op winstpotentie is het een inhoudelijk belang, wanneer zij het onderliggend conflict uit de wereld wil helpen is herstel van de relatie meer als een psychologisch belang te duiden. Aan de kant van eiser (notaris Kantoor) is er sprake van een afgesloten verzekering, waardoor hij zou kunnen aansturen op een vonnis in plaats van een schikking, aangezien een vonnis in het nadeel van eiser onder de verzekering zou kunnen vallen en vergoed zou kunnen worden door de verzekering, en een schikking in zijn algemeenheid niet.

Observatielijst rechtbank 'Belangen in civiele procedures'.

Zaak: R en P

Sector:

Handelsrecht

Datum:

Code: RB07

Rechter/Raadsheer:

Observant:

Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (In) (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Proceduureel (Pr) (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (Ps) (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit)	Wat is het belang in deze zaak?
1.Dossier	Eiser Ja Verweerder Ja.	Eiser Verweerder	Eiser Verweerder	Uit het dossier blijken inhoudelijk financiële belangen.
2.Compartitie	Eiser Ja Verweerder Ja	Eiser Nee Verweerder Nee	Eiser Nee Verweerder Ja	In: geld In: geld Ps: Erkenning
3.Rechter	Eiser Ja Verweerder Ja	Eiser Nee Verweerder Nee	Eiser Nee Verweerder Ja	Rechter heeft geen aanvullingen.

Zaak: R en P, H

Code: RB07

Inhoud comparitie:

Eiser R. (bank) vordert in de hoofdzaak: P en H hoofdelijk te veroordelen, des dat de één betalende de ander zal zijn bevrijd, om aan R. tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag van 12.087, 15 euro, gelijk aan de hoogste toegelaten kredietvergoeding krachtens artikel 35 van de Wet op het Consumentenkrediet, met een maximum van 1.189% per maand, althans de wettelijke rente over 9.653,23 tot aan de dag van algehele voldoening, met hoofdelijke veroordeling van P en H in de kosten van het geding. Als grondslag voor de vordering van R. stelt R. dat zij een doorlopend krediet heeft verstrekt aan P en H. Aangezien P en H. in gebreke zijn gebleven met de tijdige betalingen van twee of meer maandelijks termijnenbedragen en ondanks ingebrekestelling door R. hun verplichtingen jegens R. niet zijn nagekomen, is het restant verschuldigde in zijn geheel opeisbaar.

Partij H. is niet ter comparitie aanwezig, vandaar dat alleen de belangen van verweerder P in bovenstaande tabel zijn verwerkt. H. blijkt al maanden onvindbaar en is inmiddels de voormalige echtgenoot van P. In goede tijden hebben P en H leningen op beide namen afgesloten. P. is er na de breuk met haar echtgenoot psychisch niet best aan toe. Tevens wordt P. door meerdere crediteuren (ook crediteuren van H.) voor het gerecht gedaagd en weet zich geen raad. P. heeft het geld niet en kan eiser niet betalen.

Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure:

In deze comparitie spelen er inhoudelijke, financiële belangen. R. wil geld zien, maar merkt ter comparitie dat er bij P. geen geld te halen valt. R. is bereid de wettelijke rente buiten beschouwing te laten om het bedrag enigszins te verlagen (de rechter geeft een voorzet ter comparitie aan R. om de wederpartij P. enigszins tegemoet te treden).

P. is tijdens de comparitie zeer emotioneel en ten einde raad. P. wil erkenning en begrip voor de situatie waarin P. zit. Haar voormalig echtgenoot (H.) heeft P. niet alleen op schulden gejaagd maar ook letterlijk ‘kapot’ gemaakt vermeldt P. ter comparitie. De rechter speelt op P. in door herhaaldelijk te vragen of ze begrijpt wat de rechter zegt (P. is ondanks de vedelende situatie geld aan de bank verschuldigd) en geeft aan het eind van de comparitie P. mee eventueel na te denken over schuldsanering.

Observatielijst gerechtshof 'Belangen in civiele procedures'.

Zaak: D en K

Sector:

Handelsrecht

Datum:

Code: HF01

Rechter/Raadsheer:

Observant:

Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (In) (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Procedureel (Pr) (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (Ps) (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit)	Wat is het belang in deze zaak?
1.Dossier	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Geïntimeerde	Appellant Geïntimeerde	Uit het dossier blijken inhoudelijk financiële belangen.
2.Comparitie	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Ja Geïntimeerde Nee	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	In: geld Pr: Aandacht voor de zaak In: geld Ps: Erkenning. Waardering.
3.Rechter	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Ja Geïntimeerde Nee	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Raadsheer heeft geen aanvullingen.

Zaak: D en K

Code: HF01

Inhoud comparitie:

Het betreft een arbeidszaak in casu. Werkgever D. vordert: het gegeven ontslag op staande voet aan K. (werknemer) rechtsgeldig te verklaren, dan wel de arbeidsovereenkomst te ontbinden zover het ontslag op staande voet wordt vernietigd, en een schadevergoeding op grond van 7:680 BW lid 1 BW, ofwel op grond van wanprestatie dan wel op vergoeding van de werkelijke schade.

D. heeft met K. een arbeidsovereenkomst. K. meldt zich arbeidsongeschikt met rugklachten. De arbo-arts acht K. twee weken later weer arbeidsgeschikt. D. maakt een afspraak met de fysiotherapeut en spreekt met K. af dat hij contact opneemt met D. over het verloop van de behandeling. K. neemt geen contact op en verschijnt ook niet op het werk. K. blijkt onbereikbaar en is niet thuis. Het vermoeden bestaat dat K. het dienstverband is aangegaan met het oog op het verkrijgen van een geldlening voor zijn huis. De fysiotherapeut meldt overigens aan D. dat K. het werk kan hervatten. Na een brief en een telefoontje en nog een brief met een ‘dreiging’ tot ontbinding van het arbeidscontract wordt niets vernomen van K. D. voelt zich genoodzaakt K. op staande voet te ontslaan.

D. (werkgever) wil aandacht voor de zaak, aangezien er in eerste aanleg naar haar mening te weinig aandacht aan de zaak is besteed en er data door elkaar zijn gehaald. K. (werknemer) voelt zich onder druk gezet tot werken meldt hij ter comparitie. Daardoor komt K. niet meer op werk. K. wilde erkenning en waardering voor de lichamelijke klachten gedurende zijn dienstverband.

Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure:

De rechter probeert er achter te komen wat de achterliggende belangen zijn door middel van vragen, doorvragen. De rechter speelt op belangen in door een voorlopig oordeel in de zaak te geven en een schikkingspoging te ondernemen.

Deze zaak is een mysterieuze zaak gezien de afloop volgens de raadsheer. Het hoger beroep wordt geroyeerd en het vonnis van de kantonrechter niet ten uitvoer gelegd. Het betreft een schikking zonder dat er geld aan een der partijen wordt betaald. Het betreft een merkwaardige situatie aangezien K. (werknemer) bij de kantonrechter een bedrag toegewezen had gekregen en de bewijslast erg zwaar is voor een werkgever bij ontslag op staande voet. De raadsheer vroeg ter comparitie naar de naam van de fysiotherapeut. K. zegt deze niet meer te weten en is erg vaag. Waarschijnlijk wordt het hem wat te heet onder de voeten ter comparitie en besluit hij met D. (werkgever) te schikken.

Observatielijst gerechtshof 'Belangen in civiele procedures'.

Zaak: H en W

Sector:

Handelsrecht

Datum:

Code: HF02

Rechter/Raadsheer:

Observant:

Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (In) (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Procedureel (Pr) (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (Ps) (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit) (ergens bij horen, gezien worden, vriendschap, zorg, aandacht, liefde en warmte krijgen) (erkenning, waardering krijgen en met respect behandeld worden)	Wat is het belang in deze zaak?
1. Dossier	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Geïntimeerde	Appellant Geïntimeerde	Uit het dossier blijken inhoudelijk financiële belangen.
2. Comparitie	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Nee Geïntimeerde Ja	Appellant Ja Geïntimeerde Nee	In: geld Ps: met respect worden behandeld. In: geld, kosten besparen Pr: snel van procedure af willen
3. Rechter	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Nee Geïntimeerde Ja	Appellant Ja Geïntimeerde Ja?	Het Ps belang 'met respect worden behandeld' aan de kant van geïntimeerde zou kunnen spelen.

Zaak: H en W

Code: HF02

Inhoud comparitie:

Betreft : huurovereenkomst bedrijfsruimte. Deze is beëindigd en er is achterstallige huur die moet worden voldaan door H. De Kantonnier heeft uitgemaakt wat deze kosten zouden moeten zijn. H. gaat in Hoger beroep bij het hof, omdat hij de energiekosten te hoog vindt (wil eindafrekening NUON zien), het niet eens is met de huuraanpassing (verhoging achteraf) en het niet eens is met de gerechtelijke kosten en met de kosten voor het gemeenschappelijk gebruik van de lampen van de bureaus. Daarom deze partij überhaupt gaat procederen is een raadsel voor de raadsheer, gezien het relatief beperkt financiële belang (de verhouding tussen het financiële belang en de proceskosten). De toevoeging van de advocaat maakt het voor H. makkelijker om door te procederen.

Uitspraak: schikking 3000 euro. De zaak wordt geroyeerd na betaling van het bedrag van H. aan W. Ieder betaalt zijn eigen proceskosten. Finale kwijting over en weer.

Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure:

In deze procedure waren de belangen zeer vaag. Er speelt relatief gezien een gering financieel belang in casu. Geïntimeerde W. heeft hoge advocatenkosten en wil graag van de zaak af. Hij heeft een belang bij schikken (zegt W. ter comparitie). W. heeft een procedureel belang (kosten, snelheid). Appellant H. heeft een financieel inhoudelijk belang en een klein psychologisch belang in de vorm van met respect behandeld willen worden (meneer vindt de hoge huurverhoging van de bedrijfsruimte achteraf niet netjes en vermeldt ter comparitie: ‘men moet natuurlijk wel correct blijven’). Of dit psychologisch belang werkelijk speelt is twijfelachtig, aangezien H. niet naar de comparitie in eerste aanleg was geweest (verslapen) en W. meerdere pogingen tot onderhandelen heeft gedaan. De rechter probeert er achter te komen wat de achterliggende belangen zijn door middel van vragen, doorvragen. De rechter speelt op belangen in door een voorlopig oordeel in de zaak te geven en een schikkingspoging te ondernemen.

Observatielijst gerechtshof 'Belangen in civiele procedures'.

Zaak: V en D

Sector: Handelsrecht

Datum:

Code: HF03

Rechter/Raadsheer:

Observant:

Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (In) (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Procedureel (Pr) (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (Ps) (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit) (ergens bij horen, gezien worden, vriendschap, zorg, aandacht, liefde en warmte krijgen) (erkenning, waardering krijgen en met respect behandeld worden)	Wat is het belang in deze zaak?
1.Dossier	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Geïntimeerde	Appellant Geïntimeerde	Uit het dossier blijken inhoudelijk financiële belangen.
2.Compartitie	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	In: geld Pr: advocaat in eerste aanleg geen verweer gevoerd, kosten, snelheid. Ps: respect In: geld Pr: kosten, snelheid Ps: behoud reputatie
3.Rechter	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Raadsheer heeft geen aanvullingen.

Zaak: V en D

Code: HF03

Inhoud comparitie: Het gaat om de vraag of er wel of niet courtage is overeengekomen tussen makelaar D. en persoon V. V. heeft een huis in maart te koop aangeboden via makelaar D. Dezelfde makelaar heeft de aankoop van een nieuw huis in april bewerkstelligd voor V. Het nieuwe huis is weer te koop aangeboden in juni, aangezien mevrouw de lasten van het oude en het nieuwe huis samen niet meer kon dragen (oude huis werd niet verkocht).

In deze comparitie gaat het om de verkoop van het nieuwe huis en wat daar onderling over is afgesproken. V. zegt dat overeengekomen was met D. dat geen courtage zou worden betaald. D. ontkent dat.

Het bewijs rust in hoger beroep op de makelaar (D.) dat courtage overeengekomen is (grondslag voor bewijs ligt bij hem). De bewijspositie (dat blijkt ter comparitie) van de makelaar is niet sterk, want hij kan het niet bewijzen (geen schriftelijke stukken of mondelinge overeenkomst). Dit heeft tot gevolg dat zijn bewijspositie niet sterk is. Partijen gaan op de gang om te schikken en dat lukt voor een bedrag van 1.500 euro. Finale kwijting over en weer en de proceskosten worden gedragen door procespartijen zelf. De procedure wordt geroyeerd (doorgehaald op de rol).

Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure:

De rechter probeert er achter te komen wat de achterliggende belangen zijn door middel van vragen, doorvragen. De rechter speelt op belangen in door een voorlopig oordeel in de zaak te geven en een schikkingspoging te ondernemen.

Observatielijst gerechtshof 'Belangen in civiele procedures'.

Zaak: A en D

Sector:

Handelsrecht

Datum:

Code: HF04

Rechter/Raadsheer:

Observant:

Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (In) (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Proceduureel (Pr) (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (Ps) (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit)	Wat is het belang in deze zaak?
1.Dossier	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Geïntimeerde	Appellant Geïntimeerde	Uit het dossier blijken inhoudelijk financiële belangen.
2.Compartitie	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Ja Geïntimeerde Nee	Appellant Nee Geïntimeerde Nee	In: geld Pr: kosten, snelheid In: geld
3.Rechter	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Ja Geïntimeerde Nee	Appellant Nee Geïntimeerde Nee	Raadsheer heeft geen aanvullingen.

Zaak: A en D

Code: HF04

Inhoud comparitie:

Appellant A. stelt dat hij geld te vorderen heeft van geïntimeerde D. A. zou goederen bij D. op het bedrijventerrein hebben afgeleverd. Inmiddels heeft de zoon van geïntimeerde: D. junior, het bedrijventerrein overgenomen. D. Senior betwist dat hij de goederen heeft bestelden geleverd heeft gekregen van A.

Ter comparitie spreekt D. senior zich herhaaldelijk tegen (gezien het vonnis van de rechtbank). Dit tast de geloofwaardigheid van meneer aan.

Er wordt ter comparitie niet geschikt, dat is voor de raadsheer een raadsel, aangezien het een relatief gering financieel belang betreft in casu en de positie van zeer zwak is.

Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure:

Partijen hebben beiden een gemeenschappelijk procedureel belang, namelijk het besparen van kosten naar de mening van de raadsheer (toeschrijven van belangen). Voor D. (appellant) blijkt dat niet het geval, aangezien de poging tot schikken op de gang is mislukt.

Vragen, doorvragen en hoge druk uitoefenen. Hier speelt echter wel de vraag: hoever kan je als rechter gaan met druk uitoefenen. Een advocaat kan namelijk de rechter wraken indien hij meent dat de raadsheer bevooroordeeld is. In deze zaak stelde de raadsheer zeer kritische vragen aan D. Hij vroeg ook voorzichtig naar geld (eventuele financiële problemen die geïntimeerde zou kunnen hebben en daarom de rekening niet zou kunnen betalen). De raadsheer legde in deze zaak sterk de nadruk op de kansen in de procedure. Appellant werd bij de rechtbank Zwolle in het ongelijk gesteld. Ter comparitie bij het hof spreekt appellant zichzelf tegen. De raadsheer gaat overigens in deze zaak heel ver met aansturen op een schikking. Verder procederen is volgens de raadsheer voor appellant zinloos en kost meer geld. Ook moeten er dan nog getuigenverhoren plaatsvinden. De reden om door te procederen lijkt aan het eind van de comparitie duidelijk te worden, nadat advocaat van geïntimeerde daar iets over zegt, te weten dat geïntimeerde D. met een vonnis eventueel de kosten kan afwentelen op zijn zoon die inmiddels de maatschap heeft overgenomen (een inhoudelijk belang: geld).

Observatielijst gerechtshof 'Belangen in civiele procedures'.

Zaak: R en B

Sector:

Handelsrecht

Datum:

Code: HF05

Rechter/Raadsheer:

Observant:

Judith Emaus

Soorten belangen:	Inhoudelijk (In) (financiën, goederen, waardevolle bronnen)	Procedureel (Pr) (procedure, kosten, snelheid)	Psychologisch (Ps) (keuzevrijheid, onafhankelijkheid, zeggenschap, macht en identiteit) (ergens bij horen, gezien worden, vriendschap, zorg, aandacht, liefde en warmte krijgen) (erkenning, waardering krijgen en met respect behandeld worden)	Wat is het belang in deze zaak?
1.Dossier	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Geïntimeerde	Appellant Ja Geïntimeerde	Uit het dossier blijken inhoudelijk financiële belangen en een psychologisch belang (behoud reputatie aan de kant van appellant).
2.Compartitie	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Nee Geïntimeerde Nee	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	In: geld Ps: behoud reputatie, waardering, respect, erkenning. In: geld Ps: erkenning, respect, rechtvaardigheid.
3.Rechter	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Appellant Nee Geïntimeerde Nee	Appellant Ja Geïntimeerde Ja	Aantasting beroepsfeer/ eergevoel Bedrogen voelen?

Zaak: R en B

Code: HF05

Inhoud comparitie:

Appellant R. (belastingadviseur en vennoot van vof) heeft in opdracht en voor rekening van geïntimeerde B. werkzaamheden verricht. R. heeft B. een aantal facturen gezonden, die door B. niet zijn voldaan. R. heeft aanmaningen gestuurd aan B. om tot betaling van openstaande facturen over te gaan. De samenwerking tussen R. en B. wordt een maand later door B. opgezegd. Volgens geïntimeerde B. heeft R. meer uren in rekening gebracht dan hij daadwerkelijk heeft verricht. Daarnaast zou R. uitgaan van een hoger jaartarief dan tussen partijen is afgesproken. Het betreft een hevig geëscaleerd conflict in casu. De belastingadviseur R. voelt zich aangetast in zijn beroepsfeer en in zijn eer. B. voelt zich niet netjes behandeld en bedregenen. B. is ter comparitie zeer wantrouwend.

Hoe houdt de rechter rekening met de belangen in deze procedure:

Vragen naar voor de hand liggende belangen en het oppikken van belangen die te horen zijn bij procespartijen tussen de regels door. Voor zover belangen in vordering of verweer (waar het partijen om gaat) rechtstreeks tot uiting komen, speelt de rechter daar op in. Belangen die niet aan de orde komen in vordering of verweer, maar die wel duidelijk maken wat partijen motiveert, komen tot uiting op de comparitie. Indien er geen regeling getroffen is in een procedure kan de rechter niet meer zoveel met de belangen.

De raadsheer onderneemt een schikkingspoging en laat mediation even vallen. De raadsheer geeft procespartijen een moment van bezinning zodat partijen zich af kunnen vragen waar ze mee bezig zijn. De reden om een schikkingspoging te ondernemen was volgens de raadsheer de verhouding tussen de vordering en de proceskosten (beperkt financieel belang). Motieven (psychologische belangen) die verder gaan en sterker zijn zorgen er in deze zaak voor dat de schikkingspoging mislukt. In casu speelde geld geen rol meer, waardoor de schikking niet tot stand kwam. Wanneer partijen in de toekomst met elkaar verder hadden moeten was het volgens de raadsheer wellicht wel gelukt om te schikken.

Bijlage 6. Vragenlijst interview

Belangen

- 1a) Wat verstaat u onder belangen?
- 1b) Zijn niet rechtens relevante belangen voor u interessant als rechter?

De observatie lijst

- 2a) De observatielijst wordt met de desbetreffende rechter nagelopen en besproken.
- 2b) Wat zijn de belangen in deze procedure

De houding van de rechter

- 3a) Hoe houdt u rekening met de belangen in een procedure en hoe speelt u daar op in?
- 3b) Hoe houdt u rekening met de belangen in deze procedure?

Verantwoordelijkheid

- 4a) Hoever reikt uw verantwoordelijkheid in de zoektocht naar belangen?
- 4b) Hoever reikt uw zoektocht in de zoektocht naar belangen in deze procedure?

Procedure

- 5a) Kunnen de belangen die spelen bij partijen optimaal worden verwezenlijkt in een civiele procedure?
- 5b) Hoe was dat in onderhavige comparitie van partijen?

Ruimte voor alternatieven

- 6) Zag u een mogelijkheid tot schikken of eventueel een doorverwijzingsmogelijkheid naar mediation? Waarom wel of niet?

Slotvraag

- 7) In hoeverre draagt u als rechter bij aan de belangenbehartiging in het concrete geval?

Bijlage 7. Antwoorden van rechters en raadsheren op de vragen uit het interview¹²⁵.

Per vraag (met uitzondering van vraag 2) worden de verschillende antwoorden uit de vragenlijst nagelopen. Indien de antwoorden van verschillende rechters overeenkwamen zijn ze samengevat in één antwoord.

Belangen

1a) Wat verstaat u onder belangen?

Wat iemand drijft of wat de beweegredenen zijn om een procedure te beginnen of verweer te voeren in een procedure.

Hetgeen je kunt winnen of verliezen. Hetgeen partijen waarde aan hechten. Dat kunnen ook dingen zijn die niet met zoveel woorden in de procedure aan de orde komen.

Datgene wat de uitkomst van een geschil voor iemand belangrijk maakt.

Opmerking: Mensen kunnen zich uiten op de zitting. In deze communicatie kunnen belangen in zitten die meewegen in de procedure.

1b) Zijn niet rechtens relevante belangen voor u interessant als rechter?

Ja, wel voor de comparitie zijn niet rechtens relevante belangen relevant. Voor het bereiken van een schikking bijvoorbeeld. Niet rechtens relevante belangen kunnen van invloed zijn op wel rechtens relevante zaken. Bij het schrijven van het vonnis niet, aangezien dan alleen de juridische betekenis van belangen er dan toe doet.

Ja, ze tekenen het conflict en beïnvloeden de houding van partijen in het conflict. Ze motiveren partijen zich op een bepaalde manier op te stellen.

Ja, ze zijn vaak de reden om de procedure voort te zetten of stop te zetten.

Ja, als ze voor partijen een rol spelen wel. In achterliggend/ onderliggend belang kan de uitkomst zitten. De uitspraak wordt beter acceptabel als achterliggend/ onderliggend belang tot uiting komt. Het vonnis schetst het beeld van partijen. De nadruk ligt op wat procespartijen belangrijk vinden. Hoe de rechter de zinnen formuleert en de belangen weergeeft speelt daarin en rol. Bijvoorbeeld: 'voor gedaagde was dat zeer kwetsend'.

¹²⁵ De interviews zijn afgenomen tussen 13 januari 2006 en 15 Februari 2006 in het Paleis van Justitie te Arnhem.

De observatielijst

2a) De observatielijst wordt met de desbetreffende rechter nagelopen en besproken.

2b) Wat zijn de belangen in deze procedure

Ik verwijs u naar hoofdstuk 7: Het observatieonderzoek.

De houding van de rechter

3a) Hoe houdt u rekening met de belangen in een procedure in het algemeen en hoe speelt u daar op in?

Naar vragen en doorvragen en door ze te benoemen. De rechter probeert er achter te komen waar het werkelijk om gaat door middel van praten en spiegelen.

Goed opletten op de comparitie van partijen, expliciet naar belangen vragen, aandacht aan belangen besteden en de niet- juridische belangen niet verwaarlozen.

Op de belangen wordt ingespeeld door procespartijen een voorlopig oordeel te geven over de zaak in kwestie (risico's van verder procederen) of een overweging te geven om een schikking te kunnen bereiken.

Wanneer belangen in vordering en verweer rechtstreeks tot uiting komen, speelt de rechter in op de belangen. Belangen die niet aan de orde komen in vordering of verweer, maar wel duidelijk maken wat partijen motiveert komen tot uiting op de comparitie. Indien er geen regeling getroffen is in een procedure kan de rechter niet meer zoveel met belangen.

In beperkte mate houdt de rechter rekening met de belangen in een procedure. Het gaat namelijk om een juridische afweging in elke zaak. Het hangt van de procespartijen af of de belangen op de zitting aan de orde komen. Het tijdsaspect speelt hierin een rol evenals de eventuele bijkomende emoties. Bij een schikking wordt zeker rekening gehouden met belangen. In het vonnis wordt er beperkt met belangen rekening gehouden, aangezien het gaat om een juridische afweging.

3b) Hoe houdt u rekening met de belangen in deze procedure?

Naast bovenstaande antwoorden bij vraag 3a kwamen onder andere de volgende antwoorden naar voren:

Benoemen. De belangen in een grotere context plaatsen.

Vragen, doorvragen en kijken of er ruimte is.

Partijen prikkelen, opstoken. Iets meer zeggen dan voor de hand ligt.

Druk uitoefenen tot op zekere hoogte, maar dan speelt de vraag hoever je kunt gaan als rechter.

Verantwoordelijkheid

4a) Hoever reikt uw verantwoordelijkheid in de zoektocht naar belangen in het algemeen?

De verantwoordelijkheid heeft zijn grenzen. Indien partijen zelf belangen uiten, kan de rechter op de belangen inspelen. Indien partijen geen belangen uiten, dan houdt het op en zal de rechter niet eindeloos door gaan vragen. Het gaat om wat partijen aan de rechter voorleggen (wat partijen zeggen en schrijven).

Het oppikken van belangen die impliciet tussen de regels door te horen zijn en het vragen naar de voor de hand liggende belangen behoort tot de verantwoordelijkheid.

Als uit het dossier geen achterliggende belangen blijken zal de rechter minder op de belangen ingaan op de zitting. Indien partijen met elkaar verder moeten in de toekomst zal de rechter actiever naar de belangen gaan kijken.

De verantwoordelijkheid gaat niet zo ver. De rechter geeft weliswaar een opening door de belangen te benoemen. Het hangt van de bereidheid van de procespartijen en hun advocaten af hoever je kunt gaan in die verantwoordelijkheid.

Procespartijen dienen zelf een afweging te maken wat de (achterliggende) belangen zijn. De verantwoordelijkheid ligt bij procespartijen. Bij de comparitie van partijen is het doel van de rechter een schikking bewerkstelligen. Dat is deels de verantwoordelijkheid van de rechter, maar die verantwoordelijkheid kent ook grenzen.

4b) Hoever reikt uw zoektocht in de zoektocht naar belangen in deze procedure?

Naast bovenstaande antwoorden bij vraag 4a kwamen onder andere de volgende antwoorden naar voren:

Geen bereidheid van procespartijen en hun advocaten beperken de verantwoordelijkheid.

Door het bestuderen van het dossier leg je een bepaald gewicht in een zaak en veronderstel je waar het probleem ligt. De taak van de rechter is het dan duidelijk formuleren in een vonnis.

De verantwoordelijkheid hangt samen met de vaststelling van de feiten. Hoe juridisch kan er tegen de feiten worden aangekeken (juridische werkelijkheid). Indien er meer speelt dan alleen toe- of afwijzen, wordt er meer rekening gehouden met de belangen van de procespartijen door de rechter.

Minder ver dan normaal, aangezien het een zaak betrof waarin het professionele procespartijen betrof die redelijk goed de indruk gaven zelf belangen af te kunnen wegen.

Procedure

5a) Kunnen de belangen die spelen bij partijen optimaal worden verwezenlijkt in een civiele procedure?

De rechters die deze vraag met nee beantwoorden geven daarvoor de volgende redenen:

-Er spelen dikwijls (grote) emotionele belangen die niet goed verwezenlijkt kunnen worden in een civiele procedure. Een emotioneel belang komt niet altijd tot uiting. Mediation is dan een goede optie.

-De civiele procedure is het topje van de ijsberg

-In een civiele procedure moet alles in een juridisch kader geplaatst worden

-Het tijdsaspect speelt een rol, waardoor belangen niet altijd optimaal kunnen worden verwezenlijkt.

Eén rechter is van mening dat met de middelen die rechters tot hun beschikking hebben om aan de belangen tegemoet te komen, schikken en doorverwijzen naar mediation, tegemoet gekomen kan worden aan de verwezenlijking van belangen in een civiele procedure.

5b) Hoe was de verwezenlijking van belangen in onderhavige comparitie van partijen?

De rechters die de verwezenlijking van belangen niet goed vonden gaven daarvoor de volgende redenen:

-Tijdsaspect

-Het ging om een puur juridische vraag

-De feiten waren niet duidelijk in de zaak

-Een hevig geëscaleerd conflict, waarin geld geen rol meer speelt, laat de belangen vervagen.

Een rechter die wel tevreden was over de verwezenlijking van belangen van procespartijen gaf aan dat de belangen goed naar voren zijn gekomen in de procedure (mede ook door een vertaalslag van de rechter), de kwaliteit van de procedure en de sfeer goed was en de belangenbehartiging van de advocaten goed was. Het inspelen van de rechter op de procespartijen en niet teveel op de advocaten gedurende de comparitie, laat de belangen goed naar voren komen. Het gaat ter comparitie om de vraag: waarom vinden partijen iets?

Ruimte voor alternatieven

6) Zag u een mogelijkheid tot schikken of eventueel een doorverwijzingsmogelijkheid naar mediation? Waarom wel of niet?

Schikken: nee, de zaak was te complex.

Schikken: ja, aangezien procespartijen in het begin een gemeenschappelijk belang hadden dat in de loop van de tijd tegengesteld werd.

Schikken: ja, aangezien het bedrag te overzien was en er enig risico voor partijen was het op een vonnis uit te laten komen.

Schikken: nee, er is sprake van een groot financieel belang bij een van de procespartijen, ver uit elkaar liggende feiten (ja/nee twistpunten) en een grote hoeveelheid aan partijen.

Schikken: ja, volgens de rechter is er altijd een schikkingsmogelijkheid. Een snelle uitspraak in de vorm van een schikking biedt meer zekerheid dan het afwachten van een vonnis (tijdsaspect).

Bij een vonnis geef je de beslissing overigens ook uit handen.

Schikken: ja, er was sprake van een beperkt financieel belang (verhouding financieel belang en de nog te verwachten proceskosten worden tegen elkaar afgewogen) en de zaak was juridisch gezien nog niet helemaal duidelijk.

Mediation: ja, was een goede optie geweest, maar de advocaat van een van de procespartijen wil er niet op ingaan. Het is volgens de advocaat een gepasseerd station en het zou de procedure nog meer kunnen vertragen.

Mediation: ja, de rechter heeft het geopperd, maar de advocaten pikten het niet op. De rechter is daarom niet verder op mediation ingegaan.

Mediation: nee, omdat het om één (juridische) vraag ging in de procedure waar een antwoord op moest komen.

Mediation: door de advocaat van een van de procespartijen werd mediation menigmaal geopperd. De rechter zag geen heil in deze mogelijkheid, aangezien er nog een derde partij betrokken was bij de zaak, die geen procespartij was. Ook bestond er volgens de rechter bij de wederpartij geen belangstelling voor mediation.

Mediation: nee, het ging alleen om een inhoudelijk financieel belang.

Slotvraag

7) In hoeverre draagt u als rechter bij aan de belangenbehartiging in het concrete geval?

Niet, de rechter heeft geen taak daar aan bij te dragen. De rechter is geen belangenbehartiger, maar dat is de advocaat. Dat sluit niet uit dat je wel belangen behartigt als rechter als je bijvoorbeeld doorverwijst naar mediation. Maar als dat niet lukt, houdt het voor de rechter op.

De rechter zal partijen op belangen wijzen en vragen naar belangen. De advocaat is de aangewezen persoon om de belangen af te wegen. (Dat doen advocaten al in het voortraject).

De rechter probeert de belangen boven tafel te krijgen. Dat blijkt op de zitting en in het vonnis. Indien het zin heeft laat hij procespartijen de belangen op de zitting uitspreken en speelt hij op de belangen in. Op een antwoord van de ene partij reageert hij met een vraag aan de andere partij. Bijvoorbeeld met de vraag: 'kunt u zich dat voorstellen'.

De zaak schorsen om schikkingsonderhandelingen tot stand te laten komen vindt de rechter een bijdrage aan de belangenbehartiging.

De rechter doet niet aan belangenbehartiging, maar kan in bepaalde zaken een actievere rol vervullen en een voorzet geven, zodat partij niet de dupe wordt van de advocaat, die iets over het hoofd heeft gezien. Dit zal hij doen om een onredelijke uitkomst te voorkomen.

De rechter moet hier niet te ver in gaan. Een redelijke beslissing in het licht van de regelgeving, waarin alle relevante elementen worden meegewogen, is waar het om draait.

De rechter draagt er wel aan bij, maar voor een deel vallen de belangen samen met de juridische vordering indien er niet geschikt wordt of mediation aan de orde is. Indien een schikking of doorverwijsmogelijkheid naar mediation wel aan de orde is, draag je meer bij aan de belangenbehartiging

De rechter zal de belangen naar voren halen in een procedure, zodat de belangen zo duidelijk mogelijk worden ter zitting (ook de achterliggende belangen). De rechter haalt de belangen naar voren tot op zekere hoogte. Ergens zal een grens getrokken moeten worden.

De rechter geeft partijen een moment van bezinning om ze te laten nadenken over de vraag waar ze mee bezig zijn (in laten zien wat consequenties verder procederen zijn).

De rechter probeert te schikken en doet dat eventueel door iets druk uit te oefenen indien procespartijen bij een schikking gebaat zijn (consequenties verder procederen spelen een rol). Het moet wel gepaste druk zijn die de rechter uitoefent. De rechter moet ook niet laten blijken dat hij (hoge) druk uitoefent.

Literatuurlijst

Boeken

Asser, Groen, Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*. Den Haag: Boom juridische uitgevers 2003.

Asser, Vranken 2005

C. Asser, J.B.M. Vranken, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel, Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.

Barendrecht, Beukering- Rosmuller 2000

J.M. Barendrecht, E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

Barendrecht, Kamminga 2004

J.M. Barendrecht, Y.P. Kamminga, *Effectief Conflicten Oplossen*, Amsterdam: Business Contact 2004.

Barendrecht, Kamminga 2005

J.M. Barendrecht, Y.P. Kamminga, *Toegang tot recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.

Brenninkmeijer e.a. 2003

A.F.M. Brenninkmeijer e.a.(red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Brenninkmeijer, Schutte, Spierdijk 2005

A.F.M. Brenninkmeijer, E. schutte, J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*. Mediationreeks deel 4, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Brenninkmeijer e.a. 2005

A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Bruinsma, Welbergen, Smith 1988

J.F. Bruinsma, R. Welbergen, J. Smith, *De Hoge Raad van onderen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Combrink- Kuiters, Niemeijer, Ter Voert 2003

L. Combrink-Kuiters, E. Niemeijer, M. Ter Voert. *Ruimte voor mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand. WODC- reeks Onderzoek en beleid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

De Dreu 2005

C.K.W. de Dreu, *Bang voor conflict? De psychologie van conflicten in organisaties*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2005.

Eykman 1998

L.G. Eykman e.a, *Onderhandelen, bemiddelen en schikken*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998

Fisher, Ury , Patton 2005

R. Fisher, W. Ury, B. Patton, *Excellent onderhandelen. Een praktische gids voor het best mogelijke resultaat in iedere onderhandeling*, Amsterdam: Business Contact 2005.

Van Goezen 2002

A. van Groezen, *Mediation naast rechtspraak, de verhalen*, Amsterdam: Stolkwijk 2002.

Groenendijk 1981

C.A. Groenendijk, *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Van Mierlo, Dam- Lely 2003

A.I.M. van Mierlo, J. H. van Dam-Lely, *procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2003.

Pel 2004

M. Pel, *Doorverwijzen naar Mediation. Mediationreeks deel 3*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004

Pel, Vogel 2004

M. Pel, M. Vogel (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid. Mediationreeks deel 1*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

Prein 2004

H.C.M. Prein, *Beroepsvaardigheden en interventietechnieken van de mediator. Mediationreeks deel 2*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004.

Prein 2005

H.C.M. Prein, *Mediation in praktijk. Beroepsvaardigheden en interventietechnieken*, Amsterdam: Boom 2005.

Schonewille 2005

M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation. Voor de mediator en onderhandelaar*, Utrecht: Stilli Novi 2005.

Schultz von Thun 2003

F. Schultz von Thun, *Hoe bedoelt u? Een psychologische analyse van menselijke communicatie*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2003.

Snijders, Ynzonidus, Meijer 2002

H.J. Snijders, M. Ynzonidus, G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Ury 2005

W.L. Ury, *Excellent onderhandelen. Een praktische gids voor het best mogelijke resultaat in iedere onderhandeling*, Amsterdam: Business Contact 2005.

Verschuren, Doorewaard 2003

P. Verschuren, H. Doorewaard, *het ontwerpen van een onderzoek*, Utrecht: Lemma B.V 2003.

Van der Werf, Venhuizen 2002

H.G. van der Werf, S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Artikelen

Van Arem 2005

F. van Arem, 'Mediation', *Trema* 2005, nr. 3, p. 117-119

Barendrecht 2000

J.M. Barendrecht, 'Rechtsvorming naar behoefte', *Nederlands Juristenblad* 31 maart 2000, afl. 13, p. 690- 698.

Beukering- Rosmuller 2001

E.J.M. van Beukering- Rosmuller, 'Mediation in plaats van civiele geschilbeslechting door de rechter', *BWKJ* 2001, afl. 17, p. 77-79.

Bruins 2005

W. Bruins, 'De plaats van belangen in civiele procedures en in mediation', *Trema* 2005, nr. 2, p. 81- 82.

Van Gemert, Montrée 2005

I.A. van Gemert, H.F.E. Montrée, 'Mediation naast rechtspraak', *Trema* 2005, nr. 9. p. 398-400.

Groeneveld 2005

T. Groeneveld, 'Mag ik u doorverwijzen?', *Trema* 2005, nr. 4, p. 178- 179.

Van Leeuwen 2005

A.S. van Leeuwen, 'Mediation, van wie is het conflict? Cursussen over doorverwijzen naar mediation', *Trema* 2005, nr. 6, p. 273- 274

MacCoun 2005

R.J. MacCoun, 'Voice, Control, and Belonging: The Double- Edged sword of procedural Fairness', *Annual review of law and Social Science* 2005, Vol. 1, p. 1- 35.

Ohbuchi, Fukushima, Tedeschi 1999

K.I. Ohbuchi, O. Fukushima, J.T. Tedeschi, 'Cultural Values In Conflict Manegement, Goal Orientation, Goal attainment, and Tactical Decesion', *Journal of Cross-Cultural Psychology* January 1999, Vol. 30, No 1, p. 51- 71.

Pel 2000

M. Pel, 'Doorverwijzing naar mediation in de civiele procedure: extra service of branchevervaging?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2000, afl. 4, p. 78- 86.

Pel 2001

M. Pel, 'Feiten zijn feiten? Relevantie van feiten in mediation en in de civiele procedure', *Jaarboek BW- krant* Leiden 2001.

Pel 2003

M. Pel, ' Mediation naast rechtspraak. Naar een effectieve geschilafdoening op maat', *Justitiële Verkenningen* 2003, jrg. 29, nr. 8, p. 21-34

Pel 2004

M. Pel, 'Juridische aspecten van mediation naast rechtspraak', *ADR Actueel* mei 2004, jrg. 8, nr. 3, p. 20- 25.

Sanders 2006

P. Sanders, 'het terugkomen op een afspraak tot mediation', *Nederlands Juristenblad* 21 april 2006, afl. 16, p. 894- 895.

Valk, ter Veer 2005

W.L. Valk, C.G. ter Veer, 'de comparitie na aanbrengen in hoger beroep', *Nederlands Juristenblad* 28 oktober 2005, afl. 38, p. 1985-1987.

Van der Vinne 2005

J. van der Vinne, 'Mediation: een kans voor de rechtzoekende en voor de rechter', *Trema* 2005, nr. 8, p. 365- 366.

De Wolf, Spliet 2005

P.W.M. de Wolf, M.M.A. Spliet, 'Mediation en vertrouwelijkheid in het burgerlijk recht- enkele praktische tips', *Trema* 2005, nr. 5, p. 215- 217

Van Zeeland, Kamminga 2003

C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga, J.M. Barendrecht, 'Waar het mensen om gaat en het burgerlijk recht daarmee kan', *Nederlands Juristenblad* 18 april 2003, afl. 16, p. 818- 827.

Brochures

‘Mediation naast rechtspraak’, Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak.

Handboeken Doorverwijzingsvoorziening (mediation naast rechtspraak)

‘Handboek voor doorverwijzers’ (boek 5), Landelijk bureau Mediation naast rechtspraak.

Jurisprudentie

HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467

HR 25 juni 1993, *RvdW* 1993, 149

HR 20 oktober 1995, *RvdW* 1995, 210C

HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145

HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853

HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 600

HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75

Regelgeving

Kamerstukken II 1998/1999, 26 352, nr. 2, pg. 2

Kamerstukken II 1998/1999, 26 352, nr. 2, pg. 17-18

Kamerstukken II 2002/2003, 26 352 nr. 66, pg. 3-4

Kamerstukken II 2003/2004, 29528, nr. 1

Internet

www.rechtspraak.nl

www.mediationnaastrechtspraak.nl

<http://ros51.ictro.drp.minjus/Intro/Introlandelijk>

Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord civiele sectoren