

Legitimiteit en virtualisering van geschiloplossing

Legitimiteit en virtualisering van geschiloplossing

Laurens Mommers

Sdu Uitgevers Den Haag, 2006

In de ITeR-reeks worden de resultaten van het Nationaal Programma voor Informatie-technologie en Recht gepubliceerd. Meer informatie over ITeR en de in het kader van ITeR lopende onderzoeksprojecten is te vinden op de website: <http://www.nwo.nl/iter>
Een overzicht van overige publicaties in de ITeR-reeks vindt u achter in deze uitgave.

Redactie: Marcus van Leeuwen en Aernout Schmidt

Redactieadres: Elaw@Leiden, Centrum voor Recht in de Informatiemaatschappij, Universiteit Leiden, t.a.v. F.A.M. van der Klaauw-Koops, Postbus 9520, 2300 RA Leiden, e-mail: f.a.m.vanderklaauw@law.leidenuniv.nl, telefoon: (071) 52 77 846.

Het is mogelijk om een abonnement op de ITeR-reeks te nemen. Abonnees krijgen 50% korting op de losse verkoopprijs. Abonnementenregistratie: Sdu Klantenservice, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag, e-mail: sdu@sdu.nl, telefoon: 070 3789880, fax: 070 3789783.

© 2006, Laurens Mommers

Dit onderzoek is mogelijk gemaakt door het programma InformatieTechnologie en Recht (ITeR) van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO), projectnummer 014-38-309.

Ontwerp omslag en binnenwerk: Villa Y, Den Haag
Opmaak: de Vormgeverij, Meerssen

ISBN 90-1211-569-8

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

De bij toepassing van artikel 16b en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopieën, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, tel.: 023 – 799 78 10.

Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient met zich te wenden tot de stichting PRO, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, tel.: 023 – 799 78 09, fax 023 – 799 77 00). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient met zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system of any nature, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

Inhoudsopgave

| | |
|--|-----------|
| Woord vooraf | 7 |
| Lijst van afkortingen | 9 |
| Managementsamenvatting | 11 |
| 1 Inleiding | 15 |
| 2 Legitimiteit | 18 |
| 2.1 Opvattingen over legitimiteit | 20 |
| 2.2 Voorwerpen van legitimiteit | 27 |
| 2.3 Overzicht van legitimiteitscriteria | 28 |
| 2.4 Rationaliteit: redengeving nader toegelicht | 34 |
| 2.5 Discussie: legitimiteit | 37 |
| 3 Drie vormen van geschiloplossing | 39 |
| 3.1 Burgerlijke rechtsvordering | 42 |
| 3.2 Arbitrage | 45 |
| 3.3 Mediation | 47 |
| 3.4 Geschiktheid van geschiloplossing | 53 |
| 3.5 Alternatieve geschiloplossing en overheidsrechtspraak | 55 |
| 3.6 Discussie: geschiloplossing | 58 |
| 4 Randvoorwaarden voor geschiloplossing | 59 |
| 4.1 Art. 6 EVRM en de beginselen van een behoorlijk proces | 59 |
| 4.2 Algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik | 62 |
| 4.3 Praktische randvoorwaarden | 64 |
| 4.4 Discussie: randvoorwaarden | 68 |

| | |
|---|------------|
| 5 Virtualisering van geschiloplossing | 72 |
| 5.1 De praktijk van online geschiloplossing | 74 |
| 5.2 Overzicht van virtualiseringsscenario's | 76 |
| 5.3 Scenario's voor virtualisering van geschiloplossing | 81 |
| 5.4 Virtualisering en de positie van de geschiloplosser | 87 |
| 5.5 Virtualisering en reputatie | 89 |
| 5.6 Virtualisering en argumentatie | 94 |
| 5.7 Virtualisering en conflicthantering | 96 |
| 5.8 Discussie: virtualisering en legitimiteit | 97 |
| | |
| 6 Conclusies en aanbevelingen | 103 |
| | |
| Summary | 111 |
| | |
| Literatuur | 115 |
| | |
| Register | 125 |
| | |
| Over de auteur | 127 |

Woord vooraf

Virtualisering is een lastig begrip; het is van nature ongrijpbaar. Dat maakt het reageren, laat staan het anticiperen op verschijnselen van virtualisering moeizaam. Ik kreeg de kans om de interactie tussen virtualiseringsverschijnselen en geschiloplossing te onderzoeken op basis van een projectaanvraag bij het Programma voor Informatietechnologie en Recht (ITeR).

Dat virtualiseringsverschijnselen ver gaan, moge blijken uit de vragen waar een studiecommissie van de NVvIR (Nederlandse Vereniging voor Informatietechnologie en recht) zich dezer dagen onder leiding van Arno Lodder over buigt. Online rollenspelletjes kopiëren de werkelijkheid of creëren nieuwe werelden. Hoe ga je om met conflicten die in deze virtuele werelden ontstaan? Los je ze ook in de virtuele wereld op? Slaan conflicten over naar de werkelijkheid?

Het voorliggende boek gaat over de vraag hoe de legitimiteit van geschiloplossing kan worden gewaarborgd wanneer zich virtualiseringsverschijnselen voordoen. Mijn dank gaat uit naar de financier van het project, en de diverse mensen die bij eLaw@Leiden, Centrum voor Recht in de Informatiemaatschappij, en daarbuiten, hebben meegedacht over virtualiseringsverschijnselen in geschiloplossing.

Het manuscript is afgesloten in december 2005.

Leiden, maart 2006

Laurens Mommers

Managementsamenvatting

De uitdrukking 'virtualisering van geschiloplossing' heeft ten minste drie betekenissen, die alle gerelateerd zijn aan de toepassing van informatie- en communicatietechnologie (ICT). Ten eerste wordt ICT in toenemende mate gebruikt in traditionele, 'off line' geschiloplossing. Ten tweede heeft ICT invloed op de conflicten die kunnen ontstaan. Ten derde komen ook vormen van geschiloplossing 'op afstand' binnen bereik door de inzet van ICT. De opkomst van informatie- en communicatietechnologie leidt dus tot nieuwe ondersteuning bij geschiloplossing, tot nieuwe geschillen, en tot nieuwe geschiloplossingsmethoden. De legitimiteitsvraag wordt naar aanleiding van deze ontwikkelingen opnieuw gesteld, in de vorm van de hoofdvraag van het onderzoek: 'Welke invloed heeft virtualisering op de legitimiteit van geschiloplossing?'

Het legitimiteitsbegrip wordt door verschillende auteurs op uiteenlopende wijzen geduid. Afhankelijk van het gebruik kan worden gekozen voor een (rechts)filosofische of een sociaalwetenschappelijke invalshoek. In het tweede geval is een operationalisering van het begrip noodzakelijk, die in het eerste geval kan ontbreken. Veel operationalisaties vallen terug op een voldoen aan bepaalde procedurele kenmerken of een vorm van acceptatie (door een individu, groep of samenleving). Deze typen legitimiteitsbegrippen zijn ook terug te vinden bij meer theoretisch georiënteerde auteurs. Zo stelt Luhmann dat procedurele legitimiteit kan worden beschouwd als een generalisering van individuele erkenning, en geeft Shapiro het belang aan van legitimatiefactoren anders dan individuele erkenning, die immers in een door een derde beslecht geschil niet altijd door beide partijen opgebracht kan worden. Tamanaha benadrukt de mythen die bestaan rondom legitimiteit, en geeft aan welke evidenties de juistheid van die mythen (evolutie van het recht, sociaal contract) ondergraven, en daarmee de legitimering van rechtssystemen tot een hachelijke onderneming maken.

De betekenis van legitimiteit kan daarnaast nader gespecificeerd worden op basis van het *voorwerp* van legitimiteit. Legitimiteit kan, in de context van geschiloplossing, betrekking hebben op een procedure (bijvoorbeeld mediation), een handelen (het optreden van een rechter) of op een resultaat (de uitspraak van een arbiter). Om structuur te brengen in de verschillende factoren die een rol spelen bij het bereiken van legitimiteit is een onderscheid gemaakt tussen betrouwbaarheidscriteria en aanvaardbaarheidscriteria. De besproken betrouwbaarheidscriteria zijn onafhankelijkheid, onpartijdigheid, deskundigheid en zorgvuldigheid, en de vervulling daarvan draagt in meer algemene zin

bij aan de legitimiteit van een procedure, handelen of resultaat. De besproken aanvaardbaarheidscriteria zijn rationaliteit, legaliteit, wederkerigheid en instemming. De vervulling van deze criteria draagt bij aan de legitimiteit van individuele procedures, handelingen of resultaten.

De drie hoofdvormen van alternatieve geschiloplossing die uitgebreider aan de orde komen in dit rapport zijn burgerlijke rechtsvordering, arbitrage en mediation. Zij kunnen worden vergeleken worden op basis van de volgende kenmerken: de mate waarin zij geformaliseerd zijn, de mate waarin de procesgang bindend is, de mate waarin de onafhankelijke derde procedureel of inhoudelijk bij de oplossing van het geschil betrokken is, de mate waarin de behandeling en de uitkomst van het geschil openbaar of besloten is, en de mate waarin de oplossing van het geschil kan worden gezien als rechtsvolgend of rechtvormend. De rechtsgang van burgerlijke rechtsvordering is het meest vergaand geformaliseerd, op de voet gevolgd door arbitrage. De uitkomsten van deze twee vormen van geschiloplossing zijn ook het meest bindend. De betrokkenheid van de geschiloplosser is het minst inhoudelijk bij burgerlijke rechtsvordering, en het meest inhoudelijk bij arbitrage. De inhoudelijke betrokkenheid van mediators hangt af van het type mediation. De procedure bij de overheidsrechter is in beginsel openbaar, evenals de uitkomst ervan. Dat geldt slechts bij uitzondering voor arbitrage en mediation. Rechtsvormend zijn met name de hogere instanties van overheidsrechtspraak. Arbitrage en mediation zijn doorgaans rechtsvolgend, maar kunnen in beginsel ook afwijken van wat in rechte bepaald is.

Als doelen van het burgerlijk procesrecht werden geciteerd: rechtsverschaffing, titelverschaffing, bevordering van rechtsontwikkeling en bevordering van rechtseenheid. Deze kunnen niet alle gerealiseerd worden door arbitrage en mediation. Titelverschaffing ontbreekt bij mediation en geschiedt alleen op verzoek bij arbitrage. Rechtsontwikkeling en rechtseenheid kunnen nauwelijks worden ondersteund door niet-openbare vormen van geschiloplossing. Toch voorzien vormen van alternatieve geschiloplossing in zowel bepaalde individuele als in collectieve behoeften. In dat licht moet ook de stimulering door de overheid van mediation worden gezien.

Buiten legitimiteitscriteria zijn er diverse kaders voorhanden voor de beoordeling van virtualisering van geschiloplossing: het kader van art. 6 EVRM, de algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik, beginselen voor elektronisch rechtsverkeer en kwaliteitsindicatoren. Uit dit samenstel van randvoorwaarden is het volgende kader afgeleid: openbaarheid en transparantie; beschikbaarheid en toegankelijkheid; vertrouwelijkheid; integriteit, onafhankelijkheid en onpartijdigheid; authenticiteit; flexibiliteit; snelheid en tijdigheid; kosten-efficiëntie; deskundigheid; bejegening; rechtseenheid; en afdwingbaarheid. Dit kader biedt een veelzijdig evaluatieraamwerk voor virtualiseringsscenario's in geschiloplossing. Het toont onder meer aan hoezeer 'abstracte' legitimiteitscriteria verbonden zijn met 'praktische' criteria zoals bejegening en kostenefficiëntie.

Online geschiloplossing komt onder meer voor bij de methoden mediation (SquareTrade) en arbitrage (WIPO). De meest succesvolle geschiloplossingsproviders zijn verbonden aan bestaande bedrijven, zoals eBay, of aan bepaalde overeenkomsten (bijv. door een arbitrageclausule bij het registreren van een domeinnaam). Virtualisering in het algemeen speelt zich af op vier functionele gebieden: administratie, communicatie, toegankelijkheid en beoordeling. Elk van deze gebieden kan door de opkomst van ICT de nodige veranderingen ondergaan. Deze veranderingen kunnen worden gebruikt om te analyseren in hoeverre virtualisering invloed heeft op geschiloplossing, en op de legitimiteit ervan.

Een aantal thema's is nader uitgediept. Het gaat om de positie van de geschiloplosser onder invloed van virtualisering, de mogelijke rol van reputatiesystemen in geschiloplossing, en de mogelijkheden van inhoudelijke analyse van argumenten. Het gaat hierbij om mogelijkheden die in beginsel al bestaan (de technologie is deels voorhanden), maar die vooralsnog nauwelijks of geen ingang hebben gevonden in het voorkomen of oplossen van geschillen. Ten slotte is bekeken welke invloed virtualisering kan hebben op het achtal legitimiteitscriteria. Hieruit blijkt dat virtualisering *kan* leiden tot een betere vervulling van bepaalde legitimiteitscriteria, maar dat daarvoor geenszins garanties kunnen worden gegeven. Voorbeelden van gevaren voor de vervulling van legitimiteitscriteria zijn gebrek aan transparantie en inflexibiliteit door de inzet van ICT. Voorbeelden van bevordering van de vervulling van legitimiteitscriteria zijn toegenomen toegankelijkheid tot informatie en betere mogelijkheden tot het structureren van processen.

In de aanbevelingen wordt aan de wetgever een aantal suggesties gedaan die strijdig kunnen zijn met elkaar: terughoudendheid met het stellen van randvoorwaarden voor geschiloplossingsprocedures, actieve bemoeienis met het bevorderen van de mededinging in geschiloplossing, en borging van de kwaliteit van ICT-middelen bij hun inzet in geschiloplossing. Deze tegenstrijdigheid heeft ten dele te maken met de fenomenen die onder virtualisering van geschiloplossing vallen. Zo zijn nieuwe initiatieven op het gebied van geschiloplossing vooral gebaat bij terughoudendheid. In bestaande geschiloplossing, en dan met name bij overheidsrechtspraak, kan de inzet van ICT echter een bedreiging vormen van bijvoorbeeld de onafhankelijkheid van de zittende magistratuur. Sturing is belangrijk om die bedreigingen af te wenden.

Tot slot: in een gebied waarin veranderingen elkaar snel opvolgen, kan de regulering geen rustpunt zijn: het is onverstandig voor een schip om voor anker te gaan in een draaikolk. De toekomst zal ontwikkelingen laten zien in geschiloplossing die nu nog vrijwel onvoorzienbaar zijn. Daarmee wordt regulering een lastige kwestie. Het gevaar is nu dat dit als reden wordt gezien regelgeving te laten voortbestaan en te zien hoe ver hiermee op nieuwe ontwikkelingen kan worden gereageerd. Wanneer dit uitstel omslaat in belemmering van mogelijkheden, schiet de regulering haar doel voorbij.

1 Inleiding

Het recht reageert met een zekere traagheid en reserve op nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen. Dat geldt ook voor het recht als middel voor geschiloplossing. Als partijen in een geschil het eens zijn over het feit dat zij tot een oplossing moeten komen, kunnen zij ook naar andere mechanismen van geschiloplossing kijken dan alleen naar de overheidsrechtspraak. Geschiloplossing door de rechter is in zekere zin een ultieme remedie. De alternatieven hiervoor vallen onder de noemer ‘alternatieve geschiloplossing’, een koepelterm voor een aantal sterk uiteenlopende manieren om een geschil tussen twee partijen op te lossen: van ondersteuning bij de onderhandelingen tot aan het vellen van een bindend oordeel. Onder alternatieve geschiloplossing vallen zowel methoden waarbij een geschil wordt *beslecht* door een onafhankelijke derde (bijv. arbitrage) als waarbij de onafhankelijke derde *bemiddelt* bij de besprekingen tussen partijen.¹

De opkomst van nieuwe communicatiemiddelen en technologieën, zoals internet, heeft op drie verschillende manieren invloed op geschiloplossing. Ten eerste wordt informatie en communicatietechnologie (ICT) in toenemende mate gebruikt in traditionele, ‘off-line’ geschiloplossing, bijvoorbeeld ter ondersteuning van werkprocessen. Ten tweede heeft ICT invloed op de conflicten die kunnen ontstaan, onder meer door de toegenomen handel via internet. Ten derde komen ook vormen van geschiloplossing ‘op afstand’ binnen bereik, bijvoorbeeld door het gebruik van communicatiemiddelen als e-mail en videoverbindingen. Door deze processen is het mogelijk dat geschiloplossing efficiënter, frequenter en laagdrempeliger wordt.

Elke vorm van geschiloplossing roept de legitimiteitsvraag op: hoe worden de wijze waarop de oplossing wordt bereikt, en die oplossing zelf, gerechtvaardigd? Rechtspraak kent deze legitimiteitsvraag het meest nadrukkelijk: de geschiloplossing komt in dit geval van ‘buiten’ de partijen. Maatschappelijke aandacht voor bijvoorbeeld nevenfuncties van rechters en werkbelasting is verwant aan deze legitimiteitskwestie: nevenfuncties en een hoge werkdruk kunnen immers de kwaliteit van de oordeelsvorming negatief beïnvloeden doordat belangenverstrengeling optreedt of te veel zaken in te korte tijd moeten worden afgedaan.

1. Vandaar dat ik als algemene term niet voor ‘(alternatieve) geschillenbeslechting’ heb gekozen, maar voor ‘(alternatieve) geschiloplossing’.

Alternatieve vormen van geschiloplossing zijn in opkomst. Zij kunnen uitkomst bieden indien overheidsrechtspraak een te zwaar middel is, te veel tijd kost, of de verhouding tussen partijen in gevaar brengt. De legitimiteitsvraag voor alternatieve vormen van geschiloplossing kan worden gebaseerd op de (deels) op rechtspraak gelijkende functie: een onafhankelijke derde *beslecht* het geschil. In plaats daarvan, of in aanvulling daarop, kan de legitimiteit van dergelijke vormen van geschiloplossing ook gegrond worden op bijvoorbeeld de behoeften die vanuit bepaalde geledingen van de maatschappij bestaan (de functionele noodzaak verschaft legitimiteit), en de acceptatie van bepaalde vormen van geschiloplossing (de methode van geschiloplossing wordt breed gedragen in een bepaalde kring).

Online vormen van alternatieve geschiloplossing ontstaan vaak vanuit nieuwe behoeften, bijvoorbeeld de noodzaak om disputen tussen mensen op te lossen die in verschillende landen wonen en eenmalig een koopovereenkomst met elkaar hebben gesloten, waarmee een bescheiden financieel belang is gemoeid. Tegelijkertijd veranderen zij de wijze waarop de interactie tussen partijen verloopt. Daarom kan de legitimiteitsvraag opnieuw worden gesteld met betrekking tot deze vormen van geschiloplossing. Online geschiloplossing is een van de meest in het oog springende verschijningsvorming van het fenomeen dat ik aanduid als ‘virtualisering van geschiloplossing’, en dat ik hier (voorlopig) benoem als de veranderingen die geschiloplossing ondergaat als gevolg van de inzet van ICT. Daarmee is eveneens het onderwerp van dit onderzoek gegeven: de gevolgen van virtualisering voor de legitimiteit van geschiloplossing.

Dit onderzoek is multidisciplinair van aard. Het omvat juridische, filosofische en ICT-componenten. De juridische component omvat de juridische kenmerken van en randvoorwaarden voor diverse vormen van geschiloplossing. De filosofische component betreft de invulling die kan worden gegeven aan het legitimiteitsbegrip. De ICT-component betreft de ontwikkeling van nieuwe technologieën en de gevolgen die deze technologieën scheppen bij de inrichting van geschiloplossing. Ondanks de aanwezigheid van een juridische en filosofische component, is dit geen juridisch of filosofisch onderzoek. Beide componenten verschaffen slechts randvoorwaarden voor het onderzoek naar (scenario’s voor) virtualisering en de beoordeling van de legitimiteit daarvan.

Het onderzoek dat in dit rapport is vastgelegd, heeft als doel aanknopingspunten te bieden voor de regulering van online geschiloplossing. Door het onderzoeken van (scenario’s voor) virtualisering wordt duidelijker in welke richtingen online geschiloplossing zich ontwikkelt, en welke aspecten regulering mogelijk noodzakelijk maken. Hierin zal het legitimiteitsbegrip een leidende rol spelen; immers daar waar de legitimiteit van geschiloplossing in het gedrang komt, ontstaat de noodzaak van een ingrijpen, bijvoorbeeld in de vorm van wettelijke regulering.

De scenario’s die in dit rapport worden geschetst, zijn *geen science-fiction=achtige* vergezichten over de vormgeving van de rechtszaal van de toekomst of een automatisch rechtsprekende ‘intelligent agent’ in 2025. Zoals bekend bevat science-fiction doorgaans

extrapolaties van technologieën uit de tijd waarin deze geschreven wordt. Voorzover ik me aan extrapolaties zal wagen, hebben die voornamelijk betrekking op (a) mogelijkheden van verdere evolutie van bestaande ontwikkelingen, zoals onafhankelijkheid van tijd en plaats in de communicatie tussen mensen, en (b) analoge toepassing in geschiloplossing van bestaande toepassingen in andere gebieden, zoals het gebruik van feedbacksystemen.²

Resumerend: de opkomst van ICT brengt bepaalde veranderingen en nieuwe mogelijkheden teweeg in geschiloplossing. De nieuwe mogelijkheden hebben invloed op de manier waarop een geschil wordt opgelost, bijvoorbeeld de structuur waarin dat gebeurt, of de kennis die erbij wordt toegepast. Deze veranderingen die optreden door de toepassing van ICT duid ik aan als virtualisering. De hoofdvraag van het onderzoek luidt nu: ‘Welke invloed heeft virtualisering op de legitimiteit van geschiloplossing?’. De bijbehorende onderzoeksvragen die ik gebruik voor de beantwoording van de hoofdvraag luiden als volgt: (1) Welke criteria behelst het legitimiteitsbegrip?; (2) Welke kenmerken hebben de diverse vormen van geschiloplossing?; (3) Welke kenmerken van geschiloplossing zijn bepalend voor de legitimiteit ervan? en (4) Welke verschijnselen zijn kenmerkend voor virtualisering?

Dit boek is als volgt ingedeeld. Hoofdstuk 2 gaat over het begrip legitimiteit. Hierbij probeer ik, ter beantwoording van de eerste onderzoeksvraag, een analytisch kader te scheppen aan de hand waarvan de legitimiteit van geschiloplossing – en onderdelen daarvan – kan worden getoetst. In hoofdstuk 3 worden op basis van de tweede onderzoeksvraag de belangrijkste geïnstitutionaliseerde vormen van geschiloplossing tussen burgers besproken: burgerlijke rechtsvordering, arbitrage en mediation. In hoofdstuk 4 staan de belangrijkste randvoorwaarden centraal die gelden voor geschiloplossing: beginselen (van een behoorlijk proces en van ICT-gebruik) en praktische randvoorwaarden. Zij dienen als leidraad voor de beantwoording van de derde onderzoeksvraag. In hoofdstuk 5 behandel ik de manieren waarop virtualisering gestalte krijgt in geschiloplossing. Daarmee wordt de vierde onderzoeksvraag behandeld. Bovendien ga ik in datzelfde hoofdstuk in op de gevolgen die virtualisering van geschiloplossing heeft voor de legitimiteit ervan. Daarmee behandel ik de hoofdvraag van het onderzoek. In hoofdstuk 6 zijn de conclusies van het onderzoek te lezen, en worden enkele aanbevelingen gegeven.³

-
2. U zult een groot aantal verwijzingen naar eBay en het daarin verwerkte feedbacksysteem tegenkomen in dit boek. Dat komt niet zozeer door het ontbreken van vergelijkbare initiatieven, alswel door het enorme succes van eBay, en de daardoor aangetoonde grote mate van effectiviteit van een overigens (vrijwel) volledig geautomatiseerd systeem voor het voorkomen van geschillen.
 3. Tijdens de totstandkoming van dit boek heb ik twee artikelen met een verwant onderwerp geschreven: Mommers te verschijnen a en Mommers te verschijnen b. Sommige alinea's in deze uitgave zijn vertalingen van fragmenten uit die artikelen.

2 Legitimiteit

Het begrip ‘legitimiteit’ laat zich niet gemakkelijk omschrijven. Dat komt vooral doordat het in verschillende contexten uiteenlopende betekenissen heeft.⁴ Het fungeert daarnaast als een soort stopwoord: een term die geacht wordt in de meeste gevallen geen nadere verklaring te behoeven, net als ‘redelijkheid en billijkheid’. Die verklaring is echter wel nodig op het moment dat er wordt getwijfeld aan de betekenis van het begrip, aan de toepasselijkheid ervan in een concreet geval, of wanneer de betekenis moet worden uitgelegd aan een ‘buitenstaander’.

Dit hoofdstuk draait om de betekenis van legitimiteit. Het is gegoten in de vorm van een stapsgewijze analyse van het begrip. Die analyse verloopt als volgt. Eerst bespreek ik een aantal opvattingen over de betekenis van het begrip (par. 2.1). Vervolgens bekijk ik de verschillende *voorwerpen* van het begrip legitimiteit (par. 2.2). Daarna behandel ik diverse legitimiteitscriteria; de factoren die bijdragen aan het bereiken van legitimiteit (par. 2.3). Daarbij ga ik nader in op het criterium *redengeving* (par. 2.4). Ten slotte bespreek ik de betekenis van de analyse van het legitimiteitsbegrip (par. 2.5).

Het legitimiteitsbegrip is niet alleen onderwerp geweest van (rechts)filosofisch, maar ook van sociaal-wetenschappelijk onderzoek (zie bijv. Tyler 1990, 2003; Jost en Major 2001). Zo definiëren Sunshine en Tyler legitimiteit in de context van politieel optreden als “a property of an authority or institution that leads people to feel that that authority or institution is entitled to be deferred to and obeyed”.⁵ In dergelijk onderzoek moet het begrip legitimiteit worden geoperationaliseerd om het meetbaar te maken. In het hiervoor aangehaalde artikel wordt legitimiteit onder meer geoperationaliseerd als “the perceived obligation to obey the directives of a legal authority, trust in the institution of policing and individual police officers in one’s neighborhood, and affective feelings towards the police”. Zo’n geoperationaliseerd begrip is te toetsen met behulp van concrete vragen, waarop de antwoorden kunnen worden gewaardeerd met behulp van, bijvoorbeeld, een ordinale schaal.

Dergelijke empirische benaderingen van legitimiteit zijn buitengewoon waardevol, omdat zij laten zien welke criteria zich daadwerkelijk aan de praktijk laten toetsen. De

4. Zie voor een beschouwing over de betekenis van juridische begrippen: Mommers 2002, p. 115-122.

5. Sunshine en Tyler 2003, p. 514.

criteria zelf blijven echter normatief van aard, evenals, ingeval van empirisch onderzoek, hun operationalisaties. Aangezien nieuw empirisch onderzoek niet binnen het bereik van dit onderzoek valt, zal met betrekking tot de hieronder besproken criteria geen operationalisatie worden gegeven. De sociaalwetenschappelijke beschouwingen over legitimiteit geven echter wel aanleiding tot een nadere reflectie op het begrip. In het boek *The Psychology of Legitimacy* bevindt zich, behalve een uitgebreide collectie verslagen van empirisch onderzoek naar legitimiteit, een overzicht van de wijzen waarop vanuit de sociale wetenschappen naar het begrip wordt gekeken.⁶ De auteur concludeert uit dat overzicht onder meer het volgende:⁷

“The first conclusion I came to had to do with the astonishing breadth of the concept of legitimacy. It refers to the acceptance of just about anything at all as ‘right’ providing acceptance does not simply depend on gain, and it has consequences for the stability of just about any feature of social structure emergent in just about any social process.”

Legitimiteit wordt hier bijna tot stoplap, maar de ‘bodem’ van het begrip wordt gevonden in acceptatie, en dan in het bijzonder acceptatie die niet louter consequentie is van eigen profijt, en die bovendien gevolgen heeft voor de stabiliteit van een onderdeel van een sociale structuur of sociaal proces. Bovendien stapt deze auteur direct over van legitimiteit als fenomeen naar legitimatie als *proces*, als zou er geen verschil tussen deze twee bestaan, terwijl, naar mijn mening, legitimatie als proces *kan* leiden, maar niet *hoeft* te leiden tot de legitimiteit van de uitkomst van het proces. Legitimatie als proces kan volgens Zelditch het beste gezien worden als *hulpproces*, dat de stabiliteit van sociale structuren in bepaalde andere processen waarborgt. Daarbij geldt in alle benaderingen van legitimiteit dat consensus een van de voorwaarden voor én een van de gevolgen van legitimiteit is.⁸ Zelditch beschrijft legitimiteit daarmee als een proces waarmee het acceptabele met het onacceptabele wordt verenigd – in de woorden van Zelditch, ‘aan elkaar gesmeed’:⁹

“The process of legitimation is one of forging a connection of some kind between something unaccepted, or even unacceptable, and something already accepted by (hence the consensus in) a group.”

6. Zelditch 2001.

7. Zelditch 2001, p. 51.

8. Zelditch 2001, p. 51.

9. Zelditch 2001, p. 51.

Volgens Zelditch treedt de noodzaak om het begrip legitimiteit te gebruiken vooral op wanneer de relatie wordt verklaard tussen bepaalde normen, waarden, overtuigingen, gewoonten en procedures aan de ene kant en concrete acties aan de andere kant. De afstand tussen de voornoemde algemene entiteiten en concrete acties is te groot om er zonder hulp een verband tussen te leggen. Daartoe dient dan ook het legitimatieproces, dat consensus beoogt te creëren tussen degenen die de relatie leggen of op wie die relatie van toepassing is.¹⁰

Zelditch' conclusies zijn gebaseerd op een historische analyse van legitimiteitstheorieën, die hij indeelt in drie categorieën: consensustheorieën, conflicttheorieën en gemengde theorieën. Consensustheorieën van legitimiteit omvatten een aantal van de volgende kenmerken: acceptatie van een sociale orde is vrijwillig; overeenstemming is gebaseerd op normen en waarden; de heersers en degenen over wie geregeerd wordt delen dezelfde normen, waarden en overtuigingen; consensus of groepsbelang maakt normen en waarden legitiem; en een sociale of politieke orde is alleen stabiel wanneer deze legitiem is.¹¹

In een andere bijdrage in hetzelfde boek noemt Kelman legitimiteit de morele basis voor sociale interactie.¹² Hij beschouwt legitimiteit als een kwestie die ontstaat wanneer in de interactie tussen twee personen of groepen een bewering wordt gedaan, die door de wederpartij al dan niet geaccepteerd wordt als terecht. Legitimiteit bestaat daarmee zowel op het niveau van deze bewering zelf als op het niveau van de persoon of groep die de bewering doet. Legitimiteit verbindt het handelen van de mens met verplichtingen en goedkeuringen, en kan hem daarmee laten afwijken van zijn voorkeuren en belangen.¹³ Veranderingen in dat wat legitiem wordt geacht, zouden in dat geval het gevolg zijn van het al dan niet toewijzen van de kwalificatie 'moreel aanvaardbaar' aan beweringen, of aan de personen of groepen die deze beweringen doen. Circulariteit is het onvermijdelijke gevolg hiervan: legitiem en moreel aanvaardbaar zijn hiermee kennelijk identiek geworden.

2.1 Opvattingen over legitimiteit

Als inleiding op dit hoofdstuk geef ik hier een overzicht van een aantal betekenissen die aan het begrip 'legitimiteit' worden toegedicht. Op veel plaatsen wordt het begrip genoemd zonder verdere toelichting. Op een aantal plaatsen wordt een korte definitie gegeven, bijvoorbeeld de duiding van het begrip legitimiteit van het recht als vrijwillige aanvaarding van het recht door de burgers.¹⁴ Het begrip zou zonder nadere toelichting kunnen als het voor een ieder duidelijk was wat het betekende. Dit nu is niet het geval.

10. Zelditch 2001, p. 51.

11. Zelditch 2001, p. 41.

12. Kelman 2001, p. 55-57.

13. Kelman 2001, p. 57.

14. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2002, p. 248.

Zoals vele open termen leidt ‘legitimiteit’ als zodanig een ijl bestaan in een betekenisvacuüm. Om aan het vacuüm een – zij het voorlopig – einde te maken, ga ik hier in op de opvattingen van auteurs die legitimiteit behandelen met betrekking tot rechtssystemen: Luhmann, Shapiro en Tamanaha.

Luhmann: procedurele legitimiteit

Luhmann abstraheert legitimiteit van de individuele erkenning. Daarmee bestaat legitimiteit niet langer in de erkenning door het individu van – bijvoorbeeld – een rechterlijke beslissing, maar op de plaats van instituties in een samenleving, die de beslissingen die door die instituties worden genomen tot een vanzelfsprekendheid maken. Hij schrijft:¹⁵

“Legitimität beruht somit gerade nicht auf ‘frei-williger’ Anerkennung, auf persönlich zu verantwortender Überzeugung, sondern im Gegenteil auf einem sozialen Klima, das die Anerkennung verbindlicher Entscheidungen als Selbstverständlichkeit institutionalisiert und sie nicht als Folge einer persönlichen Entscheidung, sondern als Folge der Geltung der amtlichen Entscheidung ansieht.”

‘Legitimation durch Verfahren’ (procedurele legitimiteit) is een uitwerking van het legitimiteitsbegrip die niet langer de inhoud van beslissingen (of andere uitkomsten van een procedure) vooropstelt, maar de nadruk legt op de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen. Volgens Luhmann gaat het in de legitimatie van beslissingen om een institutioneel leerproces, waarin de verwachtingen van de deelnemers langzamerhand aangepast raken aan het verloop van het proces. Het normatieve aspect verdwijnt daarbij naar de achtergrond, en wordt vervangen door het feitelijke perspectief op wat er werkelijk gebeurt in het proces. Er kan dan gesproken worden van een ‘gegeneraliseerde bereidheid om beslissingen te accepteren’.¹⁶ Daarmee wordt geabstraheerd van de individuele erkenning van beslissingen als voorwaarde voor de legitimiteit ervan. Die gegeneraliseerde, en daarmee geabstraheerde instemming sluit goed aan bij het karakter van het procesrecht, dat immers als bron van procedurele legitimiteit beschouwd kan worden. Procedurele legitimiteit valt niet samen met procesrecht, hoewel het bestaan van procesrecht daarvoor wel verondersteld wordt.¹⁷ Procesrecht maakt deel uit van het instrumentarium voor het bereiken van legitimiteit, en berust als instituut zelf weer op geabstraheerde instemming.

Shapiro: legitimiteit als instemming

15. Luhmann 1969, p. 34.

16. Schaap 1997.

17. Luhmann 1969, p. 36-37.

Shapiro geeft in het eerste hoofdstuk van zijn boek ‘*Courts*’ een overzicht van het beeld dat doorgaans geschetst wordt van een gerecht. Daarin figureert een onafhankelijke rechter die normen toepast in een procedure op tegenspraak, en waarbij een van de partijen gelijk krijgt. Letterlijk zegt Shapiro over dat beeld:¹⁸

“(...) An ideal type (...) of courts involving (1) an independent judge applying (2) pre-existing legal norms after (3) adversary proceedings in order to achieve (4) a dichotomous decision in which one of the parties was assigned the legal right and the other found wrong.”

Shapiro legt vervolgens uit waarom dit ideaalbeeld niet klopt. Als uitgangspunt hanteert hij daarvoor de triadestructuur: de verhouding tussen twee partijen in een geschil en een derde die zich met de oplossing van dat geschil bezighoudt. Om te voorkomen dat de geschiloplosser, nadat hij het geschil heeft beslecht in het voordeel van een van de partijen, door de andere partij als tweede tegenpartij wordt gezien, worden diverse methoden gehanteerd. Deze methoden worden door Shapiro gezien als pogingen om de inherent aanwezige instabiliteit in elk triadesysteem zo veel mogelijk weg te nemen.¹⁹ Hij onderscheidt een aantal van dergelijke methoden. Ten eerste instemming (*consent*), ten tweede bemiddeling (*mediation*), en ten derde recht en ambt (*law and office*). De instemming van beide partijen met de oplossing van een geschil, en vooral met de keuze van een geschiloplosser, is belangrijk voor de acceptatie van het oordeel van die geschiloplosser. De vraag waarom de partijen zich bij het oordeel van de geschiloplosser zouden moeten neerleggen, is daarmee eveneens ‘opgelost’.²⁰ Bemiddeling helpt eveneens om een patstelling (de ene partij plus de geschiloplosser tegenover de andere partij) te voorkomen. Het continuüm waarop in meer of mindere mate van bemiddeling sprake is, begint bij zo ongeveer mediation en eindigt in het algemeen bij overheidsrechtspraak. Wanneer partijen het samen eens worden, en daarvoor niet het al dan niet bindend oordeel van een derde nodig hebben, bevordert dat de legitimiteit van de oplossing. Recht en ambt zijn de twee verschijnselen die volgens Shapiro in de plaats van instemming komen.²¹ Tot op zekere hoogte althans, want de vestiging van het ambt van rechter heeft volgens hem niet geleid tot het verdwijnen van een bemiddelende rol van de rechter.²²

De volgende stap die Shapiro zet, is te bekijken welke functies gerechten nu eigenlijk vervullen. Naast de functie van geschiloplossing zijn dat sociale controle en wetgeving. Vanuit de geschiedenis van de triadestructuur waarin de geschiloplosser een door partij-

18. Shapiro 1981, p. 1.

19. Shapiro 1981, p. 1-2.

20. Shapiro 1981, p. 2.

21. Shapiro 1981, p. 5-8.

22. Shapiro 1981, p. 8-17.

en gekozen onafhankelijke derde is, ontwikkelt zich door centralisering van de macht en institutionalisering van het systeem van geschiloplossing een situatie waarin de triadestructuur niet langer geldt. Dat wil zeggen: de onafhankelijke geschiloplosser wordt een geschillenbeslechter die de gecentraliseerde macht vertegenwoordigt. Met name in het strafrecht, zo schrijft Shapiro, kan van een triadestructuur nauwelijks meer gesproken worden. Immers, van de rechter die een overvaller berecht, kan niet worden gezegd dat hij een onafhankelijke derde is die een afweging maakt tussen de professionele belangen van de overvaller en de ordehandhavingsbelangen van de staat.²³

De procedure op tegenspraak en de toepassing van bestaande juridische normen garanderen, in afwijking van het ideaaltype, niet dat de rechter onafhankelijk is.²⁴ De rechter is een instrument van de sociale=controlefunctie van de staat. Daarnaast is ook de toepassing van bestaande juridische normen maar tot op zekere hoogte mogelijk. De rechter maakt nieuw recht. Afhankelijk van het rechtssysteem en rechtsgebied is deze functie van de rechter meer of minder uitgesproken, maar er zit een rechtsvormend element in het meeste handelen van de rechter, en daarmee is opnieuw een element van het prototype van het gerecht aan erosie onderhevig.²⁵ De rechtsvormende taak van de rechter is, zo schrijft Shapiro, bovendien direct strijdig met de onafhankelijkheid van de rechter. Immers, als rechters de vrijheid hebben zelf vorm te geven aan de regels die zij in concrete gevallen toepassen, dan heeft hun werk duidelijk een politieke dimensie, en zal een gegeven regime controle willen uitoefenen over dat werk.²⁶ Shapiro gaat hier overigens voorbij aan de situatie die we in Nederland kennen, met een minder gepolitiiseerd rechterlijk apparaat, een vrij vergaande onafhankelijkheid, en de kennelijke wens van de politiek zich juist te onttrekken aan de regulering van bepaalde zaken, zoals we in het verleden zagen bij het euthanasiedebat, dat lange tijd beslecht is in de rechtszaal. Shapiro beweert daarnaast dat een procedure op tegenspraak meer een façade is dan een zinnig fenomeen wanneer het aankomt op de rechtsvormende taak van de rechter. Immers, die procedure op tegenspraak betreft de belangen van de twee partijen, terwijl de rechtsvormende taak van de rechter verder gaat dan het belang van die twee partijen.²⁷

Op enkele plaatsen gebruikt Shapiro expliciet de term 'legitimiteit', onder meer bij zijn beschrijving van het ideaaltype van het gerecht, en bij het vertolken van zijn eigen visie op legitimiteit, die totstandkomt door instemming van de partijen met een bemiddeling van een derde. Hij schrijft daarnaast over het verschil tussen sociale en politieke legitimiteit van het gerecht, die in elkaars verlengde kunnen liggen, maar ook met elkaar kunnen strijden. Dat laatste is volgens hem met name het geval wanneer appelgerechten

23. Shapiro 1981, p. 27.

24. Shapiro 1981, p. 27.

25. Shapiro 1981, p. 32-35.

26. Shapiro 1981, p. 32-35.

27. Shapiro 1981, p. 34-35.

worden bekeken. Een appelgerecht bekijkt zaken vaak op een andere manier dan het gerecht in eerste aanleg. Het gerecht in eerste aanleg is dan bijvoorbeeld een feitingerecht, en in hoger beroep wordt gekeken naar de procedurele aspecten van de zaak. Omdat appelgerechten vanouds ook de aangewezen instanties zijn om rechtseenheid te brengen, en dus ook een middel kunnen zijn om politieke bedoelingen te realiseren, kan bij dergelijke gerechten de politieke legitimiteit voorop staan, ten koste van de sociale legitimiteit van het rechterlijk oordeel. Bij gerechten in eerste aanleg staat de sociale legitimiteit van de geschiloplossing tussen twee partijen centraal, en zal de politieke legitimiteit van het rechterlijk oordeel daaronder kunnen leiden.²⁸

Shapiro's insteek is er een van rechtsvergelijking en politisering van het recht. Daarmee wordt de legitimiteit van geschiloplossing in het algemeen en van het rechterlijk oordeel in bijzonder tot een extern-juridische aangelegenheid gemaakt. Dat is ook terecht, althans ten dele. Legitimiteit lijkt tussen rechtvaardigheid en legaliteit in te liggen. Aan de ene kant kan legitimiteit niet alleen vanuit een zuiver juridische invalshoek verschaft worden. Daarvan getuigen de sociale en politieke dimensies van het begrip. Aan de andere kant gaat legitimiteit verder dan alleen het rechtens juist zijn. Een rechterlijke beslissing kan onrechtvaardig zijn en evenmin aan het legaliteitsbeginsel voldoen, en wel – althans ten dele – legitiem zijn. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een goed beargumenteerde beslissing, die niet aan het rechtvaardigheidsgevoel van de gemeenschap voldoet, en al evenmin op de bestaande juridische regels gegrondvest is. Vergezocht? Wellicht, maar wel een teken dat het mogelijk is de drie begrippen uit elkaar te trekken, dat het daarnaast zinnig is niet alleen een zuiver juridische invalshoek te hanteren, en bovendien dat legitimiteit een koepelbegrip is, waarin verschillende criteria zijn gevat, waaraan in specifieke situaties meer of minder belang kan worden gehecht.

Tamanaha

Tamanaha geeft in zijn boek *A General Jurisprudence of Law and Society* een overzicht van verschillende benaderingen van legitimiteit.²⁹ Hij stelt vraagtekens bij het nut van wat hij aanduidt als het 'legitimiteitsprogramma' ('the legitimacy enterprise'): de drang om rechtssystemen vanuit een theoretisch perspectief te voorzien van een legitimatie, die, zo merkt hij op, opvallend vaak in het voordeel van *bestaande* rechtssystemen werkt. Tamanaha pleit ervoor minder vanuit theoretisch perspectief te werken.³⁰ Hij bespreekt diverse benaderingen voor legitimatie, voortvloeiend uit de bekendste rechtsfilosofische stromingen, zoals natuurrecht en rechtspositivisme, en leidt daaruit twee overwegende 'mythen' af over de legitimatie van het recht: de mythe van de evolutionaire ontwikkeling van het recht en de mythe van het sociaal contract.³¹ Die evolutie komt neer op een

28. Shapiro 1981, p. 56.

29. Tamanaha 2001.

30. Tamanaha 2001, p. 240-241.

31. Tamanaha 2001, p. 52 e.v.

‘noodzakelijk’ geachte ontwikkeling van een ongeordende samenleving (die dus eigenlijk geen samenleving mag heten) naar een sociaal gestructureerde maatschappij.³² Een sociaal contract komt voort uit een ideaaltypische legitimatietheorie die veronderstelt dat op enige wijze een overeenkomst tot stand komt tussen en het ‘volk’ en de ‘machthebber’ waarbij de macht wordt overgedragen.

Deze veronderstellingen blijken mythen bij het beschouwen van het positieve recht. Tamanaha constateert dat het hedendaagse (Westerse) positieve recht sterk is gegroeid, maar weinig directe verbanden vertoont met sociale gewoonten. Dat is te wijten aan drie factoren: de toenemende complexiteit van het economisch verkeer, de groei van het bestuursrecht om de ‘sociale rechtsstaat’ te regelen, en de toename van de regulering van het regerings- en ambtenarenapparaat zelf.³³ Enerzijds heeft het economische verkeer een veel grotere complexiteit gekregen, die zich uit in bijvoorbeeld de Europese en nationale regelgeving over koop op afstand. Anderzijds is de rol van de overheid steeds groter geworden, en die grotere rol gaat gepaard met de noodzaak van regels om dat overheidshandelen te sturen.

Vervolgens schetst Tamanaha de betekenis van de ‘mirror thesis’ (de veronderstelling dat het positieve recht een spiegel vormt van de gewoonten en/of morele opvattingen van een samenleving) in de rechtsfilosofie.³⁴ Het idee dat het recht een ‘spiegel’ is, wordt ten dele onderuit gehaald door bewegingen als het Amerikaanse ‘Legal Realism’, het rechtspositivisme, en door institutionele benaderingen. Van een inhoudelijke toets van het recht vindt een verschuiving plaats naar een procedurele toets. Voorzover nog van een ‘spiegel’ gesproken kan worden, komt die voort uit het feit dat de morele opvattingen worden vertaald in een politieke opvatting, die in een democratisch systeem wordt omgezet in wetgeving met een dito inhoud.³⁵

Maar het is zeker niet noodzakelijk dat in een dergelijk indirect systeem de rechtsregels een weerslag zijn van morele opvattingen. Als oorzaken daarvoor worden onder meer genoemd: eigenbelang, stemruil, beperkte participatie, de meerderheidsopinie die de minderheid overvleugelt, en de professionele ‘regelgevingsproductie’ door ambtenaren, waarin niet (in elk geval niet direct) de opvattingen van de gemeenschap doordringen.³⁶ Daarmee wordt de ‘mirror thesis’ verder ondermijnd.

De vraag ontstaat in hoeverre Tamanaha niet strijdt tegen een stroman. Immers, de

32. Tamanaha gaat weliswaar uitgebreid in op het evolutionaire beeld van rechtsontwikkeling, maar vermeldt daarbij niet dat het geschetste beeld in flagrante strijd is met de evolutietheorie van Darwin (waar wel naar verwezen wordt). Darwiniaanse evolutie is immers niet doelgericht, en leidt daarmee niet noodzakelijkerwijs tot de ‘verbetering’ van de sociale orde.

33. Tamanaha 2001, p. 86-88.

34. Tamanaha 2001, p. 89-106.

35. Tamanaha 2001, p. 102.

36. Tamanaha 2001, p. 103.

‘mirror thesis’ zal door weinigen worden aangehangen als het gaat om een beschouwing over bestuursrecht, dat immers in de allereerste plaats dient om bepaalde politieke doelstellingen te realiseren. Meer dan een spiegel is het recht dan te beschouwen als een middel om een toekomstverwachting te realiseren. Voorzover het recht effectief is, wordt die verwachting verwerkelijk. Deels geldt dit ook voor het strafrecht, dat immers veel meer een instrument voor maatschappij-inrichting is dan een reflectie van de maatschappelijke moraal. Burgerlijk recht kent in de kern schijnbaar nog wel een weerslag van bepaalde maatschappelijke normen (bijv. ‘voor wat hoort wat’), maar wie zegt dat de maatschappelijke normen niet op het burgerlijk recht zijn gebaseerd in plaats van andersom?

Bovendien schetst Tamanaha zelf hoe de overheersende opinie over de legitimatie van het recht steeds verder afbuigt van een inhoudelijke, morele toets naar een procedurele toets: die van de ‘rule of law’ of het legaliteitsbeginsel. Hij geeft daarvan een van de meest sprekende voorbeelden: de legaliteitstoets van Lon Fuller, die onder meer algemeenheid, publicatie, geen terugwerkende kracht en begrijpelijkheid behelst. Ondanks z’n procedurele karakter is deze legaliteitstoets sterk normatief geladen. Wie sommige bepalingen uit het Nederlandse Burgerlijk Wetboek bekijkt, zal over begrijpelijkheid toch wel iets te klagen hebben.³⁷ De wet die prinses Maxima naturaliseerde kan ook onmogelijk als een ‘algemene regel’ worden aangemerkt. Toch zullen beide doorgaans als ‘recht’ worden aangemerkt. Daaruit leid ik af dat ook een procedurele of structurele toets (een ‘structureel natuurrecht’) onrecht kan doen aan het relatieve karakter van vrijwel elke karakterisering van normen als ‘recht’.

De weerlegging van de ‘mirror thesis’ komt ten dele voort uit een evaluatie van empirisch onderzoek naar rechtssystemen in drie situaties: juridische ‘transplantaties’, globalisering van het recht, en de kloof tussen recht en maatschappij.³⁸ Juridische transplantaties zijn situaties waarin rechtssystemen uit het ene land worden toegepast in een ander land, met doorgaans een andere cultuur. Deze treden op bij situaties als bezetting en kolonisatie. Globalisering kan leiden tot grotere overeenkomsten in het recht tussen verschillende landen. Het kan ook leiden tot een alternatieve vorm van ‘transplantatie’, waarbij bepaalde juridische normen worden opgelegd door een politiek of economisch krachtenveld dat de landsgrenzen overstijgt. De kloof tussen recht en maatschappij is

37. Denk daarbij aan de beruchte ‘tenzij-clausules’, bijv. in art. 6:173 lid 1, waarvan de tekst luidt: “De bezitter van een roerende zaak waarvan bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van ontstaan daarvan zou hebben gekend.”

38. Tamanaha 2001, p. 107-132.

er onder andere één tussen toepasselijk recht en de daadwerkelijke effectiviteit daarvan. Veel recht kan worden beschouwd als ‘dode letter’, omdat het niet wordt nageleefd.

2.2 Voorwerpen van legitimiteit

Bij het gebruik van het begrip ‘legitimiteit’ moeten we ons steeds afvragen op welk voorwerp het begrip betrekking heeft. Afgezien van de inhoud van het begrip, dat ons zou moeten vertellen op basis van welke criteria of eigenschappen een voorwerp als legitiem wordt beschouwd, hebben we te maken met dat voorwerp zelf. Dat kan een procedure zijn (is het proces van burgerlijke rechtsvordering legitiem?), een handelen (is het optreden van de rechter legitiem?), of een resultaat (is de beslissing van een rechter legitiem?). Bij het definiëren van legitimiteitscriteria dient duidelijk te zijn op welk voorwerp die criteria betrekking kunnen hebben.

Een belang van een dergelijke splitsing van objecten van legitimiteit kan worden afgeleid uit de onderstaande passage van Dworkin (die overigens van toepassing is op publiekrecht):³⁹

“These two issues – whether the state is morally legitimate, in the sense that it is justified in using force against its citizens, and whether the state’s decisions impose genuine obligations on them – are not identical.”

Dworkin beweert dat ‘werkelijke verplichtingen’ (*genuine obligations*) niet noodzakelijkerwijs voortvloeien uit de aanwezigheid van een rechtssysteem en de handhaving daarvan. Als een burger de inhoud van een rechtsregel niet aanvaardt, en de staat die regel wel handhaaft, betekent dat niet automatisch dat diezelfde burger de werkelijke verplichting heeft de regel te volgen. De legitimiteit van de staat en de legitimiteit van individuele verplichtingen worden hiermee uit elkaar gehaald. Het specificeren van het object van legitimiteit is van belang, omdat de betekenis van het begrip afhangt van datgene waarop het betrekking heeft.

Procedure – De procedure bepaalt de procesmatige context van de geschilbehandeling. Het gaat niet alleen om expliciet vastgelegde regels, maar ook om een gegroeide praktijk, en de specifieke kenmerken van de voorliggende procedure. Binnen dit object kunnen de volgende elementen worden onderscheiden:

- (1) de inhoud van de vastgelegde procedureregels;
- (2) de inhoud van procedureel ‘gewoonterecht’;
- (3) de daadwerkelijke toepassing van de regels in de procedure;
- (4) het verloop van de procedure.

39. Dworkin 1986, p. 191.

Het lijkt voor de hand te liggen bij de beschouwing van dit object te spreken over ‘procedurele legitimiteit’. Echter, daarmee wordt een mogelijke begripsverwarring geïntroduceerd: het gaat hier om de legitimiteit *van* de procedure, niet legitimiteit *door* het volgen van een procedure.

Handelen – De handelingen van voornoemde partijen vallen niet alleen tijdens de procedure, maar ook daarvoor en daarna. Dit handelen bestaat dus uit de volgende elementen:

- (1) het handelen van de partijen dat leidde tot het geschil;
- (2) het handelen van de partijen binnen de geschiloplossingsprocedure;
- (3) het handelen van de partijen naar aanleiding van de volbrachte procedure.

Meer dan bij het object ‘partijen’ gaat het bij het object ‘handelen’ om het gedrag van de partijen tijdens de procedure. Niet de personen en instituties, maar hun gedragingen zijn dan het onderwerp van de legitimiteitsvraag.

Resultaat – Het resultaat van een geschiloplossingsprocedure wordt neergelegd in een gezamenlijke verklaring, een vaststellingsovereenkomst of in een oordeel van de onafhankelijke derde. Daarnaast moet er gevolg worden gegeven aan de verklaring, de overeenkomst of het oordeel. Daarbij kunnen de volgende elementen worden onderscheiden:

- (1) de inhoud van de verklaring of vaststellingsovereenkomst of van het oordeel;
- (2) de tenuitvoerbrenging van de inhoud;
- (3) het resultaat van de tenuitvoerbrenging.

Het resultaat betreft dus sterk van elkaar verschillende objecten: aan de ene kant het normatieve oordeel, aan de andere kant datgene wat er werkelijk aan de tenuitvoerbrenging wordt gedaan, en wat dat voor resultaat heeft. Oordeel en uiteindelijk resultaat kunnen sterk uiteenlopen; als zelfs een executoriale titel geen garantie geeft dat het afgesprokene of geoordeelde wordt bereikt, is duidelijk dat een vaststellingsovereenkomst geen garantie voor nakoming biedt. Aan de andere kant: wederzijdse instemming kan nu juist ook weer bevorderlijk zijn voor de nakoming, in tegenstelling tot de situatie waarin een onafhankelijke derde de knoop doorhakt, meestal in het nadeel van een van de personen.

2.3 Overzicht van legitimiteitscriteria

In deze paragraaf staan de criteria centraal die als onderdeel van het legitimiteitsbegrip kunnen worden beschouwd. De betrouwbaarheidscriteria zijn onafhankelijkheid, onpartijdigheid, deskundigheid en zorgvuldigheid. De aanvaardbaarheidscriteria zijn rationaliteit, legaliteit, wederkerigheid en instemming. Vanzelfsprekend kunnen betrouwbaarheids- en aanvaardbaarheidscriteria niet echt los van elkaar gezien worden. Een grote betrouwbaarheid van een institutie zal als vanzelf de aanvaardbaarheid van haar

oordelen en adviezen vergroten, net als de (althans bij voortduring) gepercipieerde aanvaardbaarheid van oordelen en adviezen de betrouwbaarheid van die institutie zal doen toenemen. De twee groepen criteria dienen echter vooral om de criteria met betrekking tot de omgeving, de procedures en de uitvoerders van alternatieve geschiloplossing te onderscheiden van de criteria met betrekking tot de inhoud van de geschiloplossing.

Een belangrijke kanttekening bij het onderstaande overzicht is dat aan veel van de genoemde criteria een afwijkende betekenis kan worden toegekend, zodat zij niet langer onder betrouwbaarheid of aanvaardbaarheid vallen. De gekozen hiërarchie sluit aan bij de benadering van het legitimiteitsbegrip vanuit het structurele en het inhoudsperspectief, voor respectievelijk het betrouwbaarheids- en het aanvaardbaarheids criterium. Daar waar legitimiteit en bijvoorbeeld legaliteit of gelijkheid elkaar raken, zullen de criteria overlappingen vertonen. Tegelijkertijd kunnen die criteria worden aangegrepen om het begrip legitimiteit scherper te definiëren.

Opnieuw merk ik hier op, dat het benoemen van legitimiteitscriteria de schijn wekt van een rigide betekenisopvatting. Tamanaha bespreekt conventionalisme, essentialisme en functionalisme als eigenschappen die worden toegeschreven aan Hart's opvatting over recht.⁴⁰ Deze drie theorieën zijn ook geschikt om opvattingen over legitimiteit te duiden. Een conventionalistische opvatting duidt de in brede kringen toegekende betekenis(sen) als maatgevend. Het hanteren van een specifieke, noodzakelijke eigenschap als maatgevend voor een fenomeen kan worden aangeduid als essentialisme; de hiervoor genoemde rigide betekenisopvatting komt hier het dichtst in de buurt. Functionalisme ten slotte kijkt naar de specifieke rol die een fenomeen (legitimiteit) heeft in een samenleving. De drie theorieën sluiten elkaar niet uit. Zij kunnen elk een rol vervullen in het duiden van legitimiteit.

Bij het definiëren van *criteria* voor legitimiteit kan eveneens aansluiting worden gezocht bij deze drie theorieën. Elk van de criteria kan worden gebaseerd op de *communis opinio* (voorzover bestaand met betrekking tot een zo specifiek onderwerp), op *noodzakelijke en voldoende voorwaarden* of op *toepasselijke functies*. Neem bijvoorbeeld het eerste hieronder te bespreken criterium: onafhankelijkheid. Een conventionele benadering zou vereisen dat onderzoek wordt gedaan naar de betekenisperceptie van dit begrip. Een essentialistische benadering vraagt het vastleggen van een set criteria die 'onafhankelijkheid' definiëren, zoals het ontbreken van gezagsstructuur die een conflictoplosser bindt aan bijv. de wetgevende of uitvoerende macht. Bij een functionele benadering wordt gezocht naar de rol van het onafhankelijkheids criterium.

Wat is nu het belang van deze driedeling voor de legitimiteitsbeschouwing in het kader van dit onderzoek? Het is niet de bedoeling een nieuwe legitimiteitstheorie te ontwikkelen. In plaats daarvan zoek ik naar aanknopingspunten voor de beoordeling

40. Tamanaha 2001, p. 135 e.v.

van legitimiteit in relatie tot virtualisering van geschilplossing. Die aanknopingspunten kunnen worden gevonden in elk van de drie theorieën, waarbij de conventionele benadering zorgt voor feitelijk vast te stellen normatieve criteria ('een wetenschapper stelt vast dat de meerderheid van de mensen vindt dat onafhankelijke geschilplossing betekent dat de geschilplosser niet gelieerd mag zijn aan een van de partijen'), de essentialistische benadering voor normatief vast te stellen normatieve criteria ('een rechtsgeleerde vindt dat de geschilplosser niet gelieerd mag zijn aan een van de partijen'), en de functionele benadering voor feitelijk vast te stellen feitelijke criteria ('dat een geschilplosser niet gelieerd is aan een van de partijen, dient zijn onafhankelijkheid').

Betrouwbaarheid

Betrouwbaarheid maakt het specifieke afhankelijk van het generieke. Toegepast op de legitimiteit van oordelen betekent dit, dat de betrouwbaarheid van een rechtsprekende instantie een maat is voor specifieke oordelen die door die instantie worden voortgebracht. Een instantie die doorgaans goed gemotiveerde, navolgbare oordelen velt, zal voldoen aan het criterium van betrouwbaarheid, en daarmee wordt ook een licht geworpen op de individuele oordelen van die instantie. Die instantie kan natuurlijk ook een persoon zijn: een betrouwbare rechter. De verschillende mogelijke objecten van het betrouwbaarheids criterium zijn gelijk aan die van legitimiteit in het algemeen.

De betrouwbaarheid van een instantie of persoon is vooral een globale maat, die gebaseerd wordt op prestaties uit het verleden. Die prestaties worden beoordeeld aan de hand van de meer inhoudelijk georiënteerde aanvaardbaarheids criteria, en ook aan de hand van de organisatorisch georiënteerde betrouwbaarheids criteria. Daarnaast kan betrouwbaarheid worden gezien als beoordelings criterium voor individuele processen of oordelen. Het betreft dan de beoordeling van het individuele verloop van een proces of de individuele totstandkoming van een oordeel, los van de algemene maat.

Onafhankelijkheid – Onafhankelijkheid plaatst de institutionele omgeving van geschilplossing buiten de onmiddellijke invloedssfeer van andere 'machten', zoals volgt uit de klassieke driedeling van Montesquieu (wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht), maar ook van "de pers, actiegroepen en het grootkapitaal".⁴¹ Daarnaast valt te denken aan de (gearticuleerde) publieke opinie, ambtenaren, en in sommige gevallen zelfs aan andere geschilplossende instanties (wanneer vormen van concurrentie ontstaan tussen geschilplossers). Onafhankelijkheid van de geschilplosser kan worden opgevat als het ontbreken van relevante belangen en betrekkingen met partijen buiten het geschil, die van invloed zouden kunnen zijn op de wijze van geschilplossing.

In een aantal van de genoemde gevallen kan zowel op de individuele geschilplosser worden gedoeld, als op het instituut waaraan de geschilplosser eventueel verbonden is.

41. Eshuis en Ter Voert 2003, p. 75.

Ook betrekkingen tussen zo'n instituut en bijvoorbeeld andere cliënten, financiers of instanties kunnen een rol spelen in de beoordeling van de onafhankelijkheid. Dit speelt vooral een rol wanneer het gaat om verbanden van mediators en arbiters. Overheidsrechtspraak is van zichzelf immers al vergaand gevrijwaard van externe bemoeienis. Voor individuele rechters zijn de bovenstaande criteria wel relevant, onder meer vanwege de nevenfuncties van rechters en de inzet van rechter-plaatsvervangers.

Onpartijdigheid – Onpartijdigheid houdt in dat de geschiloplosser geen partij kiest op basis van andere dan objectieve factoren. Zodoende mag geen sprake zijn van reeds voor het geschil bestaande relevante betrekkingen tussen de geschiloplosser en de partijen, bijvoorbeeld een vriendschap of zakelijke relatie met een van de partijen, en mogen tijdens de geschiloplossing geen relevante betrekkingen ontstaan tussen de geschiloplosser en de partijen die geen betrekking hebben op de zakelijke oplossing van het geschil, bijvoorbeeld ontmoetingen met één van de partijen buiten medeweten van de andere partij. Onpartijdigheid vraagt bovendien een houding die niet de schijn van een voorkeur wekt in de benadering van de partijen in het geschil.

Deskundigheid – Deskundigheid strekt zich uit tot een drietal hoofdgebieden: (1) de inhoudelijke kennis van het domein waarvin het geschil zich afspeelt; (2) de juridische kennis en vaardigheden op dat terrein, en (3) de kennis en vaardigheden op het terrein van geschiloplossing. De feitelijke verdeling van het belang en de inhoud van deze kennis en vaardigheden hangt vanzelfsprekend mede van af van het type geschiloplossing dat aan de orde is. Bij een civiel proces ligt de nadruk heel anders dan bij een mediation.

Zorgvuldigheid – Zorgvuldigheid vertoont op het institutionele niveau een overlapping met de organisatorische dimensie van integriteit. Immers, op dat niveau bepaalt onder meer kwaliteitsbewaking de wijze waarop geschillen op een bevredigende wijze worden afgedaan. Op individueel niveau betreft zorgvuldigheid niet zozeer de onkreukbaarheid van het individu, maar zijn vermogen precisie en aandacht te betrachten bij de procesgang. Zo is zorgvuldigheid ook een randvoorwaarde voor de vervulling van inhoudelijk georiënteerde aanvaardbaarheidscriteria.

Aanvaardbaarheid

Aanvaardbaarheid brengt legitimiteit terug naar de acceptatie van degenen die door een oordeel geraakt worden: aanvaardbaarheid is dan de mate waarin zij begrip kunnen opbrengen voor de totstandkoming en inhoud van het oordeel. Dat begrip is uiteraard afhankelijk van het individu, maar daarnaast ook ten dele van de eigenschappen van het oordeel en de context waarin het tot stand is gekomen. Daar raakt aanvaardbaarheid aan redengeving, overeenstemming met het recht, betrouwbaarheid en rationaliteit, maar omdat die criteria separaat worden besproken, ligt hier de nadruk op individuele acceptatie.

Die individuele acceptatie hangt wel samen met de *perceptie* van betrouwbaarheid.

Het individu dat onderwerp is van rechtspleging is doorgaans een mening toegedaan over deze elementen, en afhankelijk van deze mening zal de graad van acceptatie van het oordeel variëren. Hoe belangrijk is de individuele acceptatie van het oordeel in verband met de bepaling van de legitimiteit van dat oordeel? Dat hangt vanzelfsprekend sterk af van hoeveel belang wordt gehecht aan individuele acceptatie. Bij een vrijblijvender rol van de partijen in de geschiloplossing (zoals bij mediation) is die individuele acceptatie erg belangrijk, bij een geding voor de burgerlijke rechter is het belang iets minder (omdat de uitspraak bindend is), maar bij een voortgezette relatie tussen de procespartijen blijft het belang aanwezig.

Rationaliteit – De rationaliteit van een oordeel is de mate waarin dat oordeel en de onderliggende motivering goed geconstrueerd zijn, dat wil zeggen: het oordeel volgt naar de maatstaf van wat een redelijk mens uit de motivering kan afleiden, en de motivering zelf voldoet aan de standaarden die een redelijk mens zich zou opleggen (zoals relevantie, juist gebruik van argumenten). Deze uitleg van rationaliteit komt daarmee dicht in de buurt van *narekenbaarheid*.⁴² Nu acht ik de suggestie van ‘rekenen’ in verband met argumenteren een verkeerde, omdat eruit zou kunnen worden afgeleid dat een gegeven argumentatielijn een vaste uitkomst heeft.

De afwegingen die tussen verschillende redenen worden gemaakt, kunnen echter tot uiteenlopende conclusies leiden, zodat van *narekenbaarheid* in strikte zin geen sprake is. Ik prefereer de term *navolgbaarheid*, omdat die tot uitdrukking brengt dat de wijze van redeneren niet per definitie reproduceerbaar, maar wel voldoende ‘logisch’ is om voor een redelijk mens invoelbaar te zijn. Navolgbaarheid is in belangrijke mate afhankelijk van *redengeving*.

Redengeving behelst het expliciet maken van de gronden op basis waarvan een besluit of advies wordt genomen. Het maakt die gronden daarmee inzichtelijk voor de betrokken partijen. De inzichtelijkheid zou ertoe moeten leiden dat het besluit of advies zelf begrijpelijk en mogelijk acceptabel wordt voor de partijen. Bij overheidsrechtspraak wordt de redengeving voornamelijk gevonden in het rechterlijk vonnis. Zulks geldt eveneens voor arbitrale rechtspraak. De voornamelijk op het geschil tussen partijen gerichte mediation laat de redengeving in het midden. Er is immers geen sprake van een besluit van een onafhankelijke derde. Wel is redengeving *binnen* deze vorm van geschiloplossing van belang. Het overtuigen van partijen van de eigen standpunten stoelt natuurlijk voor een deel op de redengeving die daaraan wordt gehecht.

Legaliteit – Hoewel legaliteit dikwijls wordt gezien als de pendant van legitimiteit, kan legaliteit in werkelijkheid worden gezien als een van de voorwaarden voor het optreden van legitimiteit. Legaliteit betreft ten eerste overeenstemming met *geldend* recht, en ten tweede overeenstemming met recht zoals neergelegd in zowel formele als materiële

42. Franken 2003, p. 59.

rechtsbronnen, waardoor legaliteit ruimer wordt uitgelegd dan alleen als ‘overeenkomstig de letter van de wet’. De betekenis van ‘overeenstemming’ wordt lastiger te bepalen op het moment dat de motivering van een oordeel meer drijft op de ‘vindingen’ van de rechter dan op de letter van de wet, rechtspraak of literatuur. Eerder is sprake van ‘voldoen aan de randvoorwaarden’ zoals bij de wet gesteld, waardoor doorgaans nog slechts de structuurkenmerken van de redengeving worden bepaald, niet de inhoud.

Wederkerigheid – Wederkerigheid is – in enge zin – het verbinden van enkelzijdige relaties tussen individuen tot enige vorm van uitwisseling: tegenover het (enkelzijdige) geven van een cadeau staat het (enkelzijdige) ontvangen van een gift. Beide relaties samen maken een vorm van wederkerigheid. Pessers zegt in haar analyse van wederkerigheid dat dit fenomeen ten grondslag ligt aan de organisatie van de gemeenschap; ze noemt het “(...) het structuurbeginsel van de sociale orde en rechtsorde (...)”.⁴³ Haar multidisciplinaire begripsanalyse mondt uit in de volgende analyse:

“De gelaagdheid van dit structuurbeginsel wordt pas bij een interdisciplinaire benadering zichtbaar. Vanuit die benadering werd wederkerigheid in deze studie omschreven als *het via de ander wederkeren van het eigene*. Het eigene keert echter nooit rechtstreeks via de ander weder. Daartoe is een derde – bemiddelende – instantie nodig, zoals een familiale verwantschap, een sociale verwantschap of een gemeenschap van rechtsgenoten.”

Zij onderscheidt daarbij drie typen instanties: de familiale verwantschap uit zich in een affectieve wederkerigheid, de verwantschap in een kleine gemeenschap toont zich in een sociale wederkerigheid, en de rechtsorde laat zich zien in een rationele wederkerigheid. In het laatste geval treedt geen herkenning van het eigene in de ander op – men kent die ander immers niet – maar is een gemeenschappelijke aanvaarding van rechtsbeginselen de basis voor een orde gebaseerd op wederkerigheid.⁴⁴ In dit laatste geval zou dus sprake zijn van erkenning zonder herkenning, of moet de herkenning van het eigene in de ander in het abstracte kader van de rechtsorde worden gezocht. Herkenning en erkenning zijn dan geïnstitutionaliseerd.

Een tweede belangrijk onderscheid dat Pessers maakt binnen het wederkerigheidsbegrip is tussen mutualiteit en reciprociteit. Het woord ‘mutualiteit’ wordt gereserveerd voor de strikt tot het uitwisselen van prestaties gelimiteerde (rechts)verhouding. ‘Reciprociteit’ duidt, in afwijking daarvan, op een langduriger verhouding waarin vertrouwen de boventoon voert, waarin de mutualiteit (gelijk oversteken) ondergeschikt is geworden aan de gerechtvaardigde verwachting dat de eigen ‘goedgeefsheid’ ooit beantwoord zal worden.⁴⁵ In beide gevallen gaat het om een *verwachting* van wederkerigheid. Deze ver-

43. Pessers 1999, p. 235.

44. Pessers 1999, p. 235.

45. Pessers 1999, p. 49, 236-237.

wachting kan op zichzelf geen aanvaardbaarheids criterium vormen, omdat het criterium gewaardeerd moet kunnen worden ten opzichte van het object waarvan de legitimiteit bepaald wordt.

Instemming – Instemming wordt aangetroffen op verschillende niveaus. Ten eerste op microniveau: het niveau van individuele procespartijen. Het gaat dan om de feitelijke acceptatie van een oordeel of overeenkomst door de partijen in een geschil. Instemming valt enigszins buiten het koepelcriterium ‘aanvaardbaarheid’, omdat het hier om de realisering van dat normatieve ideaal gaat: de daadwerkelijke aanvaarding. Het is in die zin een aanvaardbaarheids criterium, dat de daadwerkelijke instemming van individuele partijen bijdraagt aan de aanvaardbaarheid van het oordeel of de overeenkomst, beschouwd over de hele linie van de verschillende partijen in het geschil. Instemming zelf is er natuurlijk in vele smaken, waarbij de kwalificaties kunnen variëren van vormen van zware apathie tot ongebreideld enthousiasme. Instemming kan zich dus beperken tot het gelaten aanhoren van een oordeel en het ondergaan van de gevolgen daarvan, tot het met overtuiging meewerken aan het tot stand brengen van de consequenties.

Ten tweede kan instemming ook worden aangenomen op een meso- of macroniveau. In dat geval gaat het om de instemming van een significant gedeelte (of de meerderheid) van een gemeenschap met een specifiek oordeel, of met een praktijk van omgang met geschillen, zoals de rechterlijke omgang met civiele zaken in het algemeen. Het onderscheid tussen meso- en macroniveau is dan te vinden in de grootte van de gemeenschap: omvat deze slechts een bepaalde groep belanghebbenden, dan kan van een mesoniveau worden gesproken; gaat het om de bevolking van een staat, dan spreek ik over instemming op macroniveau.

2.4 Rationaliteit: redengeving nader toelicht

Voordat ik nader inga op het criterium redengeving, is het belangrijk het onderscheid te onderkennen dat Nieuwenhuis maakt tussen heuristiek en legitimatie.⁴⁶ Hij benadrukt het verschil tussen het *vinden* van een oplossing en het *legitimeren* daarvan: de legitiemer van een beslissing – of een onderdeel daarvan – hoeft niet noodzakelijkerwijs samen te vallen (sterker: zal zelden samenvallen) met de wijze waarop de beslissing tot stand is gekomen. Omdat Nieuwenhuis ‘legitimatie’ gebruikt in de zin van redengeving, is deze opmerking hier op haar plaats. Als gevolg van het losstaan van heuristiek en legitimatie kunnen specifieke eisen worden gesteld aan de structuur en inhoud van die legitimatie. Nieuwenhuis noemt in dit verband de deductieve structuur van het rechterlijk oordeel, waarvan hij de onmogelijkheid en onwenselijkheid bestrijdt.

Door Franken wordt *redengeving* genoemd als het belangrijkste legitimiteitscriterium: alleen wanneer degene die een juridisch besluit betreft dat besluit als gerechtvaardigd

46. Nieuwenhuis 1976, p. 498.

aanvaardt, is er in de ogen van deze persoon sprake van een legitiem besluit.⁴⁷ Die rechtvaardiging hangt af van redenen die ervoor zorgen dat het besluit acceptabel is:

“Alleen de redengeving kan bewerkstelligen, dat de betrokkenen de uitspraak als *legitiem* (d.w.z. gerechtvaardigd) ervaren. Daarbij blijkt weer, dat het bij juridische uitspraken niet gaat om de waarheid. Het gaat erom of de motieven van de beslissing voor de betrokkenen *aanvaardbaar* d.w.z. narekenbaar zijn.”⁴⁸

Ik zou hierbij twee kanttekeningen willen plaatsen. Ten eerste dat expliciete redengeving niet per definitie een noodzakelijke voorwaarde is voor het als legitiem beschouwen van een uitspraak. Die uitspraak kan immers bijvoorbeeld ook als vanzelfsprekend worden aanvaard. Ten tweede is daarmee de vraag in hoeverre legitiem en gerechtvaardigd als synoniemen kunnen worden beschouwd. Rechtvaardiging kan in brede en in enge zin worden opgevat; in het eerste geval gaat het om alle zaken die kunnen dienen ter ondersteuning van een uitspraak, in het tweede alleen om expliciete redenen. Een zelfde positie kan worden ingenomen ten aanzien van legitimiteit: het kan duiden op het bredere *gegrond zijn* of het engere *redengeving*.

Redengeving is het volgen van de plicht tot motiveren. Deze motiveringsplicht is vastgelegd in art. 121 Gw:

“Met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald vinden de terechtzittingen in het openbaar plaats en houden de vonnissen de gronden in waarop zij rusten. De uitspraak geschiedt in het openbaar.”

De Grondwet laat daarmee nadrukkelijk de mogelijkheid open dat de redengeving achterwege wordt gelaten, voorzover bij wet bepaald. Deze mogelijkheid komt tot uitdrukking in de gegroeide praktijk rondom zogenaamde ‘kop-staartvonnissen’ in het strafrecht, die uiteindelijk gelegaliseerd is. Het gaat daarbij om vonnissen waarbij belangrijke delen van de motivering worden weggelaten, en pas worden aangevuld als een van de partijen in beroep gaat.

De eisen die worden gesteld aan de legitimatie van een oordeel hoeven niet steeds gelijk te zijn. Vranken pleit met betrekking tot het burgerlijk recht voor het differentiëren van de motiveringsplicht: het afhankelijk maken van de motivering van het specifieke geval waarop deze van toepassing is.⁴⁹ Hij noemt een aantal van deze differentiatiefactoren:⁵⁰

47. Franken 2003, p. 58-59.

48. Franken 2003, p. 59.

49. Vranken 1995, p. 148-149.

50. Vranken 1995, p. 149-154.

- (1) *Aard van het recht*. De aard van de rechten die op het spel staan speelt een rol bij de mate waarin een oordeel gemotiveerd moet worden: naarmate de gevolgen ingrijpender zijn voor de betrokkenen (bijvoorbeeld het wegvallen van inkomen), wordt de motiveringsplicht zwaarder.
- (2) *Rechtsgebied*. Waar het recht duidelijker is, zich meer leent voor rechtstoepassing dan voor rechtsvorming, is de noodzaak tot motivering minder, omdat de regels duidelijk zijn en de wijze van toepassing geen nadere verklaring behoeft.
- (3) *Procesrechtelijke context*. Het verschil tussen bijvoorbeeld bodemprocedure en kort geding kan zich uiten in een meer of minder diepgaande motivering. Daarnaast kan de rechter geacht worden bij te springen wanneer partijen steken laten vallen tijdens de procesgang. Met de deformatisering van het burgerlijk procesrecht is de rol van de rechter minder lijdelijk geworden, en dat moet zich ook tonen in de motivering van zijn vonnissen.⁵¹
- (4) *Stand van de discussie in literatuur en rechtspraak*. Waar standpunten in literatuur en rechtspraak convergeren, vermindert de noodzaak om – bij een oordeel dat zich voegt naar de algemene opinie – de uitspraak te motiveren.

De mate waarin een rechter zijn oordeel moet motiveren, wordt met deze differentiatiefactoren dus afhankelijk gemaakt van de aard van het recht, de vraag of sprake is van rechtsvorming, het optreden van de partijen, en de mate waarin wordt afgeweken van heersende standpunten.

De door Vranken genoemde factoren geven niet alleen aan *in welk geval* nadere legitimatie van het oordeel een vereiste is, zij zeggen ook iets over de *inhoud* van die legitimatie? Dat is slechts in zeer beperkte mate het geval. De factor *aard van het recht* en de daarmee samenhangende ingrijpendheid van een oordeel zeggen niets over de verbinding tussen de inhoud van de motivering en de consequenties van de inhoud van het oordeel voor het individu. Datzelfde geldt voor de overige factoren, met dien verstande dat het voor de hand ligt een deel van de motivering te wijden aan het verband tussen strikt juridische overwegingen, het daaruit voortvloeiende oordeel, en de gevolgen daarvan voor de betrokken partijen.

Huls et al. benadrukken dat de motivering van een vonnis zich richt tot twee ‘publieken’: ten eerste de partijen in een geschil, en ten tweede de eventuele beroepsinstantie. In de motivering moet zowel aandacht zijn voor de vorm als voor de inhoud van de onderbouwing van het vonnis, waarbij de relevante gegevens uit het onderzoek dat aan het vonnis ten grondslag ligt, weergegeven moeten worden.⁵² Zij halen hierbij het overzicht

51. Vranken 1995, p. 18-22.

52. Huls et al. 2003, p. 20-23.

aan van motiveringsfuncties dat door Corstens met betrekking tot het strafprocesrecht wordt gegeven:⁵³

- (1) de *inscherpingsfunctie*: de rechter die tot motivering van zijn vonnis wordt gedwongen, is de vrijblijvendheid van de beraadslagingen in de raadkamer voorbij; zijn expliciete onderbouwing vraagt heldere keuzes met betrekking tot de argumentatie van het oordeel;
- (2) de *explicatiefunctie*: de motivering geeft inzicht in de redenen die ten grondslag liggen aan de beslissing; deze redenen hoeven overigens niet noodzakelijkerwijs de totstandkoming van de beslissing te reflecteren;⁵⁴
- (3) de *controlefunctie*: de motivering dient als aanknopingspunt voor beroeps- en cassatiezaken, en moet voldoende zijn om de redenering van de lagere rechter te kunnen volgen; Corstens wijst erop dat vage motiveringen en doelgerichte overname van formules die door de Hoge Raad eerder als acceptabel zijn geïdentificeerd, cassatie in de weg kunnen zitten.

De motivering, als meest in het oog springende realisatie van de redengeving, wordt hiermee dus meer dan een overzicht van gronden, omdat in het formuleren van de gronden rekening moet worden gehouden met de verschillende publieken van de gronden. Met name de controlefunctie kan indirect roet in het eten gooien bij het realiseren van een heldere motivering: bewust geïntroduceerde vaagheden of weglatingen beperken de vatbaarheid van het vonnis voor (gedeeltelijke) vernietiging in hoger beroep of cassatie.

2.5 Discussie: legitimiteit

De bevindingen uit de voorafgaande paragrafen concentreren zich op een kader van criteria die als bepalend kunnen worden beschouwd voor de betekenis van het begrip legitimiteit (zie par. 2.3). Het resultaat daarvan is een legitimiteitsbegrip dat eclectisch genoemd kan worden. In een beschouwing van het legitimiteitsbegrip dreigt namelijk te gebeuren wat altijd geschiedt wanneer een abstract begrip nader wordt beschouwd: de grenzen met andere, verwante concepten vervagen. Legitimiteit is als begrip bijvoorbeeld nauw verwant aan rechtvaardigheid, en hoe verder men gaat in pogingen de grenzen tussen de twee aan te geven, hoe vergeefser die pogingen gaan lijken. Het raamwerk zoals ik dat schets, in termen van legitimiteitscriteria, dient dan ook altijd te worden beschouwd met in het achterhoofd de beperking van conceptuele definities. De betekenis van begrippen als legitimiteit staat immers in werkelijkheid niet vast, maar krijgt door het bepalen van criteria al gauw een statisch en normatief karakter.

53. Corstens 2002, p. 603-604.

54. Dit is het verschil tussen heuristisch en legitimatie; zie hiervoor ook Nieuwenhuis 1976.

Dat normatieve karakter probeer ik echter *niet* te vermijden door geen definiërende kenmerken te noemen, maar door te stellen dat deze definiërende kenmerken bij elkaar als zodanig geen definitie – althans niet *mijn* definitie van legitimiteit zijn. Wat rest, is een verzameling normatieve criteria of waarden, geordend langs de lijnen van structurele en inhoudelijke kenmerken, die naar behoefte kunnen worden toegepast bij het beoordelen van alternatieve geschiloplossing. Niet alleen kan de betekenis van het legitimiteitsbegrip variëren onder verschillende personen, ook kan de betekenis afhankelijk worden gemaakt van het te beoordelen object. De normatieve angel wordt dus verwijderd door een geldingsclaim voor de criteria achterwege te laten. Dat laat onverlet dat de selectie en bespreking van deze criteria op zichzelf natuurlijk normatief is.

3 Drie vormen van geschiloplossing

Als startpunt voor de beoordeling van legitimiteit van virtualisering worden in dit hoofdstuk drie hoofdvormen van geschiloplossing besproken: burgerlijke rechtsvordering, arbitrage en mediation. Alternatieven voor de procedure bij de overheidsrechter vallen gezamenlijk onder de noemer ‘alternatieve geschiloplossing’. Deze alternatieven mogen zich verheugen in een toenemende belangstelling. Dat heeft te maken met enkele van de meest in het oog springende voordelen:⁵⁵ (1) lagere kosten, (2) kortere tijdsperiode en (3) vertrouwelijkheid. Overige relevante voordelen worden besproken met betrekking tot respectievelijk arbitrage en mediation, twee vormen van alternatieve geschiloplossing die in Nederland op grote schaal in praktijk worden gebracht. In dit hoofdstuk komen de volgende onderwerpen aan de orde. Ik begin in paragraaf 3.1 met een verklaring van de belangrijkste kenmerken van de burgerlijke rechtsvordering. De paragrafen 3.2 en 3.3 gaan over respectievelijk arbitrage en mediation. In paragraaf 3.4 volgt een korte bespreking van de geschiktheid van deze vormen van geschiloplossing voor diverse soorten geschillen. De grenzen tussen ‘gewone’ en alternatieve geschiloplossing zijn niet altijd even scherp: in paragraaf 3.5 komt de inbedding van mediation in overheidsrechtspraak aan de orde. In paragraaf 3.6 schets ik de dimensies van geschiloplossing die uit dit hoofdstuk gedestilleerd kunnen worden. Ik begin echter met een kort overzicht van de verschillende vormen van geschiloplossing, en de dimensies die daaruit gedestilleerd kunnen worden voor de beoordeling van vormen van geschiloplossing.

Het overzicht van vormen van alternatieve geschiloplossing van Franken en Borking geeft een goed inzicht in de diversiteit aan geschiloplossingsmethoden die vandaag de dag gehanteerd worden wanneer niet voor een gang naar de rechter wordt gekozen.⁵⁶ Dit overzicht wordt hieronder geparafraseerd:

- (1) Procesbegeleiding (third party consultation): de onafhankelijke derde helpt de partijen bij het inzichtelijk maken van het eigen gedrag in het geschil, zodat

55. Deze voordelen gelden overigens niet in alle gevallen. Zo kan arbitrage gemakkelijker duurder uitvallen dan een gang naar de burgerlijke rechter, en als een mediation mislukt, dan zal de totale tijd besteed aan geschiloplossing al gauw langer zijn dan wanneer de partijen direct naar de burgerlijke rechter waren gestapt.

56. Franken en Borking 2002, p. 418.

door een betere interactie tussen de partijen naar een oplossing toegewerkt kan worden.

- (2) Onderzoek (fact finding): de onafhankelijke derde bekijkt om welke punten het geschil precies draait, en geeft de richting aan voor een oplossing voor deze geschilpunten.
- (3) Verzoening (conciliation): onderhandelingen tussen partijen, actief begeleid door de onafhankelijke derde, moeten leiden tot het formuleren van oplossingsrichtingen door de partijen, waartussen zij een keuze maken.
- (4) Bemiddeling (mediation): de onafhankelijke derde (mediator) probeert de partijen nader tot elkaar te brengen door zelf oplossingsrichtingen voor te stellen. Voorstellen of eindvoorstellen van de onafhankelijke derde zijn nimmer bindend.
- (5) Bindend advies: de bemiddeling leidt in dit geval tot een bindend advies, dat in een vaststellingsovereenkomst wordt neergelegd. De partijen verklaren hiermee het besluit van de onafhankelijke derde te aanvaarden.
- (6) Arbitrage: de arbitrageprocedure is vastgelegd bij wet. Daarmee is ook de beslissing van de arbiter(s) bindend voor de partijen. Deze beslissing is een vonnis, waarop eventueel een executoriale titel kan worden verkregen.

Naast deze vormen van alternatieve geschiloplossing staat uiteraard de weg naar de (civiele) rechter open. Het overzicht dient om in meer detail de punten aan te kunnen geven waarin vormen van geschiloplossing, inclusief de rechter, van elkaar verschillen. Het gaat om de volgende dimensies:

Formeel – informeel: de mate waarin de procedure een formeel karakter heeft; de aanwezigheid van procedurele regels duidt op een formeel karakter van de geschiloplossing; met name als deze regels zijn vastgelegd in de wet. Indicatoren voor deze dimensie zijn:

- (1) de formalisering van de gevolgde procedure: de vastlegging van procedurele vereisten, zoals termijnen, en de wettelijke status van deze procedurele vereisten;
- (2) de formalisering van de positie van de deelnemers aan de procedure: vereisten voor de bemiddelaar en voor de deelnemers, waarborgen voor de deelnemers;
- (3) de formalisering van de consequenties van de procedure: de tenuitvoerlegging van het besluit, bijvoorbeeld de regels over verkrijging van een executoriale titel, beroepsmogelijkheden.

Bindend – vrijblijvend: de mate waarin de partijen die een geschiloplossingsprocedure ingaan zich binden aan die procedure. Er is in deze dimensie veel overlap met de vorige dimensie, maar ze zijn niet identiek. Procedureel geformaliseerde geschiloplossing zal dikwijls weinig vrijblijvend zijn, maar er is geen noodzakelijk verband tussen deze twee kenmerken. De dimensie bindend – vrijblijvend komt verder tot uitdrukking in de volgende indicatoren:

- (1) de mate waarin partijen gebonden zijn aan het volgen van de procedure: bijvoorbeeld de gebondenheid aan een dagvaarding;
- (2) de mate waarin de procedure omgeven is met wettelijke waarborgen en vereisten: bijvoorbeeld regels omtrent de wraking van rechters;
- (3) de mate waarin partijen gebonden zijn aan de uitkomst van de procedure: bijvoorbeeld de uitoefening van een executoriale titel.

Procedureel – inhoudelijk: de mate waarin de onafhankelijke derde zich bemoeit met de procedurele of met de inhoudelijke kanten van een geschil; voor deze dimensie zijn de volgende indicatoren:

- (1) de voorgeschreven rol van de onafhankelijke derde: de rol die de geschiloplosser is toebedacht in een methode van geschiloplossing: een lijdelijke en procedurele rol, of een actieve inhoudelijke rol;
- (2) de feitelijke rol van de onafhankelijke derde: de rol die de onafhankelijke derde in werkelijkheid op zich neemt bij het zoeken naar een oplossing voor een geschil;
- (3) de rollen van eventuele andere betrokkenen, zoals adviseurs: de procedurele en/of inhoudelijke inbreng van bijvoorbeeld advocaten.

Openbaar – besloten: de mate waarin de behandeling van het geschil toegankelijk is voor andere partijen dan de direct betrokkenen. Relevante indicatoren zijn:

- (1) de mate waarin de uitkomst van het geschil bekend wordt gemaakt: de oplossing van het geschil, eventueel met een beschrijving van de totstandkoming ervan of een motivering ervoor;
- (2) de mate waarin het geschil vertrouwelijk wordt behandeld: de gang van zaken tijdens de procedure die tot de geschiloplossing moet leiden;

Rechtsvormend – rechtsvolgend: de mate waarin de oplossing van een geschil gebaseerd is op bestaand recht (wet, jurisprudentie, gewoonte), dan wel gezien kan worden als rechtsvormend. Deze dimensie komt nader tot uitdrukking in de volgende kenmerken:

- (1) de mate waarin het recht (wet, jurisprudentie, gewoonte) wordt gevolgd bij het zoeken naar een oplossing voor een geschil (in tegenstelling tot de situatie waarin de nadruk ligt op het zoeken van een vergelijk, gezien de belangen van partijen);
- (2) de mate waarin de oplossing van het geschil kan worden gezien als bijdrage aan de ontwikkeling van het recht.

Deze dimensies zullen nader uitgewerkt worden met betrekking tot burgerlijke rechtsvordering en de twee vormen van alternatieve geschiloplossing die in dit hoofdstuk aan de orde komen, te weten arbitrage en mediation.

3.1 Burgerlijke rechtsvordering

Het civiele proces is het belangrijkste juridische ijkpunt voor alternatieve geschiloplossing. De kwalificatie van alternatieve geschiloplossing als instrumentarium voor rechtsverschaffing heeft de burgerlijke rechtsvordering als maatstaf. Voor alternatieve geschiloplossing binnen het domein van het bestuursrecht geldt dat uiteraard niet, maar dat domein valt buiten het bestek van dit boek.

In het Interimrapport ‘Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht’ vindt een uitvoerige reflectie plaats op de doelen van burgerlijke rechtspleging.⁵⁷ Het rapport is geschreven in opdracht van het ministerie van Justitie als aanzet tot een discussie over de grondbeginselen en inrichting van het burgerlijk procesrecht. Het onderzoek dat ten grondslag ligt aan het rapport maakt deel uit van een driefasenproces. De eerste fase bestond uit het onderzoek en de rapportage zoals hiervoor vermeld. De tweede fase bestaat uit een consultatie in wetenschap en rechtspraktijk. Hierin wordt het rapport getoetst aan heersende opvattingen. In de derde fase wordt aan de hand hiervan een eindrapport opgeleverd. Dat eindrapport dient als basis voor het wetgevingsproces op het gebied van het burgerlijk procesrecht.

In de rapportage van de eerste fase worden als primaire doelen van het burgerlijk procesrecht genoemd: (1) rechtverschaffing, (2) titelverschaffing, (3) bevordering van rechtsontwikkeling en (4) bevordering van rechtseenheid.⁵⁸ Rechtverschaffing is het verwezenlijken van materieelrechtelijke normen door hun toepassing in concrete gevallen via de procedurele kaders van het procesrecht. Titelverschaffing is de verlening van een executorial titel aan een partij, zodat deze de uitvoering van het vonnis kan afdwingen. Bevordering van de rechtsontwikkeling gaat niet zozeer om het beslissen in een individueel geval, als wel om de bredere betekenis van individuele beslissingen. Rechtsontwikkeling is het proces waarin nieuwe typen gevallen en nieuwe inzichten in de rechterlijke uitspraken tot uiting komen. Rechtseenheid ten slotte is de consequente beoordeling van individuele gevallen in vergelijking met andere gevallen, zodat vergelijkbare gevallen op vergelijkbare wijze worden behandeld.

Rechtsontwikkeling en rechtseenheid zijn in het huidige procesrecht naar mijn mening duidelijk secundair aan recht- en titelverschaffing. De reden hiervoor is dat het procesrecht zelf slechts in beperkte zin zorgdraagt voor rechtsontwikkeling en rechtseenheid. De rechtspraak in meerdere instanties en de openbaarheid van rechtspraak dragen eraan bij, evenals de motiveringsplicht. Als normatieve criteria kunnen zij vanzelfsprekend onverkort worden gesteld. Hun nut in verband met procesrecht wordt vooral duidelijk bij de beschouwing van burgerlijk procesrecht naast alternatieve vormen van ge-

57. Asser, Groen, Vranken 2003.

58. Asser, Groen, Vranken 2003, p. 33-43.

schiloplossing, zoals mediation. Hieraan wordt in het rapport volop aandacht besteed.⁵⁹ Prioritering van de doelen is deels een kwestie van (juridische) smaak, maar vanuit de inhoud van het procesrecht bezien, staat de individuele rechtverschaffing centraal.

Snijders heeft het rapport in het *Nederlands JuristenBlad* (NJB) uitgebreid van commentaar voorzien. Zijn kritiek betreft onder meer de vier genoemde doelen van het burgerlijk procesrecht.⁶⁰ Snijders twijfelt aan de prioritering van het doel bevordering van rechtsontwikkeling en rechtseenheid, omdat hij daarvoor geen goede argumenten ziet bij de auteurs van het rapport.⁶¹ Hij is een voorstander van het vooropstellen van rechtverschaffing, waarvan hij titelverschaffing als vanzelfsprekend gevolg beschouwt. Daarnaast betreurt hij dat de auteurs spreken in termen van doelen, en niet in termen van functies van het burgerlijk procesrecht. Snijders noemt de bedreigingsfunctie (de ‘stok achter de deur’) en de politionele functie (voorkomen dat mensen het recht in eigen hand nemen).

Daarnaast constateert Snijders een gebrek aan aandacht voor wat hij aanduidt als “desiderata voor het burgerlijk proces”.⁶² Hij noemt kwaliteit, kwantiteit, eenvoud, snelheid en prijsvriendelijkheid. Of dat verwijt terecht is, valt te bezien, want er blijkt meer aandacht voor deze factoren dan Snijders suggereert.⁶³ In elk geval zijn de genoemde factoren natuurlijk belangrijk voor het burgerlijk procesrecht als – vergeef me de oneerbiedige aanduiding – ‘consumptieartikel’. Zij bepalen namelijk in voorkomende gevallen, en bij voldoende alternatieven, of het civiele proces wordt gekozen als middel tot het beslechten van een geschil.

Kenmerken van burgerlijke rechtsvordering

Enkele van de belangrijkste algemene beginselen van het privaatrechtelijk bewijsrecht zijn te vinden in de artikelen 149 tot en met 155 Rv. Het gaat vooral om de volgende zaken. Ten eerste: de autonomie van partijen bij de bewijsvoering. De rechter is in principe gehouden datgene wat gesteld is, en niet betwist wordt, als vaststaand te beschouwen (art. 149 lid 1 Rv). De rol van de rechter is daarmee voor een belangrijk gedeelte lijdelijk. Ten tweede: de verplichting van de stellende partij om het gestelde te bewijzen (‘wie stelt, bewijst’): de partij die een feit of recht naar voren brengt, en zich op een rechtsgevolg van dat feit beroept, moet ook zorgdragen voor het bewijs van dat feit, voorzover een andere verdeling van de bewijslast niet voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid of uit een bijzondere regel (art. 150 Rv). Ten derde: de vrije waardering

59. Asser, Groen, Vranken 2003, p. 47-62.

60. Snijders 2003.

61. Snijders 2003, p. 1698.

62. Snijders 2003, p. 1698.

63. Zie bijv. Asser, Groen, Vranken 2003, p. 64: “Wij menen dat uit het voortgaande volgt dat de inrichting van het proces een voortvarende, efficiënte en effectieve wijze van procederen dient te bevorderen.”

van bewijs: de rechter is vrij in het waarderen van bewijs (art. 152 lid 2 Rv), tenzij het dwingende bewijskracht heeft (art. 151 lid 1 Rv). Met name de eerste twee beginselen hangen sterk met elkaar samen. In het model waarin partijen zelf de hoofdverantwoordelijkheid hebben voor het bepalen van de grenzen van het geschil, en de daarmee min of meer samenhangende lijdelijke rol van de rechter, past een bewijslast die ligt bij de stellende partij. Daarmee vormen de eerste twee beginselen het fundament van de partijautonomie. Die partijautonomie is echter niet onomstreden.

In het rapport 'Een nieuwe balans' wordt de partijautonomie op de helling gezet.⁶⁴ Snijders zet vraagtekens bij de opvatting die in het rapport gehuldigd wordt. De partijautonomie wordt namelijk sterk verkleind; de rol van de rechter wordt een actieve in plaats van een (min of meer) lijdelijke, en de partijen krijgen een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van het verloop van het proces (en niet alleen ten aanzien van hun eigen belang daarin).⁶⁵ Snijders trekt in twijfel of het wel in het belang van partijen is hun autonomie te beperken: het draait in de eerste plaats om hun subjectieve rechten. De bemoeienis van de rechter kan bovendien leiden tot een ongewenste inmenging in de behandeling van het geschil, wanneer hij later in de procedure zijn eigen inbreng moet beoordelen.

Er zijn – ook nu al – grenzen aan de partijautonomie. De auteurs noemen als voorbeelden de verzoekschriftprocedures uit het familierecht, en het faillissementsrecht. De autonomie van partijen wordt hier begrensd door de handelingsbevoegdheid van de rechter.⁶⁶ De begrenzing wordt verder zichtbaar gemaakt in de indeling die de auteurs maken met betrekking tot de reikwijdte van de partijautonomie. Die strekt zich uit tot aan de ene kant de bepaling van de omvang en inhoud van het proces, en aan de andere kant de uitoefening van processuele bevoegdheden.⁶⁷ De omvang en inhoud van het proces betreffen onder meer de feiten van het geschil en de toepasselijke rechtsregels. Ten aanzien van de feiten van een geschil hebben partijen de vrijheid zelf te bepalen welke feiten zij naar voren brengen. De bevoegdheid van de rechter om andere feiten mee te nemen in de beoordeling van het geschil is in beginsel beperkt tot feiten van algemene bekendheid (art. 149 lid 2 Rv). In de bepaling van de rechtsgronden van een geschil bezit de rechter een grotere vrijheid. Hij is (conform art. 25 Rv) verplicht ambtshalve de rechtsgronden die door partijen zijn aangevoerd aan te vullen. Een uitzondering treedt op wanneer de eiser expliciet aangeeft een beslissing te wensen op basis van de door hem aangedragen rechtsgrond.⁶⁸ De processuele bevoegdheden van partijen zijn ten dele teken van de autonomie van partijen. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om het

64. Snijders 2003, p. 1699-1700.

65. Asser, Groen, Vranken 2003, p. 63-76.

66. Asser, Groen, Vranken 2003, p. 69.

67. Asser, Groen, Vranken 2003, p. 68.

68. Asser, Groen, Vranken 2003, p. 68-73.

initiatief tot procederen en tot hoger beroep. In de feitelijke procedure heeft de rechter echter het heft in handen. Asser et al. geven onder meer als voorbeelden de inlichtingencomparitie die de rechter ingevolgd art. 88 Rv kan bevelen en de bewijsopdracht die hij kan geven op basis van art. 128 lid 5.⁶⁹

3.2 Arbitrage

Arbitrage wordt beschouwd als een aangewezen middel voor geschiloplossing in die gevallen waar specialistische kennis van belang is om tot een bevredigende uitspraak te komen. Zo vindt arbitrage plaats in bijvoorbeeld zaken die te maken hebben met informatie- en communicatietechnologie en bloembollen. Gezien de vrij vergaande integratie van het arbitraal geding met het civiele procesrecht en de mogelijkheid een executoriale titel te verkrijgen voor het arbitraal vonnis, moet de specifieke waarde van arbitrage dan ook vooraleerst in de deskundigheid van de arbiters gezocht worden.

In een onderzoek naar de aard en omvang van arbitrage en bindend advies in Nederland wordt een overzicht gegeven van positief en negatief te waarden kenmerken van arbitrage.⁷⁰ Als positieve kenmerken worden onder meer genoemd de uitvoerige regeling in het burgerlijk procesrecht en de mogelijkheid specifieke kennis over een gebied mee te nemen in de procedure. Als negatieve kenmerken worden genoemd de soms hoge kosten, het feit dat arbitrage vaak niet concurreert met overheidsrechtspraak doordat een dwingende arbitrageclausule in algemeen voorwaarden mag worden opgenomen, en het feit dat sommige arbitrage-instituten te zeer zijn verbonden met één belanghebbende partij, bijvoorbeeld de bouwwereld.⁷¹ Gezien de praktijk van arbitrage in Nederland kan met betrekking tot de toepassingscondities van deze vorm van geschiloplossing worden gesteld dat arbitrage vooral daar wordt toegepast waar gespecialiseerde kennis over het geschil nodig is, of waar deze wenselijk geacht wordt. In die sectoren, bijvoorbeeld de bouwwereld, is arbitrage dan ook min of meer geïnstitutionaliseerd.

De juridische status van arbitrage

De inrichting van de arbitrageprocedure is geregeld in Boek 4 Rv. De zeven afdelingen van de eerste titel bevatten bepalingen over de overeenkomst tot arbitrage, de benoeming tot arbiter, het arbitraal geding, het arbitraal vonnis, en de tenuitvoerlegging, de vernietiging en de herroeping van het arbitraal vonnis. Hieronder stip ik enkele eigenschappen aan van de arbitrageprocedure.

Arbiters. Het scheidsgerecht bestaat uit een oneven aantal arbiters (art. 1026 lid 1). Met het oneven aantal leden kan het scheidsgerecht bij gewone meerderheid beslissen.

69. Asser, Groen, Vranken 2003, p. 73-76.

70. Brenninkmeijer et al. 2002.

71. Brenninkmeijer et al. 2002, p. 39-40.

Elke handelingsbekwame, natuurlijke persoon kan tot arbiter worden benoemd (art. 1023). Daarmee kan arbitrage een vorm van lekenrechtspraak zijn, met een hoofdrol voor een lekenrechter, of een aantal lekenrechters.

Overeenkomst tot arbitrage. Partijen kunnen bij schriftelijke overeenkomst bepalen dat een arbitrage in voorkomende gevallen zal worden gebruikt als middel om een geschil op te lossen (een arbitraal beding als bedoeld in art. 1020 lid 2 en lid 5), of bij schriftelijke overeenkomst direct tot arbitrage besluiten. In beide gevallen is sprake van een overeenkomst tot arbitrage (art. 1020 lid 1). Onderwerp van arbitrage is een geschil tussen partijen ontstaan uit een bepaalde rechtsbetrekking die bestaat of zou kunnen ontstaan (art. 1020 lid 1). Een arbitrage kan daarnaast als onderwerp hebben: de vaststelling van een hoedanigheid of een stand van zaken, de hoogte van een schadevergoeding, of de wijziging of aanvulling van een rechtsbetrekking (art. 1020 lid 4).

Onafhankelijkheid. Op voorwaarde dat er gerechtvaardigde twijfel bestaat aan de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van een arbiter, kan hij worden gewraakt (art. 1033 lid 1). De redenen voor de wraking moeten door de wrakende partij schriftelijk onder de aandacht van de betrokken arbiter worden gebracht (art. 1035 lid 1). Daarmee is de wraking gebonden aan een motiveringsplicht op inhoudelijke gronden.

Plaats en tijd. De partijen bepalen bij overeenkomst de plaats van de arbitrage. Als zij de plaats niet bepalen, gebeurt dat door het scheidsgerecht. De plaats van de arbitrage bepaalt eveneens de plaats van de uitspraak (art. 1037 lid 1). De zittingen en beraadslagingen en het horen van getuigen en deskundigen kunnen plaatsvinden op elke daarvoor geschikte plaats binnen of buiten Nederland (art. 1037 lid 3). Het scheidsgerecht bepaalt het tijdstip waarop vonnis wordt gewezen (art. 1048).

Vertegenwoordiging. Het staat de partijen in het geschil vrij – bij eventuele eigen afwezigheid – zich te laten vertegenwoordigen door een advocaat of een schriftelijk gevolmachtigde (art. 1038 lid 1). Partijen kunnen zich in het geding laten bijstaan door personen naar keuze (art. 1038 lid 2). De vertegenwoordiging binnen de arbitrage is daarmee vrij; men is niet verplicht zich te laten vertegenwoordigen door een advocaat.

Bewijs. Het scheidsgerecht is vrij in de toepassing van het bewijsrecht, voorzover de partijen niet anders overeen zijn gekomen (art. 1039 lid 5). Getuigen worden gehoord op een tijd en plaats bepaald door het scheidsgerecht, en indien het scheidsgerecht dat nodig acht, wordt de eed afgenomen (art. 1041 lid 1). Indien de getuige weigert te getuigen, is in een procedure via de voorzieningenrechter voorzien in lid 2.

Motivering. De partijen in het geschil worden op voet van gelijkheid behandeld, en krijgen de gelegenheid voor hun rechten op te komen en hun positie uiteen te zetten (art. 1039 lid 1). Het scheidsgerecht kan partijen de gelegenheid geven tot mondelinge toelichting (lid 2), om getuigen of deskundigen te laten optreden (lid 3) en om overlegging van stukken te bevelen (lid 4). Als de eiser zijn eis niet indient of naar behoren toelicht, kan het scheidsgerecht het geding bij vonnis beëindigen (art. 1040 lid 1). Als de verweerder zonder gegronde redenen achterwege laat verweer te voeren, dan kan het

scheidsgerecht onmiddellijk vonnis wijzen (lid 2). Het scheidsgerecht kan deskundigen benoemen en advies laten uitbrengen, en de partijen verplichten de deskundigen de vereiste inlichtingen te verschaffen (art. 1042 lid 1 en 2). Op verzoek van een partij kunnen de deskundigen ook ter zitting gehoord worden (lid 4 en 5).

Toepasselijk recht. Art. 1054 lid 1 bepaalt: “Het scheidsgerecht beslist naar de regelen des rechts.” De partijen kunnen bij overeenkomst bepalen welk recht van toepassing is, maar bij afwezigheid van een dergelijke keuze bepaalt het scheidsgerecht de keuze (lid 2). Een beslissing naar billijkheid kan worden gevraagd indien daartoe bij overeenkomst opdracht is gegeven door de partijen (lid 3). Met toepasselijke handelsgebruiken moet het scheidsgerecht in alle gevallen rekening houden (lid 4).

Besluit. Het besluit van het scheidsgerecht wordt bij meerderheid genomen, op schrift gesteld en door de arbiters ondertekend (art. 1057 lid 1 en 2). Als één of meer arbiters weigeren te ondertekenen, wordt daarvan onder het vonnis melding gemaakt (lid 3). Het vonnis bevat de volgende elementen: de namen en woonplaatsen van de arbiter(s), de namen en woonplaatsen van de partijen, de dagtekening van de uitspraak, de plaats van de uitspraak en – met enkele uitzonderingen – de gronden voor de beslissing in het vonnis (lid 4).

Beroep. Arbitraal hoger beroep is alleen mogelijk indien bij overeenkomst voorzien (art. 1050). Indien arbitraal hoger beroep is uitgesloten, kan een partij de rechter om vernietiging van het arbitraal vonnis vragen.

In de voornoemde bepalingen lijkt geen sprake te zijn van serieuze belemmeringen voor virtualisering van arbitrage. Dat wil zeggen: arrangementen waarbij de partijen en de arbiter(s) elkaar niet in levenden lijve ontmoeten, maar met elkaar op andere wijzen in contact staan, lijken niet te worden uitgesloten.⁷² Dit betekent dat virtualisering in de zin van toepassing van ICT in arbitrage niet wordt beperkt. Dit houdt echter niet automatisch in dat aan arbitrage een vorm kan worden gegeven die optimaal is in verband met die technologieën. Immers, een goede online vormgeving van een bestaande offline procedure kan op juridische beperkingen stuiten als de online vormgeving geen letterlijke ‘kopie’ is van de offline procedure.

3.3 Mediation

Mediation is een vorm van geschilplossing waarbij de onafhankelijke derde een rol van procesbegeleiding op zicht neemt. Brenninkmeijer definieert mediation als volgt:⁷³

72. In het kader van een ander ITeR-onderzoek wordt de vraag onderzocht: “Dient wat offline geldt ook online te gelden bij juridische geschillenbeslechting door arbitrage?” (onderzoek o.l.v. prof. mr. H.J. Snijders).

73. Brenninkmeijer 2003c, p. 1.

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

Mediation onderscheidt zich het duidelijkst van arbitrage en overheidsrechtspraak in de rol van de mediator. In arbitrage en overheidsrechtspraak is de arbiter of rechter de baas: hij oordeelt. In mediation is de onafhankelijke derde een procesbegeleider. In deze rol probeert hij de achterliggende belangen van de partijen inzichtelijk te maken. Nadruk wordt gelegd op deze belangen, in plaats van op het geschil dat daaruit voortvloeit. Het geschil hoeft niet noodzakelijkerwijs direct voort te vloeien uit de strijdigheid van belangen van partijen. Persoonlijke voorkeuren en antipathieën, vergissingen en verkeerd begrepen uitspraken kunnen daar evengoed aan ten grondslag liggen. Wanneer de belangen duidelijk gearticuleerd worden, kan gezocht worden naar een oplossing die zo veel mogelijk in het voordeel van beide partijen werkt. Brenninkmeijer geeft een overzicht van onderscheidende kenmerken van mediation ten opzichte van andere vormen van alternatieve geschiloplossing. Onder weglating van die andere vormen kan het volgende overzicht van kenmerken worden gegeven:⁷⁴

- (1) De onafhankelijke derde dient de belangen van beide partijen in gelijke mate (en vertegenwoordigt dus niet slechts één van de partijen).
- (2) De onafhankelijke derde hakt zelf nooit de knoop door, zodat een dergelijke aanstaande beslissing geen druk legt op het onderhandelingsproces.
- (3) De proceskenmerken van mediation (intake, exploratie, categorisatie, onderhandelingen, afronding) zijn afgestemd op de effectieve oplossing van geschillen.
- (4) De partijen treden direct met elkaar in conclaaf, waardoor de faciliterende rol van de mediator beperkt kan blijven tot procesbegeleiding, en de partijen zelf oplossingen kunnen formuleren.
- (5) Het resultaat van mediation is een overeenkomst tussen partijen, geen besluit van een onafhankelijke derde. Zij bepalen zelf in hoeverre zij gebonden zijn aan de uitkomst van de mediation.
- (6) De mediation=procedure en het optreden van de mediator zijn zodanig, dat partijen zoveel mogelijk als gelijken tot een oplossing komen. Noch een van de partijen, noch de mediator mag in het proces overheersen en daarmee zijn standpunt doordrukken.
- (7) De geschillen die door middel van mediation aangepakt worden, kunnen een juridische achtergrond hebben, maar dat is niet noodzakelijk. Een deel van de

74. Brenninkmeijer 2003c, p. 11-15.

mediations raakt aan rechtsvragen, maar bij de mediation staat niet die rechtsvraag centraal, maar de betekenis van het geschil voor de partijen.

De mediator kan verschillende rollen spelen, die diverse varianten van mediation tot uitdrukking brengen. Afhankelijk van de wens en het vermogen tot inhoudelijke bemoeienis kan de mediator een faciliterende of een evaluerende rol op zich nemen.⁷⁵ De faciliterende rol betreft de structuur van het mediationproces: de wijze waarop de mediator door zijn optreden de partijen tot een oplossing voor het geschil brengt. De evaluerende rol daarentegen strekt zich uit tot de inhoud van het besproken geschil: de mediator geeft een normatief-inhoudelijk oordeel over het geschil. Brenninkmeijer geeft aan dat de faciliterende rol als het uitgangspunt van mediation moet worden beschouwd.⁷⁶ De bemiddelingsfunctie van de mediator is vooral een structurerende. Uitgesloten is echter niet, dat daarnaast de inhoudelijke kennis van de mediator een rol van belang kan spelen. Afhankelijk van het geschiltype is het mogelijk dat dergelijke kennis onontbeerlijk is. Hierbij kan worden gedacht aan complexe geschillen waarbij de mediator zonder inhoudelijke kennis bijvoorbeeld door een gebrek aan overzicht niet goed in staat is het proces te begeleiden. Naast de faciliterende en evaluerende mediation verdient een alternatieve methode vermelding: de transformatieve mediation legt niet de nadruk op het geschil zelf, maar op de relatie tussen de partijen. De mediator zal niet zozeer het geschil, maar de manier waarop de partijen met dat geschil en met elkaar omgaan als uitgangspunt nemen.⁷⁷

In een aantal andere factoren kunnen mediationprocedures van elkaar verschillen. Ten eerste het aantal mediators: de gebruikelijke gang van zaken is dat er één mediator is. Bij twee mediators wordt gesproken van *co-mediation*.⁷⁸ De tweede mediator kan verschillende rollen spelen, waaronder die van gelijkwaardige aan de eerste mediator, waarbij de twee mediators elkaar aanvullen, en die van deskundige. Ten tweede de wijze waarop het overleg met partijen plaatsvindt: meestal wordt gekozen voor een situatie waarin de beide partijen aanwezig zijn, maar in plaats daarvan kan men ook opteren voor de zogenaamde *caucus* of pendelbemiddeling, waarin de mediator gedurende een gedeelte van het proces met slechts één partij tegelijkertijd spreekt. Daardoor verandert uiteraard de wijze van interacteren tussen mediator en partijen, omdat de andere partij niet steeds aanwezig is.

De juridische status van mediation

Omdat mediation vooralsnog niet bij wet geregeld is, zijn de juridische randvoorwaar-

75. Brenninkmeijer 2003a, p. 152-154.

76. Brenninkmeijer 2003a, p. 154-156.

77. Brenninkmeijer 2003a, p. 156-157.

78. Brenninkmeijer 2003a, p. 149-152.

den aanmerkelijk beperkter dan bij arbitrage. Regulering van mediation bestaat tot op heden vooral in een milde vorm van zelfregulering: het Nederlands Mediation Instituut onderhoudt een register van erkende mediators, hanteert een kwaliteitssysteem, verschaft modelovereenkomsten en voert andere activiteiten uit om de kwaliteit van mediations te waarborgen.

In Europees verband zijn initiatieven ontplooid om te komen tot regulering van mediation. Als vervolg op het Groenboek over alternatieve geschiloplossing is inmiddels een eerste voorstel voor een richtlijn gelanceerd door de Europese Commissie.⁷⁹ Dat voorstel beoogt een laagdrempeliger toegang tot rechtspleging en een duidelijke grensbepaling tussen mediation en overheidsrechtspraak, met betrekking tot burgerlijk recht en handelsrecht. Het behelst een aantal reguleringsonderwerpen: verwijzing naar mediation binnen overheidsrechtspraak, kwaliteitsborging, tenuitvoerlegging van overeenkomsten, vertrouwelijkheid en omgang met termijnen. Onder mediation wordt in het kader van deze concept=richtlijn verstaan “een procedure (van welke naam dan ook) waarin twee of meer partijen worden geassisteerd door een derde partij om een overeenkomst over de oplossing van een geschil te sluiten”.⁸⁰

De concept=richtlijn stelt de aanvaarding van mediation door de betrokken partijen niet verplicht, maar laat de mogelijkheid open voor lid=staten om dat wel te doen. Een informatiesessie over mediation kan wel worden verplicht.⁸¹ De kwaliteitsborging houdt een aantal als tamelijk vrijblijvend te karakteriseren bepalingen in, waaronder de bevordering van vrijwillige gedragscodes voor derde partijen (mediators).⁸² Overigens is inmiddels al een dergelijke Europese gedragscode voor mediators opgesteld.⁸³ De tenuitvoerlegging van vaststellingsovereenkomsten dient gewaarborgd te worden door een vorm van bekrachtiging.⁸⁴ Derde partijen (mediators) en betrokkenen mogen in gerechtelijke procedures over een groot aantal procedurele en inhoudelijke aspecten van mediations geen informatie geven.⁸⁵ En ten slotte moet het verloop van de geldigheids-termijn van de claim die onderwerp is van de mediation worden opgeschort gedurende de looptijd van de mediation.⁸⁶

79. Zie: Groenboek mediation 2002, concept=richtlijn mediation 2004.

80. Concept=richtlijn mediation 2004, art. 2 lid 1.

81. Concept=richtlijn mediation 2004, art. 3.

82. Concept=richtlijn mediation 2004, art. 4.

83. Zie http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf. Deze gedragscode bevat onder meer bepalingen over onafhankelijkheid, onpartijdigheid en vertrouwelijkheid. Op dit moment hebben zo'n 40 organisaties deze gedragscode vrijwillig onderschreven. Zie de lijst op de volgende locatie: http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_list_org_en.pdf.

84. Concept=richtlijn mediation 2004, art. 5.

85. Concept=richtlijn mediation 2004, art. 6.

86. Concept=richtlijn mediation 2004, art. 7.

Mediation heeft in Nederland geen wettelijke definitie, en geen eigen plaats in de wet. Daarmee is het vanzelfsprekend nog wel in zekere mate gebonden aan toepasselijk recht, waarbij met name het burgerlijk recht relevant is. Mediations zijn doorgaans onderworpen aan (a) een mediation=overeenkomst, die een inspanningsverplichting van de partijen en de mediator bevat om het geschil op te lossen, (b) een mediation=reglement, dat randvoorwaarden bevat voor de mediation=procedure,⁸⁷ en (c) een vaststellingsovereenkomst, waarin in veel gevallen het resultaat van een mediation wordt vastgelegd. De vaststellingsovereenkomst wordt genormeerd in Boek 7 BW (art. 900-906).

De mediationovereenkomst bevat onder meer bepalingen over de mediation zelf (de reikwijdte van de geschiloplossing), de geheimhoudingsplicht van de mediator en de partijen, het honorarium van de mediator, en de mogelijkheid de mediation af te breken.⁸⁸ Volgens Brenninkmeijer is daarmee niet gezegd dat het afbreken door een van de partijen in alle gevallen toelaatbaar is. In het algemeen geldt als basis voor de mediation een inspanningsplicht voor partijen en de mediator om het geschil op te lossen.

De vaststellingsovereenkomst bevat in elk geval de inhoud van de regeling zoals overeengekomen onder leiding van de mediator, omkleed met waarborgen die de nakoming daarvan verzekeren. Daarnaast kan deze bepalingen bevatten met betrekking tot de volgende zaken: (1) stappen die worden gezet wanneer de regeling niet naar behoren werkt of in de toekomst nieuwe geschillen ontstaan; (2) uitsluiting van aansprakelijkheid van de mediator voor de inhoud van de overeenkomst; (3) de mate waarin de partijen zich binden aan de overeenkomst.

Brenninkmeijer stelt een aantal punten voor waarop regulering gewenst zou kunnen zijn.⁸⁹ Het gaat dan om de *vertrouwelijkheid* van de mediationprocedure, met name om de rol van de mediator, de *toegang* tot mediation en de plaats ervan in het procesrecht, en de *juridische status* van het *resultaat* van een geslaagde mediation. De vertrouwelijkheid van de mediationprocedure betreft vooral het al dan niet aanwezige verschoningsrecht van de mediator, en het gebruik van kennis verkregen tijdens de mediation in een eventuele latere gerechtelijke procedure. De toegang tot mediation en overheidsrecht-spraak wordt vooral een juridische kwestie wanneer mediation een verplicht 'onderdeel' wordt van normale gerechtelijke procedures. De juridische status van het resultaat van een mediation is vanzelfsprekend van belang voor de afdwingbaarheid van de oplossing.

Ter vergelijking volgt nu een korte opsomming van enkele kenmerken van de mediationprocedure die een vergelijking van de juridische status van mediation met die van andere vormen van geschiloplossing mogelijk maken.

Mediator. Meestal opereert de mediator alleen. Soms worden extra mediators ingeschakeld, al dan niet om hun deskundigheid op een bepaald gebied.

87. Zie bijvoorbeeld het NMI Mediation Reglement 2001.

88. Brenninkmeijer 2003b, p. 334-335.

89. Brenninkmeijer, persoonlijke communicatie d.d. 12 januari 2004.

Overeenkomst tot mediation. Doorgaans zal de mediation gestart worden met een overeenkomst tot mediation, waarin de belangrijkste rechten en plichten van de partijen zijn vastgelegd.

Onafhankelijkheid. De onafhankelijkheid van de mediator is niet bij wet geregeld. Het Nederlands Mediation Instituut heeft er in het Mediation Reglement geen bepalingen over opgenomen. In de Gedragsregels voor de NMI-mediator wordt echter vrij uitvoerig bij dit punt stilgestaan.⁹⁰ In art. 2 vinden we de eis dat een mediator die belang heeft bij het resultaat van een mediation, de benoeming tot mediator in deze zaak niet aan mag nemen. Daarnaast mag de mediator niet optreden in een zaak waarin hij eerder heeft geadviseerd, moet hij duidelijk maken welke relaties hij of een collega met een van de partijen heeft gehad, moet hij zich uit de mediation terugtrekken als hij de gedragsregels of het reglement niet kan naleven, mag hij zich alleen laten leiden door belangen binnen de mediation, en moet hij zich onafhankelijk opstellen. Onder dat laatste wordt mede verstaan dat de mediator geen uitspraak mag doen over (een onderdeel van) het geschil zonder het uitdrukkelijke verzoek van beide partijen.⁹¹

Plaats en tijd. Met betrekking tot plaats en tijd zijn geen aparte bepalingen opgenomen in de beide NMI-documenten. Het Mediation Reglement bepaalt over de procesvoering echter dat de mediator, na overleg met partijen, aangeeft hoe de mediationprocedure wordt gevoerd.⁹²

Vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging binnen het mediationproces is mogelijk. Indien de vertegenwoordigde zelf niet aanwezig is, dient de vertegenwoordiger een volmacht te tonen.

Bewijs en motivering. Bewijs en motivering spelen voornamelijk een rol in een rechterlijke of arbitraire uitspraak. Omdat in een mediation geen sprake is van een oordeel, maar van een overeenkomst, spelen bewijs en motivering geen rol. Het hoe en waarom van de inhoud van de vaststellingsovereenkomst zou uit het gevolgde proces duidelijk moeten zijn voor de deelnemers in dat proces. De motivering komt door gezamenlijk optreden tot stand, daar waar nodig kan de mediator de standpunten van partijen verduidelijken. Al deze verschijnselen zijn echter ver verwijderd van wat in overheidsrecht-spraak onder motivering wordt verstaan.

Toepasselijk recht. Zoals elders aangegeven is het juridisch kader voor de mediation-procedure zelf beperkt. Het burgerlijk recht, en dan met name de bepalingen rondom vaststellingsovereenkomsten, is van toepassing. Ofschoon de nadruk bij een mediation-procedure niet op juridische afdoening ligt, zal een keuze voor Nederlands recht voor de hand liggen bij de meeste geschillen. Zulks wordt ook bepaald in het Mediation

90. Gedragsregels voor de NMI mediator.

91. Gedragsregels voor de NMI mediator, art. 2.

92. NMI Mediation Reglement 2001, art. 13 lid 1.

Reglement met betrekking tot de vaststellingsovereenkomst.⁹³

Besluit en beroep. Van een besluit of beroep is bij mediation geen sprake. Echter, het Mediation Reglement bepaalt dat geschillen die betrekking hebben op de uitvoering van de vaststellingsovereenkomst, eerst aan mediation worden ontworpen alvorens partijen de gang naar de rechter maken.⁹⁴

De losse juridische inbedding van het fenomeen mediation maakt dat deze geschiloplossingsmethode zich in beginsel uitstekend kan aanpassen aan veranderende omstandigheden, zoals de beschikbaarheid van nieuwe ondersteuningsmethoden met behulp van ICT, en het optreden van nieuwe typen conflicten. Er hoeven daarvoor namelijk geen juridische barrières te worden geslecht. Dat heeft ook nadelen: verkrijging van een executoriale titel is zonder extra juridische stappen niet mogelijk. De vaststellingsovereenkomst geeft de belangrijkste inbedding in het burgerlijk recht aan.

3.4 Geschiktheid van geschiloplossing

Wat maakt een of meer van deze drie vormen van geschiloplossing geschikt voor de oplossing van een concreet geschil? De toepassingscondities die gelden voor de aanwending van een civiele procedure om een bepaald geschil op te lossen zijn gerelateerd aan de specifieke eigenschappen van die procedure. Zo is er een juridische randvoorwaarde: over datgene wat aan de burgerlijke rechter wordt voorgelegd, moet met het recht in de hand een zinnige uitspraak gedaan kunnen worden. De aard van het geschil moet zich dus lenen voor een juridische oplossing. In het grijze gebied van geschillen die in naam een juridische dimensie hebben, maar die in werkelijkheid gegrond zijn in bijvoorbeeld persoonlijke spanningen, leidt de juridische oplossing ook lang niet altijd tot een feitelijke oplossing voor het geschil.

Daarnaast is er een economische overweging. Het belang moet groot genoeg zijn om een civiele procedure te starten. Omdat de kosten van een dergelijke procedure snel kunnen oplopen, moeten degenen die de procedure initiëren een afweging maken tussen deze kosten en het belang dat met het voeren van de procedure gediend wordt. De juridisering van een conflict kan bovendien het conflict zelf verergeren (al geldt dit met name bij geschillen tussen burgers onderling – door rechtspersonen zal het recht vooral als instrumenteel worden gezien). De feitelijke stappen in de richting van de geschiloplossing kunnen de aard en ernst van het geschil veranderen. Aan de stap naar de rechter zal doorgaans een negatief waardeoordeel worden gehecht door een andere partij (de stap zal gezien worden als escalerend), omdat daarmee de mogelijkheid van onderlinge geschiloplossing vrijwel wordt uitgesloten, en impliciet de redelijkheid van ingenomen posities wordt ondergraven.

93. NMI Mediation Reglement 2001, art. 20.

94. NMI Mediation Reglement 2001, art. 15.

De voordelen van arbitrage boven een gang naar de overheidsrechter (deskundigheid, lagere kosten, snellere doorlooptijden) worden niet door iedereen onderkend. In een prikkelend artikel in het *NJB* betogen Van Bladel en Bruinsma dat er veel valt af te dingen op de veronderstelde voordelen van arbitrage boven overheidsrechtspraak.⁹⁵ Hun artikel is geschreven vanuit een sociologisch perspectief. Zij stellen dat partijen vaak niet bewust kiezen voor arbitrage; met de arbitragebepaling in een overeenkomst hebben zij dikwijls niet bewust ingestemd. Daarnaast zouden de juridisch geschoolde secretarissen van de arbitragecolleges buiten de grenzen van hun (beperkte) rol treden, en daarmee de arbitrage actief beïnvloeden. Het gaat dan onder meer om het aanwenden van hun specifieke juridische kennis tegenover de vaak niet juridisch geschoolde vakarbiters. Verder laten de partijen zich steeds vaker bijstaan door advocaten, waardoor niet alleen de kosten van een zaak, maar ook de doorlooptijden oplopen.

Daardoor worden de meest genoemde voordelen van arbitrage ondermijnd. De vertrouwelijkheid, ook een voordeel van arbitrage, heeft hieronder in principe uiteraard niet te lijden. In een reactie van Sillevius Smitt wordt het voornoemde artikel op een aantal punten aangevallen.⁹⁶ Het gaat hierbij onder meer om de kennelijke veronderstelling van Van Bladel en Bruinsma dat arbiters juridische leken zijn. Dat *kan* inderdaad het geval zijn, maar het is in een arbitrage nadrukkelijk niet noodzakelijk. Behalve de vakdeskundigheid van de arbiter kunnen namelijk andere redenen de doorslag geven bij de keuze voor arbitrage, bijvoorbeeld de vertrouwelijkheid.

Mediation valt qua karakter duidelijk buiten de juridisch helder ingekaderde civiele en arbitrale rechtsgang. De voordelen die voortvloeien uit mediation, worden door Brenninkmeijer als volgt geduid.⁹⁷ In de eerste plaats is de actieve participatie van de partijen in de oplossing van het geschil een betere garantie dat zij zich committeren aan de uitkomst van de mediation dan onderworpen te worden aan een oordeel van een derde. In de tweede plaats kan diezelfde participatie leiden tot alternatieve, creatieve oplossingen, die meer in lijn zijn met de belangen van de partijen, en minder het karakter hebben van een eendimensionaal compromis tussen de twee initiële standpunten van de partijen. In de derde plaats kan mediation de kosten en de benodigde tijd voor het bereiken van een oplossing reduceren ten opzichte van bijvoorbeeld een gerechtelijke procedure. In de vierde plaats kan in de vaststellingsovereenkomst worden afgeweken van dwingend recht, voorzover de partijen dat niet bewust doen, en het resultaat niet strijdig is met de openbare orde of de goede zeden (art. 7:902 BW). Dat kan in bepaalde gevallen gunstig zijn, omdat het de oplossing van een geschil beter laat aansluiten bij de belangen van de betrokken partijen.

95. Van Bladel en Bruinsma 2002.

96. Sillevius Smitt 2003, p. 2151.

97. Brenninkmeijer 2003c, p. 15-18.

Mediation is echter niet in alle gevallen een geschikte methode van geschiloplossing. Om een bepaalde kans op succes te waarborgen, moet aan een aantal condities worden voldaan. Er zijn twee belangrijke condities.⁹⁸ De eerste is een juridische randvoorwaarde: over datgene wat aan de mediator wordt voorgelegd, moet door de partijen daadwerkelijk in vrijheid onderhandeld kunnen worden. Dwingend recht mag dat niet in de weg staan. Evenmin mogen doorslaggevende belangen de mediation in de weg staan. De tweederandvoorwaarde is: bereidheid tot onderhandelen. Een mediation staat of valt met de bereidheid van partijen zich te laten leiden in een overleg met elkaar dat tot een oplossing voor het geschil zou moeten leiden. Zonder die bereidheid is mediation niet zinnig. Bij betrokkenheid van meer dan twee partijen geldt dit vereiste onverkort voor alle deelnemende partijen.

3.5 Alternatieve geschiloplossing en overheidsrechtspraak

De voordelen van alternatieve geschiloplossing zijn ook de rechterlijke macht niet ontgaan. Er zijn in dat kader twee projecten geïnitieerd: ‘Mediation naast Rechtspraak’ en ‘Mediation andere rechtshulp’.⁹⁹ Doel van het eerste project was na te gaan of doorverwijzing naar een mediationprocedure door de rechterlijke macht succes heeft. Het initiatief van een dergelijke doorverwijzing kan bij de rechter liggen, of bij een van de partijen. De inbedding van mediation in reguliere gerechtelijke procedures kan eveneens een verschuiving betekenen in de beschouwing van het legitimeitsvraagstuk, juist vanwege de rechterlijke bemoeienis. Het tweede project (‘Mediation andere rechtshulp’) was gericht op doorverwijzing van cliënten binnen de gefinancierde rechtshulp naar mediators. Wezenlijk verschil tussen de twee projecten is het tijdstip van de doorverwijzing: na respectievelijk voor de gerechtelijke procedure is gestart.

De projecten vloeiden voort uit de beleidsbrief ADR 2000-2002, waarin wordt beschreven hoe alternatieve geschiloplossing kan worden bevorderd.¹⁰⁰ Deze beleidsbrief formuleert vier lange-termijndoelstellingen van alternatieve geschiloplossing:¹⁰¹

- “1. dejuridisering van geschilafdoening;
2. het op de kwalitatief beste respectievelijk meest effectieve wijze afdoen van geschillen;
3. tegemoet komen aan de maatschappelijke behoefte aan een meer pluriforme toegang tot het recht, waarbij partijen (burgers, bedrijfsleven, overheden) in

98. Brenninkmeijer 2003c, p. 19.

99. Zie bijv. Landelijk project mediation naast rechtspraak 2000-2002: tussentijdse rapportage 2001 en Combrink-Kuiters et al. 2003.

100. Beleidsbrief ADR 2000-2002, ‘Meer wegen naar het recht’, TK 1999-2000, 26-352, 19; deze brief spreekt overigens van ‘alternatieve geschilafdoening’.

101. Beleidsbrief ADR 2000-2002, ‘Meer wegen naar het recht’, TK 1999-2000, 26-352, 19, p. 7-9.

de eerste plaats zelf de verantwoordelijkheid dragen voor de afdoening van hun onderlinge geschillen;

4. het verminderen van de druk op de rechtspraak.”

Dejuridisering van geschiloplossing betreft het onttrekken van een geschil aan formele rechtsregels, en een verschuiving van de nadruk naar de essentie van het geschil. Kwaliteit en effectiviteit van geschiloplossing kunnen gebaat zijn bij alternatieven voor overheidsrechtspraak. Ook aan de kant van bijvoorbeeld burgers en bedrijven is behoefte aan een breder palet aan mogelijkheden om ‘recht’ te halen. Ten slotte staat de overheidsrechtspraak zelf onder druk, en kunnen alternatieven voor overheidsrechtspraak helpen die druk te verminderen. Het project ‘Mediation andere rechtshulp’ wordt hieronder verder buiten beschouwing gelaten, omdat cliënten van de Bureaus voor Rechtshulp niet als representatief kunnen worden beschouwd voor partijen bij vermogensrechtelijke geschillen. Uitgangspunt is dat het project ‘Mediation naast Rechtspraak’ hier meer representatief is, met dien verstande dat in dit project vermogensrechtelijke zaken maar een klein deel van het zakenbestand vormen. Bovendien heeft in het project ‘Mediation andere rechtshulp’ een zodanig strenge selectie plaatsgevonden bij de doorverwijzing, dat het aantal doorverwezen zaken te laag is om er vergaande conclusies aan te verbinden. Het slagingspercentage was overigens hoog (78%).¹⁰²

Het project ‘Mediation naast Rechtspraak’ beoogde na te gaan hoe efficiënt en effectief mediation is als alternatief voor overheidsrechtspraak. Bij verschillende rechtbanken (inclusief sector kanton) en gerechtshoven werd daartoe tijdens een civiele of bestuursrechtprocedure de mogelijkheid van doorverwijzing naar een mediator geboden. Het project heeft uiteindelijk meer dan duizend verwijzingen opgeleverd, waarvan het grootste deel in de evaluatie kon worden meegenomen. Deze gevallen zijn tamelijk divers in termen van omstandigheden waaronder de doorverwijzing plaatsvond, en ook in de aard van de geschillen. In hun rapport concluderen Combrink-Kuiters et al. onder meer het volgende.¹⁰³

De doorverwijzing naar mediator vindt in de meeste gevallen plaats op basis van bepaalde indicaties. Deze indicaties zijn, in volgorde van hun toepasselijkheid bij het project: het belang van partijen is onvoldoende gediend met een zuiver juridische oplossing, partijen hebben een duurzame relatie, partijen hebben een communicatieprobleem. Motieven voor de instemming van partijen met de doorverwijzing zijn: partijen verwachten een snellere oplossing dan bij een gewone rechtsgang, partijen verwachten een betere oplossing, partijen willen de oplossing in eigen hand houden, en het advies van de rechter of advocaat. Belangrijkste weigeringsgronden zijn gebrek aan onderhan-

102. Combrink-Kuiters et al. 2003, p. 161.

103. Combrink-Kuiters et al. 2003, p. 109-116.

delingsruimte, voorkeur voor een rechterlijke beslissing (met name in bestuursrechtelijke en belastingzaken), gebrek aan onderhandelingsbereidheid bij de wederpartij (met name in civiele zaken).¹⁰⁴

De kwaliteit van het mediationproces wordt behandeld in vragen over de effectiviteit en efficiëntie van de geschiloplossing door mediation, het verband tussen die effectiviteit en efficiëntie en kenmerken van de zaak, en de verhouding met overige vormen van geschiloplossing. Partijen en raadslieden zijn in meerderheid tevreden over de mediator en het mediationproces. De tevredenheid neemt toe wanneer het mediationproces slaagt. Eveneens voor de hand liggend is dat er een verband is tussen de contra-indicatie van de doorverwijzer dat een geschil ernstig geëscaleerd is en het niet-slagen van de mediation. Tussen civiele en bestuursrechtzaken is, tegen de verwachting in, geen verschil gevonden in het slagingspercentage. Wel zijn zaken die werden doorverwezen vanuit de sector kanton van de rechtbank vaker succesvol afgerond dan zaken doorverwezen vanuit andere sectoren. Complexere zaken werden meestal minder vaak succesvol afgerond dan minder complexe zaken. Echter, de grootte van het financieel belang dat met een zaak gemoeid was, speelde geen rol. Co-mediation leidde tot een hoger slagingspercentage dan gewone mediation, ook al ging het bij de eerste categorie vaak om complexere zaken. In een vergelijking met reguliere bestuursrechtelijke en civiele zaken blijkt mediation een tijdsbesparing van een derde tot de helft op te leveren. Wanneer de partijen niet tot een vergelijk komen, wordt de doorlooptijd van de gerechtelijke procedure echter met een derde verlengd.¹⁰⁵

Met betrekking tot het resultaat van de mediationprocedure zijn de volgende punten aan de orde: de nakoming van de gemaakte afspraken, de duurzaamheid van de tevredenheid, en het effect op de communicatie en het gedrag van partijen. In tweederde van de gevallen wordt het resultaat van de mediation volledig nagekomen. Partijen zien het gebrek aan afdwingbaarheid als een belangrijk nadeel van mediation, terwijl in veel gevallen een executoriale titel zou kunnen worden verleend aan een vaststellingsovereenkomst. De duurzaamheid van de tevredenheid is groot, hoewel vermoedelijk niet-nakoming het percentage van tevredenen na verloop van drie tot zes maanden licht doet dalen. Bij geslaagde mediations blijven de perceptie van het gedrag en de communicatie van de wederpartij gelijk of verbeteren zij licht, bij niet-geslaagde mediations vindt vaak een verslechtering plaats.¹⁰⁶ Inmiddels heeft het project een vervolg gekregen. Vanaf 1 april 2005 wordt stapsgewijs een vorm van doorverwijzing naar mediation ingevoerd aan rechtbanken en gerechtshoven.¹⁰⁷

104. Combrink-Kuiters et al. 2003, p. 110-111.

105. Combrink-Kuiters et al. 2003, p. 112-115.

106. Combrink-Kuiters et al. 2003, p. 115-116.

107. Zie onder meer Kamerstukken II 2003/04, 29 528, nr. 1, en de website www.mediationnaastrechtspraak.nl.

3.6 Discussie: geschiloplossing

Eerder in dit hoofdstuk kwam een aantal dimensies aan de orde aan de hand waarvan het karakter van een vorm van geschiloplossing nader kan worden getypeerd. Het ging om de dimensies formeel – informeel, bindend – vrijblijvend, procedureel – inhoudelijk, besloten – openbaar, en rechtsvolgend – rechtsvormend. Achtereenvolgens zal ik nu burgerlijke rechtsvordering, arbitrage en mediation duiden in termen van deze dimensies. De tabel hieronder vat de betekenis van deze dimensies samen.

| Dimensies van geschiloplossing | |
|--------------------------------|---|
| formeel – informeel | (1) formalisering van de gevolgde procedure (2) formalisering van de positie van de deelnemers aan de procedure |
| bindend – vrijblijvend | (3) formalisering van de consequenties van de procedure (1) gebondenheid aan procedure (2) waarborgen rondom procedure (3) gebondenheid aan uitkomst procedure |
| procedureel – inhoudelijk | (1) voorgeschreven rol onafhankelijke derde (2) feitelijke rol onafhankelijke derde (3) rollen overige betrokkenen |
| openbaar – besloten | (1) bekendmaking uitkomst geschil (2) vertrouwelijkheid behandeling geschil |
| rechtsvormend – rechtsvolgend | (1) overeenstemming van de oplossing met geldend recht (2) rechtsvormend karakter van de oplossing |

Tabel 1. Dimensies van geschiloplossing.

Uit de voorgaande paragrafen komt een beeld naar voren met betrekking tot de kenmerken van respectievelijk burgerlijke rechtsvordering, arbitrage en mediation. De formalisering van de procedure is het sterkst bij burgerlijk rechtsvordering, neemt af voor arbitrage, en is maar beperkt aanwezig bij mediation. Een vergelijkbare constatering geldt voor de verschillende vormen van geschiloplossing ten aanzien van de overige dimensies uit de tabel. Daarbij geldt wel een aantal aanmerkingen. Zo is de burgerlijke rechtsvordering niet noodzakelijkerwijs vrij van elke inhoudelijke bemoeienis van de rechter, is arbitrage zowel procedureel als inhoudelijk gericht, en is de verhouding tussen procedure en inhoud in mediation afhankelijk van de gehanteerde mediationvorm. Voor wat betreft de dimensie rechtsvormend – rechtsvolgend geldt dat duiding van burgerlijke rechtsvordering afhankelijk is van het soort geschil en de instantie van rechtspraak. Arbitrage en mediation zijn per definitie niet rechtsvormend (tenzij de uitkomsten van geschillen beslecht aan een bepaalde arbitrale instelling als ‘pseudo-recht’ gaan gelden), maar ook niet altijd rechtsvolgend (omdat oplossingen voor geschillen niet per definitie aan geldend recht behoeven te voldoen). De duiding van deze drie vormen van geschiloplossing zal verderop in dit boek van belang zijn voor het bepalen van de verwachte invloed van virtualisering op de legitimiteit van geschiloplossing.

4 Randvoorwaarden voor geschiloplossing

Geschiloplossing vindt plaats binnen meer of minder strikte juridische kaders. Deze juridische kaders strekken zich uit van gecodificeerde wet- en regelgeving tot algemene beginselen. De uitleg van deze wet- en regelgeving rondom de procesorde wordt beïnvloed door de uitspraken van het EHRM (Europees Hof voor de Rechten van de Mens). Het onderliggende EVRM (Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) biedt bovendien een vaak aangehaald toetsingskader voor de inrichting van andere geschiloplossingsprocedures. In dit hoofdstuk ga ik nader in op de algemeen-juridische, metajuridische, procedurele en inhoudelijke randvoorwaarden die gelden voor geschiloplossing. Deze worden in het volgende hoofdstuk toegepast op scenario's voor alternatieve geschiloplossing. In paragraaf 4.1 komt art. 6 van het EVRM aan de orde. In paragraaf 4.3 volgt een bespreking van de algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik. In paragraaf 4.3 wordt een overzicht gegeven van praktische randvoorwaarden die aan geschiloplossing kunnen worden gesteld. In paragraaf 4.4 ten slotte geef ik aan hoe deze verschillende evaluatieve kaders met elkaar in verband kunnen worden gebracht.

4.1 Art. 6 EVRM en de beginselen van een behoorlijk proces

Art. 6 EVRM betreft de eisen die aan een eerlijk proces worden gesteld.¹⁰⁸

Het artikel luidt:

“Artikel 6 - Recht op een eerlijk proces

1. Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privéleven van procespartijen dit eisen of, in die mate als

108. Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.

2. Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.
3. Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, heeft in het bijzonder de volgende rechten:
 - a. onverwijld, in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging;
 - b. te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging;
 - c. zich zelf te verdedigen of daarbij de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze of, indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen;
 - d. de getuigen à charge te ondervragen of doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge;
 - e. zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal, die ter terechtzitting wordt gebezigd niet verstaat of niet spreekt.”

De leden 2 en 3 van dit artikel betreffen de strafrechtspleging. Lid 1 geldt behalve de strafrechtspleging ook de burgerlijke rechtspleging. De elementen uit dit lid komen ook aan de orde in de beginselen van een behoorlijk proces. Franken en Borking geven hiervan een overzicht, en geven eveneens aan hoe deze beginselen van toepassing kunnen zijn op alternatieve vormen van geschiloplossing. Hieronder volgt een parafrase van het overzicht:¹⁰⁹

Toegang tot de geschiloplosser. Voor de partijen die een geschil willen voorleggen aan een derde partij mogen er geen onoverkomelijke drempels zijn bij het zoeken en vinden van een geschillenbeslechter. Dit kan, behalve een rechter, ook een mediator of arbiter zijn.

Recht op een eerlijke behandeling. De partijen krijgen de gelegenheid om hun kant van de zaak in zowel feitelijk als juridisch opzicht toe te lichten, en de beoordeling van het geschil wordt voldoende gemotiveerd.

Recht op een onafhankelijke en onpartijdige behandeling. De partijen hebben recht op een geschillenbeslechter die in zijn opvattingen (subjectief) en in zijn betrekkingen (ob-

109. Franken en Borking 2002, p. 412.

jectief) ongebonden is: hij mag geen vooroordelen bezigen ten aanzien van de betrokken partijen, en geen betrekkingen hebben die de relatie met de partijen uit evenwicht kunnen brengen.

Recht op openbaarheid. Partijen en publiek moeten in staat zijn de procesgang te volgen en te controleren. Op dit beginsel kan volgens Franken en Borking een uitzondering worden gemaakt in geval van rechtspraak die niet van overheidswege wordt geïnitieerd, omdat het belang van de partijen om de zaak vertrouwelijk te behandelen kan prevaleren boven de openbaarheid van uitspraken.¹¹⁰

Recht op behandeling binnen een redelijke termijn. De uitspraak moet – met inachtneming van de zorgvuldigheid – binnen afzienbare termijn worden gedaan om te garanderen dat de uitspraak praktisch nut heeft voor de betrokken partijen, en de consequenties van de uitspraak niet nodeloos lang op zich laten wachten.

Als art. 6 EVRM naast de hierboven genoemde beginselen wordt gelegd, dan vallen de volgende additionele vereisten op:

Het gerecht is bij wet ingesteld. Voor strafrechtspleging is dit een vanzelfsprekendheid. Voor burgerlijke rechtspleging geldt dit in veel mindere mate. Voorzover de burger beschermd moet worden tegen machtiger partijen, waaronder de overheid, is de wettigheid van het gerecht een belangrijk vereiste. Eerlijkheid van een proces, althans van een geschiloplossing, vereist echter niet per definitie een wettelijke basis.

De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen. Het was al duidelijk geworden dat het niet wenselijk is dit criterium voor alternatieve geschiloplossing te handhaven. Dat kan slechts zeer indirect aan het vierde voorbehoud (de openbaarheid zou de belangen van een behoorlijke rechtspleging schaden) worden gerelateerd. Immers, de ‘rechtspleging’ bij alternatieve geschiloplossing zelf blijft waarschijnlijk gebaat bij openbaarheid, alleen het utiliteitscriterium voor de betrokken partijen (zijn zij gebaat bij openbaarheid) kan daaraan indirect afdoen.

Rechten van een vervolgte. Uiteraard vallen deze rechten eigenlijk buiten het bereik van deze beschouwing; van vervolging is immers geen sprake. Maar naar analogie kunnen de genoemde rechten wel worden gebruikt: (a) de partijen in een geschil dienen elkaar in een zo vroeg mogelijk stadium op de hoogte te stellen van de aard van de klacht en de stappen die worden overwogen; (b) de partijen in een geschil dienen voldoende tijd en faciliteiten te hebben om de procesgang voldoende te kunnen voorbereiden; (c) de partijen hebben toegang tot personen of instanties die ze kunnen bijstaan in de procesgang, rekening houdende met de draagkracht van de partijen; (d) getuigen en deskundigen die optreden voor één van beide partijen of voor beide partijen dienen tijdens de procesgang onder dezelfde condities te worden opgeroepen en behandeld; (e) partijen, getuigen, deskundigen en geschillenbeslechtsers dienen – indien zij niet

110. Franken en Borking 2002, p. 413.

dezelfde moedertaal hebben – in voldoende mate te worden bijgestaan door een tolk.

Schiavetta beschrijft de implicaties van art. 6 EVRM voor alternatieve geschiloplossing die gebruik maakt van ICT-hulpmiddelen.¹¹¹ Zij concludeert dat de rechtspraak van het EHRM uitwijst dat bij elke vorm van geschiloplossing die de partijen bindt (en die daardoor gevolgen heeft voor de mogelijkheden om naar de rechter te stappen om de beslissing of overeenkomst aan te vechten) de beginselen van art. 6 EVRM moeten worden gerespecteerd, of de desbetreffende methode nu vrijwillig wordt gehanteerd of verplicht is gesteld. Daarmee zijn de hierboven besproken elementen van art. 6 (lid 1) in elk geval van toepassing op alle vormen van alternatieve geschiloplossing waarin de partijen gebonden worden aan de uitkomst van de procedure. Hetzelfde is het geval wanneer het gebruik van alternatieve geschiloplossing het gevolg is van een wettelijke regeling (een verplichting onder bepaalde omstandigheden gebruik te maken van alternatieve geschiloplossing). Wanneer in een andere instantie de beslissing of oplossing in een geschil kan worden aangevochten, kunnen in bepaalde gevallen sommige rechten uit art. 6 EVRM in eerste instantie opzij gezet worden.

Daarmee is een belangrijk kader geschapen voor alternatieve geschiloplossing. Zodra de ‘vrijblijvendheid’ van de oplossing tot op bepaalde hoogte wordt ingeperkt, geldt het regime van art. 6, en wordt daarmee het stelsel van vereisten dat van toepassing is op burgerlijke rechtspleging eveneens van toepassing op alternatieve geschiloplossing. Dit betekent onder meer dat bij toepassing van bepaalde beperkingen bij alternatieve geschiloplossing partijen na afronding van de geschiloplossing toch recht houden op een andere rechtsingang, ondanks contractuele afspraken die dat uitsluiten.

4.2 Algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik

De algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik zijn geïntroduceerd door Hans Franken als kader voor de beoordeling van aspecten van ICT in een juridische context.¹¹²

Beschikbaarheid – In de context van informatie- en communicatietechnologie is beschikbaarheid van belang: dat wil zeggen de onverminderde feitelijke toegankelijkheid van informatie via geautomatiseerde systemen. Er zit ook een meer normatief aspect aan beschikbaarheid, namelijk de behoefte zoveel mogelijk informatie en kennis openbaar te maken. Beschikbaarheid kan worden bevorderd door niet alleen de infrastructuur voor de informatieverbreiding zo goed mogelijk uit te voeren, maar ook door standaardisering, waardoor verschillende infrastructuren met elkaar gekoppeld kunnen worden.

Vertrouwelijkheid – Vertrouwelijkheid geldt de exclusiviteit van toegang tot bepaalde informatie. Om de vertrouwelijkheid van informatie te waarborgen, dient in de context

111. Schiavetta 2004.

112. Franken 2004, p. 57-60.

van informatie- en communicatietechnologie de beveiliging van systemen ter hand te worden genomen. De betrouwbaarheid van informatie is te bereiken door een combinatie van de juiste technische en organisatorische maatregelen.

Integriteit – Integriteit van informatie en informatiesystemen houdt in dat zij controleerbaar moeten zijn voor gebruikers. De integriteit van informatie bestaat erin dat deze niet kan worden aangepast zonder dat duidelijk wordt *dat* de informatie is aangepast. De integriteit van een informatiesysteem is te vinden in de controleerbaarheid van de informatieverwerking in dat systeem.

Authenticiteit – Authenticiteit betreft de herleidbaarheid van informatie tot de bron ervan. Het gaat dan om de overeenstemming tussen bijvoorbeeld een gedigitaliseerd document en het onderliggende origineel, maar ook om de ‘echtheid’ van een bericht (is het ongewijzigd gebleven tijdens transport) en de ‘echtheid’ van afzender of geadresseerde (is iemand ook werkelijk degene als wie hij of zij zich voordoet).

Flexibiliteit – Nieuwe eisen, voortvloeiend uit nieuwe wetgeving, technische ontwikkelingen of voortschrijdend inzicht, dienen gemakkelijk te kunnen worden geïmplementeerd in systemen. De inrichting ervan mag dus niet vastgelegd worden zonder rekening te houden met dergelijke mogelijke wijzigingen.

Transparantie – Transparantie draait om de helderheid van het verband tussen gebruik, functies en werking van informatiesystemen. De inzichtelijkheid van de gebruiker in de werking van systeem dient gewaarborgd te worden.

De hier beschreven beginselen vormen een krachtig, maar ook vrij algemeen kader, dat bovendien al snel interne inconsistenties kan opleveren. Dat is uiteraard weer niet strijdig met de betekenis van *beginselen*, die immers in hun toepassing bijna per definitie tegen elkaar afgewogen moeten worden. Zo wil flexibiliteit nog wel eens strijdig zijn met de beveiligingsvereisten die voortvloeien uit de eisen van betrouwbaarheid en integriteit, en kan beschikbaarheid de betrouwbaarheid elkaar in de weg zitten. De genoemde beginselen zijn van belang voor het beoordelen van de inzet van ICT in vormen van geschiloplossing. Ik geef hier per beginsel een aantal voorbeelden.

Beschikbaarheid is van toepassing op de voortdurende werking van systemen ter ondersteuning van de primaire processen van geschiloplossing (een website voor online mediation bijvoorbeeld dient terdege beveiligd te worden en zodanig te worden uitgevoerd, dat de kans op uitval minimaal is). De normatieve dimensie van het beginsel houdt in dat alle informatie die beschikbaar is en daarvoor geschikt is, onmiddellijk aan alle partijen in het geschil beschikbaar moet worden gesteld. Vanzelfsprekend geldt voor sommige vormen van informatie juist het tegenovergestelde. Daarvoor is het tweede beginsel, betrouwbaarheid, van belang. Standaardisering kan een belangrijke rol spelen bij de uitwisseling van gegevens tussen verschillende partijen in een geschil, maar ook bij de overdracht van de ene naar de andere geschiloplosser. Daarbij speelt echter opnieuw de betrouwbaarheid een cruciale rol: bijna geen enkel gegeven zal daadwerkelijk overgedragen mogen worden bij de overdracht van een zaak aan een overheidsrechter,

tenzij uitdrukkelijke goedkeuring van de partijen is verkregen *en* dit de geschiloplosser wettelijk is toegestaan.

Vertrouwelijkheid geldt bijvoorbeeld de (elektronische) communicatie tussen partijen en onafhankelijke derde in een geschil, evenals de werking van de gebruikte systemen. Met de beveiliging van de communicatie en de systemen is aan het beginsel echter nog niet voldaan. Voor het in acht nemen van vertrouwelijkheid in geschiloplossings-situaties gelden regels en beginselen, en voorzover die vertrouwelijkheid mede wordt bepaald door informatiesystemen, moeten die systemen zodanig worden ingericht, dat deze regels en beginselen worden gevolgd.

Integriteit omvat onder meer de controle die partijen en geschiloplosser kunnen uitvoeren op hun eigen en op elkaars gebruik van communicatie- en informatiesystemen, dat wil zeggen: is elke handeling in die context traceerbaar (in niet-manipuleerbare logbestanden), is duidelijk wat er precies met gegevens gebeurt, hoe ze opgeslagen worden, en of ze aangepast of verwijderd kunnen worden.

Authenticiteit betreft bijvoorbeeld de controle die partijen en geschiloplosser kunnen uitvoeren op elkaars identiteit wanneer zij gebruik maken van communicatie- en informatiesystemen. Daarnaast gaat het hier om controle van de authenticiteit van bijvoorbeeld documenten, waaraan in een digitale context andere eisen kunnen worden gesteld dan bij 'gewone' documenten.

Flexibiliteit betreft de mogelijkheid van het aanpassen van communicatie- en informatiesystemen die in gebruik zijn bij online geschiloplossing, en het gemak waarmee die aanpassingen zijn uit te voeren. Hierbij kan gedacht worden aan het toevoegen van partijen, het voegen van zaken, het overdragen van zaken aan een collega-geschiloplosser, en het implementeren van wijzigingen in de systemen op basis van nieuwe regelgeving omtrent geschiloplossing.

Transparantie ten slotte betreft het inzicht van de partijen en van de geschiloplosser in de globale werking en functies van de gebruikte informatie- en communicatiesystemen. Voor deze partijen moet bijvoorbeeld volstrekt helder zijn wie welke informatie ontvangt, en wat daarmee gedurende de procedure kan gebeuren.

4.3 Praktische randvoorwaarden

Praktische randvoorwaarden bij het beoordelen van alternatieve geschiloplossing vloeien voort uit verschillende gezichtspunten. In deze paragraaf sta ik stil bij twee verzamelingen van randvoorwaarden. De eerste set heeft betrekking op elektronisch rechtsverkeer, de tweede is opgesteld in het kader van het Project Kwaliteit van de Raad voor de Rechtspraak. Deze laatste randvoorwaarden zijn specifiek opgesteld voor overheidsrecht-spraak, maar zij kunnen daarbuiten wellicht eveneens toepassing vinden.

Er zijn bij het vaststellen van randvoorwaarden voor elektronisch rechtsverkeer twee typen situaties in het spel. Ten eerste die waarbij de geschillen ontstaan bij of uit het gebruik van ICT. Bijvoorbeeld: een geschil over de nakoming van een koopovereen-

komst, ontstaan door onenigheid over de terhandstelling en daarmee de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Ten tweede het gebruik van ICT bij het oplossen van het geschil. Bijvoorbeeld: een mediator communiceert elektronisch met partijen over een mogelijk compromis ten aanzien van het voornoemde geschil. Franken en Borking noemen een aantal randvoorwaarden die gelden voor geschiloplossing met betrekking tot zaken waarin elektronisch rechtsverkeer een rol heeft gespeeld.¹¹³

Snelheid: de context van elektronische handel vereist een snelle oplossing van geschillen, passend bij de snelheid waarmee in een elektronische context transacties kunnen worden gesloten. Een kanttekening die ik hierbij zou willen plaatsen is dat snelle geschiloplossing vooral een vereiste is voor geschillen over een beperkt belang. Een transactie kan nog zo snel tot stand zijn gekomen, als het daarmee gemoeide belang heel groot is, zal de zorgvuldigheid van geschiloplossing zwaarder wegen dan de snelheid. Daarin verschillen de belangen in elektronische handel niet wezenlijk van die in gewone handel.

Beheersbare kosten: de kosten van de oplossing van een geschil moeten in een goede verhouding staan tot de omvang van het financiële belang dat met het geschil gemoeid is. Deze randvoorwaarde geldt onverkort voor geschiloplossing in een niet-virtuele omgeving.

Vertrouwelijkheid en privacy: bij het behandelen van een geschil dient de identiteit van de betrokken partijen vast te staan, en dient alle communicatie vertrouwelijk (bijvoorbeeld door versleuteling) plaats te vinden. Deze twee randvoorwaarden zijn aanvullend op de voorwaarden voor niet-virtuele geschiloplossing. Immers, bij de communicatie-op-afstand tussen partijen kunnen andere problemen ontstaan met vertrouwelijkheid en privacy dan bij niet-virtuele geschiloplossing.

Juridische en technische deskundigheid: het geschil dient deskundig te worden behandeld; deze deskundigheid heeft zowel betrekking op de juridische als op de technische aspecten van het geschil. Vanzelfsprekend geldt dit vereiste onverkort voor niet-virtuele geschiloplossing. De aanvullende randvoorwaarde is dat het gebruik van ICT, bijvoorbeeld bij de totstandkoming van een overeenkomst, specifieke deskundigheid van de geschiloplosser vereist om tot een afgewogen oordeel te komen.

Gemakkelijke afdwingbaarheid: het resultaat van de geschiloplossing moet gemakkelijk kunnen worden toegepast. Bij deze randvoorwaarde zou ik willen opmerken dat de wenselijkheid van gemakkelijke afdwingbaarheid nu juist weer samenhangt met de waarborgen waarmee de geschiloplossing zelf is omgeven. Een gemakkelijke afdwingbaarheid is bijvoorbeeld niet wenselijk als het belang in kwestie groot is en de geschiloplossingsprocedure niet aan bepaalde vereisten voldoet.

Ten dele komen deze randvoorwaarden overeen met de vijf meetgebieden in het kwaliteitsproject van de Raad voor de Rechtspraak. De Raad heeft het Project Kwaliteit

113. Franken en Borking 2002, p. 414.

in het leven geroepen om een toetsingsinstrument te ontwikkelen waarmee de kwaliteit van het rechterlijk functioneren gemeten kan worden. Dit toetsingsinstrument wordt beschreven in Project Kwaliteit.¹¹⁴ In het normatief kader staan vijf meetgebieden centraal, die relevant zijn voor het onderwerp van dit onderzoek: (1) onpartijdigheid en integriteit, (2) deskundigheid, (3) bejegening, (4) rechtseenheid en (5) snelheid en tijdigheid. Elk van deze vijf meetgebieden wordt in het toetsingsinstrument uitgewerkt in termen van prestatie-indicatoren. In de korte toelichting op deze prestatie-indicatoren geef ik aan op welke manier zij van belang kunnen zijn bij de beoordeling van de legitimiteit van geschiloplossing. Kwaliteit kan namelijk worden aangeduid als een bestaansvoorwaarde voor legitimiteit, hoewel bepaalde meetgebieden nu niet direct als belangrijkste criteria voor legitimiteit kunnen worden aangeduid. Dat geldt voor bejegening en ook voor snelheid en tijdigheid, hoewel deze beide meetgebieden in de perceptie van rechtzoekenden uiteindelijk wel degelijk een centrale rol kunnen spelen, en daarmee ook in elk geval hun *perceptie* van legitimiteit kunnen beïnvloeden.

Voor het meetgebied onpartijdigheid en integriteit gelden de volgende indicatoren: nevenfuncties, wraking en berusting, procedure voor toewijzing van zaken, klachtenregeling, beleid voor inzet van honorair rechter-plaatsvervangers, inzet honorair rechter-plaatsvervangers ten opzichte van de totale inzet van rechters, en waargenomen onpartijdigheid.¹¹⁵ Duidelijkheid over de nevenfuncties van geschiloplossers is in alle gevallen van belang. Voor met name mediation is bovendien van belang dat er eveneens een procedure bestaat voor ‘wraking’, zodat een betrokken partij met een geconstateerde belangenverstremgeling adequate maatregelen kan nemen. Voor arbitrage is deze mogelijkheid al bij wet geregeld (art. 1033 lid 1 Rv). Aangezien bij alternatieve geschiloplossing de partijen in principe zelf geschiloplossers aanwijzen, kan bij voldoende transparantie in de meeste gevallen gebruik van een ‘wrakingsprocedure’ worden voorkomen. Toewijzing van zaken wordt relevant bij doorverwijzing vanuit overheidsrechtspraak of brancheverenigingen (bijvoorbeeld het NMI) en op het moment dat geschiloplossers zich bundelen in een kantoor. Een klachtenregeling en waargenomen onpartijdigheid zijn evenzeer van belang voor alternatieve geschiloplossing als voor overheidsrechtspraak. Voor de indicatoren over inzet van rechter-plaatsvervangers geldt dat zij weliswaar naar analogie kunnen worden toegepast op alternatieve geschiloplossers, maar dat zo’n criterium gemakkelijker ondergebracht kan worden bij de rapportage en beoordeling van nevenfuncties.

Voor het meetgebied deskundigheid gelden de indicatoren waargenomen deskundigheid, voorbereiding van de rechter, percentage appellen ten opzichte van aantal appellaabele einduitspraken, percentage onverschoonbare vernietigingen, beleid met betrekking tot enkelvoudig en meervoudig te behandelen zaken, verhouding tussen enkelvoudig en

114. Project Kwaliteit 2002, Normatief kader, p. 1.

115. Project Kwaliteit 2002, Normatief kader, p. 4-6.

meervoudig uitgesproken zaken, beleid ten aanzien van deskundigheid en ervaring van rechters die als unus zitten, en het hanteren van een methode van intervisie.¹¹⁶ Voorzover deze indicatoren specifiek betrekking hebben op het procesrecht, zijn zij niet te vertalen naar de praktijk van alternatieve geschiloplossing. Het gaat echter om indicatoren voor deskundigheid, en die kunnen evengoed voor alternatieve geschiloplossers worden gesteld als voor overheidsrechters. Te denken valt aan certificering op basis van procedurele en inhoudelijke kennis, na- en bijscholing, en, conform de bovenstaande indicatoren, intervisie en waargenomen deskundigheid.

Voor het meetgebied bejegening door rechters gelden de indicatoren rechterlijk functioneren, ruimte voor verhaal, luisteren naar standpunten, inleving in de situatie, inzichtelijk maken van de zaak, inzichtelijk maken van de behandeling ter zitting, inzichtelijk maken van het verdere verloop, beslissing, motivering van de beslissing, en leesbaarheid van de beslissing.¹¹⁷ Deze criteria gelden onverkort voor andere geschiloplossers, wellicht in verzwaaarde mate, omdat alternatieve geschiloplossing de basislegitimiteit van overheidsrechtspraak mist. Aan de andere kant geldt met name in het strafrecht juist weer een verzwaaard belang van de bejegening, omdat de strafrechter voor met name verdachten ‘onvermijdelijk’ is. Dat geldt minder voor de civiele rechter, en nog minder voor andere geschiloplossers.

Voor het meetgebied rechtseenheid gelden de indicatoren rechtseenheid ervaren bij vaste procespartijen, het hanteren van rechtseenheidbevorderende instrumenten, en het voeren van rechtseenheidbevorderend beleid.¹¹⁸ Openbaarheid van geschiloplossing is vaak strijdig met het belang van partijen, en een reden een toevlucht te zoeken tot alternatieve geschiloplossing. Dat neemt niet weg dat rechtseenheid ook voor rechtzoekenden in alternatieve geschiloplossing van belang is. Het algemene belang van een evenwicht en vergelijkbaarheid van geboden oplossingen betreft direct het specifieke belang van individuele rechtzoekenden.

Voor het meetgebied snelheid en tijdigheid gelden als indicatoren diverse gemiddelde termijnen tussen het vragen van een vonnis en een uitspraak, tussen tussenvonnis en comparitie etcetera, het percentage aanhoudingen, de productiviteit van rechters per sector, en de tijdigheid van de aanvang van zaken.¹¹⁹ Dergelijke termijnen kunnen ook voor de processuele gang van zaken bij alternatieve geschiloplossing gesteld worden. De kans dat aan dergelijke termijnen de hand wordt gehouden is groter naarmate het bedrijfsmatige belang van de geschiloplosser en de rechtzoekenden groter is.

De uitwerking van deze indicatoren in meetbare grootheden, zoals gegeven in de

116. Project Kwaliteit 2002, Normatief kader, p. 6-8.

117. Project Kwaliteit 2002, Normatief kader, p. 9.

118. Project Kwaliteit 2002, Normatief kader, p. 10.

119. Project Kwaliteit 2002, Normatief kader, p. 11-13.

schriftelijke rapportage van het Project Kwaliteit, is van minder belang voor dit onderzoek, omdat het hier niet om een empirische toetsing, maar om een exploratie van de reikwijdte van het begrip legitimiteit met betrekking tot virtualisering van geschiloplossing gaat. Zou de reikwijdte van het legitimiteitsbegrip echter op enig moment worden ingezet om een toetsingsinstrument te ontwikkelen, dan biedt de rapportage talloze aanknopingspunten. Wat echter ontbreekt in het instrument van de Raad voor de Rechtspraak, is de toetsing van de inhoudelijke kwaliteit van uitspraken. Daarin zou echter wel een substantieel gedeelte van de legitimiteitstoets moeten schuilen.

4.4 Discussie: randvoorwaarden

In dit hoofdstuk zijn onder meer beginselen en randvoorwaarden besproken die van toepassing zijn op geschiloplossing, en wel via hun toepasselijkheid op het gebruik van ICT, elektronisch rechtsverkeer en de kwaliteit van rechtspraak. In deze paragraaf evalueer ik het belang van deze beginselen en randvoorwaarden voor het vraagstuk dat in dit boek aan de orde is: de legitimiteit van geschiloplossing.

Bekijken we allereerst de beginselen van een behoorlijk proces (toegang tot de geschillenbeslechter, eerlijke, onafhankelijke en onpartijdige behandeling, openbaarheid, behandeling binnen een redelijke termijn), dan bleek al dat openbaarheid in het kader van alternatieve geschiloplossing problemen oplevert. Als partijen belang hebben bij geheimhouding, kan daaraan niet altijd ontkomen worden. Het is echter mogelijk om openbaarheid te vertalen van een specifiek geval van geschiloplossing naar een algemene praktijk van geschiloplossing. Ter vergelijking: een bedrijf kan een ‘open’ of ‘gesloten’ cultuur hebben – maar het oordeel daarover zal allicht niet afhangen van het feit dat de directie van het bedrijf in beslotenheid vergadert. De vergelijking mag enigszins vergezocht zijn, toch lijkt een verschuiving van openbaarheid naar een vorm van transparantie een reële mogelijkheid bij het vaststellen van een criterium voor vormen van geschiloplossing waarbij vertrouwelijkheid van de behandeling van individuele gevallen vereist is.

De overige genoemde beginselen van een behoorlijk proces gelden onverkort voor alternatieve geschiloplossing. De verschuiving van een onafhankelijke rechterlijke macht naar private rechtspersonen levert wel een verschuiving op in de beoordeling van deze beginselen. Zo is het aantal behandelde zaken voor een private rechtspersoon in principe een maat voor de omzet, terwijl een overheidsrechter dat aantal vooral als een maat voor zijn werkdruk zal beschouwen. Daarin schuilen zekere risico’s voor bijvoorbeeld de onafhankelijkheid van private geschiloplossers. Als analogie kan hier ook verwezen worden naar de vermenging van controle en adviespraktijk in de accountancy. Het is van groot belang de geschiloplossende functie te scheiden van eventuele andere functies.

De algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik (beschikbaarheid, vertrouwelijkheid, integriteit, authenticiteit, flexibiliteit en transparantie) zijn toegeschreven op de toepassing van informatie- en communicatietechnologie. Zij vervullen wel een functie

in het beoordelen van ICT-systemen in gebruik bij geschiloplossing: zowel bij gebruik van dergelijke systemen in overheidsrechtspraak en alternatieve geschiloplossing, als bij gebruik in online vormen van alternatieve geschiloplossing. Naarmate echter het belang van ICT-systemen in de geschiloplossing toeneemt, zal ook het gewicht van de beginselen groter worden. Het betreft dan met name het inhoudelijke belang (welke informatie, geboden door ICT-systemen, speelt een rol in een beslissing), maar ook in de (schijnbare) periferie spelen deze beginselen een rol, zoals bij de administratieve afhandeling van zaken.

De randvoorwaarden die zijn genoemd met betrekking tot elektronisch rechtsverkeer zijn snelheid, beheersbare kosten, vertrouwelijkheid en privacy, juridische en technische deskundigheid, en gemakkelijke afdwingbaarheid. Hun specifieke toepasselijkheid op elektronisch rechtsverkeer laat onverlet dat ze ook bij niet-elektronisch rechtsverkeer relevant zijn, wellicht met uitzondering van de technische deskundigheid. Al eerder werden kanttekeningen geplaatst bij de eis van gemakkelijke afdwingbaarheid.

De criteria zoals die zijn vastgelegd in het Project Kwaliteit zijn onpartijdigheid en integriteit, deskundigheid, bejegening, rechtseenheid en snelheid en tijdigheid. Zij gelden als globale indicatoren voor de kwaliteit van de geschilafdoening door de overheidsrechter. Naar analogie kunnen zij worden toegepast op alternatieve vormen van geschiloplossing. Zoals al werd aangegeven is dan met name de rechtseenheid in het geding, omdat alternatieve geschiloplossing lang niet altijd in het openbaar plaatsvindt, en rechtseenheid niet als doel heeft.

Wat voor kader kan er nu uit de achtereenvolgende verzamelingen van randvoorwaarden worden gedestilleerd? Samengevat gaat het om de volgende randvoorwaarden:

Openbaarheid en transparantie betreffen de mate waarin de daadwerkelijke afdoening van geschillen, al dan niet met behulp van ICT-systemen, toegankelijk is voor buitenstaanders. Openbaarheid kan als belang worden aangemerkt met betrekking tot alle vormen van geschiloplossing, met daarbij in het achterhoofd de belangen van controlebaarheid en rechtseenheid. Strijdig hiermee kan zijn de door (een van de) partijen gewenste vertrouwelijkheid. Bij het gebruik van ICT-systemen is de strikte scheiding van openbare en vertrouwelijke gegevens van belang, alsmede inzicht – in elk geval voor partijen, adviseurs en geschiloplossers – in de werking van de gebruikte systemen.

Beschikbaarheid en toegankelijkheid betreffen de mate waarin methoden van geschiloplossing en de eventueel daarin gebruikte ICT-systemen voortdurend en voor alle potentiële en betrokken partijen toegankelijk zijn. Beschikbaarheid betreft de aanwezigheid van instituties en de voortdurende werking van ICT-systemen, terwijl toegankelijkheid gaat om de daadwerkelijke mogelijkheid daarvan gebruik te maken. De aanwezigheid van verschillende vormen van geschiloplossing kan er aanleiding toe zijn de toegankelijkheid van bepaalde vormen van geschiloplossing te beperken ten gunste van andere vormen.

Vertrouwelijkheid betreft de mate waarin geschiloplossing en de eventueel daarin gebruikte ICT-systemen zodanig worden uitgevoerd, dat de zaken die daarin aan de orde komen en de gegevens die worden verwerkt onbevoegden niet onder ogen komen. Dit belang geldt alle vormen van geschiloplossing, daar zij alle (zij het in verschillende mate) te maken hebben met gegevens die alleen bepaalde betrokkenen onder ogen mogen komen.

Integriteit, onafhankelijkheid en onpartijdigheid betreffen het ontbreken van inhoudelijke of formele ‘vooringenomenheid’ bij de geschiloplossing, op institutioneel en individueel niveau, en bij de eventueel daarin gebruikte ICT-systemen. Deze randvoorwaarden gelden onverkort voor alle vormen van geschiloplossing en voor alle ICT-systemen die daarbij gebruikt worden.

Authenticiteit betreft de bevestiging van de identiteit van personen betrokken bij geschiloplossing en de echtheid van daarin gebruikt materiaal. Deze randvoorwaarde geldt eveneens onverkort voor alle vormen van geschiloplossing, en bijzondere aandacht geldt het gebruik van elektronische gegevens en ICT-systemen, vanwege de extra mogelijkheden van manipulatie daarvan.

Flexibiliteit gaat om de mogelijkheden om in de geschiloplossing en bij het gebruik van ICT-systemen daarin af te wijken van geijkte patronen, en de invoering van nieuwe regels gemakkelijk te laten verlopen. Hoewel flexibiliteit als randvoorwaarde voor alle vormen van geschiloplossing als wenselijk kan worden gezien, kan deze voorwaarde door sterkere procedurele vereisten in met name overheidsrechtspraak en arbitrage in strijd geraken met de rechtszekerheid.

Snelheid en tijdigheid gaan over de snelheid waarmee een geschiloplossing verloopt, en de termijn waarbinnen deze een aanvang neemt na het ontstaan van het geschil. Snelheid en tijdigheid zijn vanzelfsprekend voor elke vorm van geschiloplossing van belang. Formaliteiten die eigen zijn aan overheidsrechtspraak en arbitrage kunnen hiermee strijdig zijn. Het kleinere aantal formaliteiten in mediation kan een voordeel opleveren, maar door de mogelijkheid na afloop van een mediation (en soms na arbitrage) alsnog een procedure bij de overheidsrechter in te stellen, kan alsnog juist tot een vergrote doorlooptijd leiden.

Kostenefficiëntie betreft de mate waarin beschikbare middelen zodanig worden gealloceerd, dat de kwaliteit en effectiviteit van de geschiloplossing optimaal zijn gegeven het budget. Alternatieve vormen van geschiloplossing kunnen door marktprikkels tot lagere kosten voor geschiloplossing leiden. Dat hoeft echter niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn. Het ‘stapelen’ van verschillende vormen van geschiloplossing kan de kosten opdrijven. Ook arbitrage en mediation zijn niet noodzakelijkerwijs goedkoper, en mogelijk zelfs duurder dan overheidsrechtspraak. Een oordeel over de kostenefficiëntie is echter lastig te vellen, aangezien de verleende diensten maar beperkte gelijkenis vertonen. Een soortgelijk probleem geldt de inzet van ICT-systemen. De rol van dergelijke systemen kan sterk variëren.

Deskundigheid gaat om de parate kennis en vaardigheden bij de geschiloplosser, adviseurs en getuigen omtrent geschiloplossing in het algemeen en inhoudelijke aspecten van het behandelde geschil in het bijzonder. Daarnaast gaat het om de deskundigheid met betrekking tot de gebruikte ICT-systemen. De specifieke eisen aan deskundigheid verschillen vanzelfsprekend per vorm van geschiloplossing en per gebruikt ICT-systeem.

Bejegening betreft de wijze waarop de direct en indirect betrokkenen bij een geschil te woord worden gestaan door de geschiloplosser en de institutie waarvan hij of zij deel uitmaakt. De vorm van de geschiloplossing heeft invloed op de bejegening. Een geschiloplosser die *boven* de partijen staat, zal in voorkomende gevallen anders optreden dan een geschiloplosser die *tussen* de partijen staat. Met betrekking tot ICT-systemen kan bejegening (met enige moeite) vertaald worden naar gebruiksvriendelijkheid: is de wijze waarop de gebruiker wordt 'aangesproken' door het systeem correct? Zijn de ICT-systemen geschikt voor het gebruik waarvoor zij bedoeld zijn?

Rechtseenheid draait om de vergelijkbaarheid van uitspraken (en de gronden waarop die uitspraken zijn gedaan) in vergelijkbare geschillen. Rechtseenheid, zo kwam al eerder naar voren, is gebaat bij openbaarheid van geschiloplossing. Als openbaarheid ondergeschikt wordt gemaakt aan vertrouwelijkheid – en dat speelt vooral bij alternatieve geschiloplossing – dan gaat dat mogelijk ten koste van de rechtseenheid. Weliswaar bemoeit de mediator zich bij procedureel georiënteerde mediation niet met de uitkomst van het geschil, maar alleen met de procesbegeleiding, toch zijn diezelfde geschiluitkomsten natuurlijk wel van belang voor de rechtseenheid. Bij onbekendheid van partijen met gebruikelijke uitkomsten, en bij een weinig sturende rol van de mediator in die uitkomst, kan de mediation relatief ongunstig uitpakken voor een van de partijen. Er zijn echter manieren om de rechtseenheid gunstig te beïnvloeden zonder de vertrouwelijkheid van de geschiloplossing aan te tasten (anonimisering uitkomsten mediations, voorlichting aan cliënten).

Afdwingbaarheid betreft de mate waarin de oplossing van een geschil dwingend tot uitvoering kan worden gebracht, bijvoorbeeld met een executoriale titel. Afdwingbaarheid is in formele zin voornamelijk een obstakel bij mediation; bij een arbitraal oordeel kan een executoriale titel worden verkregen. De vaststellingsovereenkomst bij een mediation biedt minder zekerheid.

Dit raamwerk biedt aanvullende, meer concrete mogelijkheden om veranderingen door virtualisering te beoordelen.



5 Virtualisering van geschiloplossing

De toegenomen mogelijkheden om te communiceren en informatie uit te wisselen, vooral via internet, leiden tot de veronderstelling dat geschiloplossing ook ‘op afstand’ kan geschieden: dat partijen niet in alle gevallen in tijd en plaats bij elkaar behoeven te komen voor de geschiloplossing. Virtualisering van geschiloplossing omvat echter meer dan alleen het element van onafhankelijkheid van tijd en plaats. Ten eerste houdt virtualisering in: het gebruik van ICT op zodanige wijze dat de aard van de geschiloplossing verandert. Ten tweede betekent virtualisering: de toegenomen populariteit van *alternatieve* geschiloplossing. Ten derde houdt virtualisering in: het ontstaan van nieuwe typen geschiloplossing voor nieuwe typen geschillen die onder invloed van de opkomst van ICT ontstaan. In sommige gevallen gaan deze vormen van virtualisering samen: bij online alternatieve geschiloplossing. En een stap verder houdt virtualisering van geschiloplossing in feite het einde van de geschiloplossing in. Dit is het geval wanneer geschiloplossing wordt vervangen door bijvoorbeeld geschilpreventie.

In zijn boek *‘The Future of Law’* doet Richard Susskind een voorspelling over de toekomst van de juridische professie als gevolg van de ontwikkeling van ICT.¹²⁰ Hij stelt dat de huidige situatie, waarin juristen vooral reageren op problemen, zal veranderen in een situatie waarin juristen proactief optreden, waarmee zij geschillen voorkomen. Op dit moment zijn er maar weinig tekenen van deze ontwikkeling (overigens claimde Susskind niet dat deze verandering snel zal optreden). Maar er is één gebied waarin geschilpreventie erg populair is: bij online koop en verkoop. Zo brengt de online veilinggemeenschap eBay uiteraard een groot aantal (potentiële) geschillen met zich mee, bijvoorbeeld vanwege teleurgestelde kopers. eBay heeft een eigen geschiloplossingssysteem, en biedt toegang tot diensten van SquareTrade voor klachtafhandeling en mediation. Dit zijn de middelen die worden gebruikt wanneer er daadwerkelijk een geschil ontstaat. Maar eBay is nu juist groot geworden met een feedbacksysteem dat mensen die elkaar niet kennen in staat stelt om vast te stellen of en hoezeer zij in redelijkheid op elkaar mogen vertrouwen.

De grenzen tussen geschilpreventie en geschiloplossing kunnen vervagen, zoals het feedbacksysteem in eBay aantoont. Dat systeem fungeert namelijk niet alleen als een

120. Susskind 1996; zie verder Susskind 2000.

indicator voor vertrouwen, maar het wordt ook gebruikt om druk uit te oefenen en om sancties op te leggen. De verschillende rollen van dit feedbacksysteem tonen de juistheid aan van Katsh' en Rifkin's metafoor van de techniek als 'vierde partij' (*fourth party*).¹²¹ Technologie hoeft niet te worden gebruikt, en *kan* soms niet worden gebruikt, om 'digitale equivalenten' te maken van traditionele methoden van geschiloplossing. In plaats daarvan bieden technologieën nieuwe mogelijkheden en nieuwe bedreigingen, en spelen zij daarmee een nieuwe, van de overige partijen te onderscheiden rol in geschiloplossing. Deze metafoor van de vierde partij roept ook vragen op over onder meer de onafhankelijkheid van geschiloplossing. Als een (virtuele) vierde partij betrokken is bij geschiloplossing, wie controleert dan de rol van die partij?

Zo is de rol van het feedbacksysteem volledig ingebed in de bedrijfsprocessen en de producten van eBay. Het systeem wordt gebruikt voor zowel het voorkomen van geschillen (partijen zoeken betrouwbare handelspartners uit, en zijn bevreesd voor negatieve feedback, zodat zij zich gedragen conform de regels) als voor het oplossen ervan (het geven of intrekken van negatieve feedback kan als sanctie worden gehanteerd). Bovendien kan het feedbacksysteem een *bron* van geschillen zijn, bijvoorbeeld als iemand kennelijk onterecht negatieve feedback aan iemand anders geeft. Op deze manier vormt het feedbacksysteem van eBay een voorbeeld van de invloed die technologie kan uitoefenen, zowel vóór als tijdens en na het optreden en oplossen van een geschil.

Hieronder ga ik eerst in op concrete initiatieven op het gebied van online geschiloplossing (par. 5.1). Vervolgens bespreek ik vier functionele gebieden waarin ICT-ontwikkelingen kunnen worden gegroepeerd (par. 5.2). Ik bespreek diverse scenario's voor de virtualisering van geschiloplossing, en ik geef aan hoe deze in de vier functionele gebieden passen (par. 5.3), en daarna ga ik dieper in op vier virtualiseringsthema's: virtualisering en de rol van de geschiloplosser (par. 5.4), virtualisering en reputatie (par. 5.5), virtualisering en argumentatie (par. 5.6) en virtualisering en conflicthantering (par. 5.7) Ten slotte bespreek ik wat deze virtualiseringsscenario's betekenen voor de legitimiteit van geschiloplossing (par. 5.8).

5.1 De praktijk van online geschiloplossing

In Brunt et al. wordt een overzicht gegeven van de huidige stand van zaken met betrekking tot alternatieve geschiloplossing in een digitale context.¹²² Dit rapport geeft onder meer aan welke technieken voor online alternatieve geschiloplossing beschikbaar zijn, en bespreekt online arbitrage, online mediation en online klachtenafhandeling. De klachtenafhandeling is in beginsel laagdrempelig, maar uit het artikel daarover blijkt dat online klachtenafhandeling in veel opzichten in de kinderschoen staat.¹²³ Dat blijkt

121. Katsh and Rifkin 2001.

122. Brunt et al. 2004.

123. Van der Wees 2004.

dan onder meer uit de beschikbaarheid van online klachtformulieren, die vervolgens per post moeten worden ingediend. Aan het specifieke thema van online klachtenafhandeling zal ik in verband met de reikwijdte van dit onderzoek voorbijgaan. Wel biedt deze vorm van geschiloplossing aanknopingspunten voor virtualiseringsscenario's.

In dezelfde bundel wordt de status van online vormen van mediation en arbitrage besproken.¹²⁴ Lodder et al. stellen dat faciliterende en transformatieve mediation op het eerste gezicht minder geschikt lijken om in virtuele vorm, dat wil zeggen: via elektronische communicatiemiddelen, te laten plaatsvinden.¹²⁵ Bij faciliterende en transformatieve mediation heeft de mediator niet zozeer een inhoudelijke, als wel een structureel of relationeel sturende functie. In tweede instantie stellen zij echter dat dankzij de beschikbaarheid van video conferencing (naast communicatiemiddelen voor tekstuele informatie) eigenlijk alle vormen van mediation kunnen worden gefaciliteerd.¹²⁶

Dezelfde auteurs verwijzen in hun bespreking van praktijkinitiatieven met online mediation naar onder meer SquareTrade, het bedrijf dat met name bekend is van activiteiten voor online veiling eBay, waar het gecombineerde e-negotiation en e-mediation aanbiedt: als een koper en verkoper via de standaardprocedure met elektronische formulieren niet nader tot elkaar komen, kunnen zij besluiten een e-mediator van SquareTrade in te schakelen.¹²⁷ Lodder et al. besteden daarnaast aandacht aan de Nederlandse website emediation.nl, waarop onder begeleiding van een professionele mediator via een chat=achtige omgeving naar een oplossing voor een conflict kan worden gezocht.¹²⁸

In het overzicht van online arbitrage komen onder meer de diensten van de American Arbitration Association (AAA), World Intellectual Property Organization (WIPO) en de Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) aan de orde.¹²⁹ De procedureregels die gelden voor online arbitrage van de AAA regelen onder meer het aanmaken van een zogenaamde *case site*, waarin alle documenten die betrekking hebben op een arbitrageprocedure worden opgeslagen. Deze *case site* is alleen toegankelijk voor de arbiter(s) en de partijen.¹³⁰ Online arbitrage is met name gestimuleerd door de noodzaak om dispuuten over domeinnamen op te lossen. Zowel de ICANN als de WIPO bieden de mogelijkheid dergelijke geschillen te beslechten, in een aantal gevallen is in de domeinnaamregistratieovereenkomst een arbitraal beding opgenomen.

De technologieën toegepast in online mediation en arbitrage verschillen van elkaar. Dit hangt samen met de uiteenlopende insteek van partijen en mediators in deze vormen van geschiloplossing. Bij online mediation ligt de nadruk op het faciliteren van de

124. Lodder et al. 2004 en Schellekens 2004.

125. Lodder et al. 2004, p. 70-71.

126. Lodder et al. 2004, p. 72.

127. Lodder et al. 2004, p. 74-75.

128. Lodder et al. 2004, p. 75-77.

129. Schellekens 2004.

130. Schellekens 2004, p. 52-54.

communicatie tussen partijen en mediator; vaak gaat het om synchrone communicatie (chat). Bij online arbitrage wordt daarnaast aandacht besteed aan het vullen en bijhouden van een dossier over de zaak. Daarnaast kan de arbitrale procedure gefaciliteerd worden, mede omdat er (meer) procedureregels voor arbitrage bestaan.

5.2 Overzicht van virtualiseringsscenario's

In deze paragraaf bespreek ik vier centrale functionele gebieden waarin ICT verandering brengt: administratie, communicatie, toegankelijkheid en beoordeling.¹³¹ Voor elk van deze gebieden geef ik aan binnen welke dimensies zich veranderingen voordoen. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om dimensies als flexibiliteit/rigiditeit: een glijdende schaal waarop de veranderingen die in een functioneel gebied optreden als gevolg van ICT gekarakteriseerd kunnen worden. Ik illustreer deze veranderingen aan de hand van voorbeelden over geschiloplossing.

Administratie – Administratieve processen zijn vanouds aanzienlijk beïnvloed door de introductie van ICT. Dat geldt ook voor ICT in instituties voor geschiloplossing. In deze categorie vinden we onder meer de technologie voor de registratie van informatie over specifieke zaken en de partijen die daarbij betrokken zijn. Bij registratie, archivering en planning kan gebruik worden gemaakt van nieuwe technologieën, hoewel in werkelijkheid veel van de potentiële voordelen niet worden gerealiseerd door het gebrek aan standaardisering en organisatorische problemen. Het gebrek aan goede interfaces tussen verschillende systemen veroorzaakt vaak onnodig werk, bijvoorbeeld het meermaalen moeten invoeren van identieke gegevens. Toch kunnen de elektronische aanlevering van zaakgegevens, elektronische dossiers en management-informatiesystemen in beginsel de efficiëntie van geschiloplossing vergroten. Dimensies van administratie en de mogelijke veranderingen daarin zijn onder meer:

- (1) Front office/back office: ICT speelt een belangrijke rol in het steeds grotere verschil tussen front office en back office processen. Het gaat hierbij bijvoorbeeld over de mogelijkheid diensten aan te bieden via het web en daarmee met 'één gezicht' naar buiten te treden, terwijl de achterliggende bedrijfsprocessen vergaand gefragmenteerd kunnen zijn, of in elk geval niet parallel lopen met de 'zichtbare voorkant' van een institutie. Dit kan de transparantie van de organisatie voor cliënten sterk beperken.
- (2) Centraal/gedistribueerd: de vormgeving van de uitwisseling van gegevens kan grofweg op twee manieren worden vormgegeven: gecentraliseerd en gedistribueerd. Zonder ICT moeten gegevens vrijwel altijd op diverse fysieke plaatsen toegankelijk zijn om te kunnen worden gebruikt. Met ICT is dat strikt genomen niet langer noodzakelijk. Toch zijn er allerlei redenen waarom in bepaalde con-

131. Zie ook Mommers te verschijnen.

texten de gedistribueerde aanpak moet worden verkozen boven de gecentraliseerde. In het geval van geschiloplossing kunnen onder meer de vertrouwelijkheid van en controle over kritieke gegevens redenen zijn om een gedistribueerde aanpak te kiezen. De bijgevolg optredende risico's van verdubbeling en veroudering van gegevens moet dan tot op zekere hoogte op de koop toe worden genomen.

- (3) Flexibiliteit/rigiditeit: de modellen waarop standaard- en maatapplicaties voor administratieve doeleinden zijn gebaseerd, zijn niet altijd geschikt om veranderingen in organisaties en onverwachte gebeurtenissen op te vangen. ICT-systemen vergen doorgaans de inschakeling van externe deskundigen om veranderingen aan te brengen. Dat creëert afhankelijkheid op plaatsen waar die afhankelijkheid daarvoor wellicht niet bestond. Die afhankelijkheid kan ook optreden bij zaken die de geschiloplossing direct aangaan.¹³²

Communicatie – Onder de noemer ‘communicatie’ vallen nieuwe communicatiemiddelen, zoals e-mail, chat en internetfora, die de manier veranderen waarop de interactie tussen mensen plaatsvindt. Een voorbeeld daarvan is dat interactie nu kan plaatsvinden in vormen tussen synchrone en asynchrone communicatie. Traditioneel kunnen personen hun ideeën onmiddellijk (synchroon, via de telefoon) uitwisselen, of ze kunnen er een tijd over nadenken (asynchroon, via brieven). Met ICT worden allerlei tussenvormen mogelijk. Het spreekt voor zich dat communicatie voor geschiloplossing van cruciaal belang is, en dat door de aard van de materie de wijze van communiceren het verschil tussen succes en falen van geschiloplossing kan betekenen. Dimensies van communicatie en de (mogelijke) veranderingen daarin zijn onder meer:

- (1) Synchroniciteit/asynchroniciteit: het al dan niet vrijwel gelijktijdig verzenden en ontvangen van een boodschap. ICT heeft nieuwe synchrone (voice-over-IP applicaties, chat) en asynchrone communicatiemiddelen (e-mail) gebracht. Bovendien fungeren sommige van de nieuwe communicatiemiddelen (zoals webfora) als tussenvormen. Nieuwe vormen van communicatie zijn bijvoorbeeld van groot belang voor online geschiloplossing. Zo gebruikt SquareTrade voor de ‘direct negotiation’-procedure (klachtprocedure zonder tussenkomst van een mediator) een webgebaseerd instrument dat helpt om de klacht te articuleren en erop te reageren. De communicatie verloopt weliswaar direct en asynchroon tussen de partijen, maar de onderhandelingen worden gestructureerd volgens een vaste opzet.
- (2) Enkelvoudigheid/meervoudigheid van zenders en ontvangers van boodschappen: het alleen of in een groep opereren van degenen die een boodschap overbrengen

132. Zie het citaat van Reiling over de opmerking die een OM-medewerker tegen haar (in functie als rechter) maakte: “Maar mevrouw, die straf kunt u niet opleggen, dat kan Compass niet verwerken!.”

of krijgen. ICT heeft mogelijkheden gecreëerd om flexibel te communiceren met één of meer nauwkeurig te bepalen personen. Het onderscheid tussen massamedia zoals televisie en radio en communicatiemediën zoals telefoon en post wordt daarmee diffuser. Gevolgen hiervan zijn onder meer dat boodschappen gericht kunnen worden overgebracht, en dat de zenders gemakkelijker samen kunnen werken aan de totstandkoming van de boodschap. In geschiloplossing betekent dit onder meer dat boodschappen gericht naar één of meerdere ontvangers kunnen worden gestuurd. Dossiers bijvoorbeeld kunnen in eventueel verschillende versies bij verschillende personen bezorgd worden.

- (3) Locatie/dislocatie: het voor de communicatie al dan niet gebonden zijn aan één locatie. Met de komst van nieuwe communicatiemiddelen is de locatiegebondenheid van bepaalde vormen van communicatie sterk afgenomen. Tegelijkertijd blijkt communicatie op afstand zelden de voorkeur te genieten bij onder meer groepsbijeenkomsten waarin bijvoorbeeld onderhandeld moet worden. Hierin ligt een belangrijk obstakel voor geschillen waarbij onderhandelingen deel uitmaken van de oplossingsmethode, zoals in bepaalde vormen van mediation.
- (4) Hoogdrempelig/laagdrempelig: de barrières die moeten worden genomen om van een communicatiemedium gebruik te maken. De kosten van de meeste nieuwe communicatiediensten zijn sterk verlaagd ten opzichte van hun voorgangers (voorzover die bestaan). Dit betekent dat er aanmerkelijk minder financiële barrières bestaan om daar gebruik van te maken. Dit laat zich ook duidelijk zien in vormen van online geschiloplossing: waar consumententransacties in de fysieke wereld zelden tot het gebruik van institutionele vormen van geschiloplossing zullen leiden (uitgezonderd het gebruik van geschillencommissies, waarvoor de toegang met reden betaalbaar is gehouden), gebeurt dit op internet wel, simpelweg omdat met name de geautomatiseerde afhandeling van klachten zeer laagdrempelig is.
- (5) Eenwegverkeer/interactie: de al dan niet aanwezige mogelijkheid om in twee richtingen te communiceren. De traditionele communicatiemiddelen staan in de praktijk slechts interactie toe bij één-tot-één communicatie. Interactie wordt met nieuwe communicatiemiddelen ook mogelijk bij 'massa' media. De situatie is bijvoorbeeld denkbaar dat de leden van een deskundigenpanel elk op een aparte, eigen locatie verbonden via een beeld- en geluidsverbinding, real-time individueel kunnen reageren op een videoverslag dat voor alle deskundigen identiek is.
- (6) Symmetrie/asymmetrie: de al dan niet aanwezige mogelijkheid om in twee richtingen op gelijke wijze te communiceren. In aansluiting op het vorige punt: de mogelijkheid van interactie houdt niet automatisch in dat 'op gelijke voet' wordt gecommuniceerd. Zo zal een gesprek tussen twee mensen in beginsel symmetrisch van aard zijn, een 'gesprek' tussen een mens en een voice-response-systeem asymmetrisch. Het gebruik van een informatieformulier op een website met

informatie over een instantie voor geschiloplossing door een potentiële gebruiker daarvan kan worden beschouwd als een vorm van asymmetrische communicatie: de gebruiker wordt ten opzichte van de instantie beperkt in zijn mogelijkheden tot communicatie, zowel in typen communicatie (als de instantie alleen informatie verstrekt naar aanleiding van dit formulier) als in de inhoud ervan (bijvoorbeeld door de beschikbare informatiecategorieën).

Toegankelijkheid – De toegankelijkheid van informatie en diensten is aanzienlijk veranderd door de introductie van bepaalde toepassingen van ICT. De overgang van papier naar beeldscherm heeft geleid tot een areaal aan mogelijkheden om stukken informatie op allerlei manier te ordenen, waarmee de toegang daartoe wordt gefaciliteerd. Toegankelijkheid van informatie heeft ook baat bij de mogelijkheden om in complete teksten te zoeken in plaats van alleen via een aantal geselecteerde trefwoorden (zoals in traditionele bibliotheekcatalogi). Ook de *zoeksnelheid* speelt een belangrijke rol: er is geen drempel meer om enorme hoeveelheden documenten te doorzoeken. De manier waarop documenten worden getoond kan dynamisch worden aangepast, en het fysieke bezit van een informatiebron is niet langer noodzakelijk door de beschikbaarheid van netwerken, die niet gebonden zijn aan openingsuren, zoals ‘echte’ bibliotheken dat wel zijn. Dezelfde punten gelden voor diensten, die vanaf een afstand en meestal niet beperkt door openingstijden kunnen worden gebruikt. Dimensies van toegankelijkheid en (mogelijke) veranderingen daarin zijn onder meer:

- (1) Statisch/dynamisch: ICT leent zich voor nieuwe wijzen van presenteren van informatie. Zo kan het rangschikken van informatie dynamisch geschieden, afhankelijk van bijvoorbeeld degene die de informatie bekijkt, en kan multimediale informatie worden geïntegreerd. Een voorbeeld van een (mogelijke) toepassing in de context van geschiloplossing is het creëren van dossiers die dynamisch vanuit verschillende plaatsen kunnen worden bijgehouden en geraadpleegd.
- (2) Tekst/hypertext: toegang tot informatie in papieren archieven en bibliotheken is minder flexibel dan toegang tot informatie in elektronische vorm. De introductie van *hypertext* heeft de mogelijkheid tot onmiddellijke navigatie naar andere informatie-entiteiten geopend. De toepassing van hypertext is gemeengoed geworden door met name de introductie van het web (en het grootschalige gebruik van de *hyperlink*). In de context van geschiloplossing is het fenomeen uiteraard vooral te vinden in online geschiloplossing. Maar ook de enorme groei van digitale juridische informatiediensten heeft het gebruik van hypertext doen toenemen. Hypertext (tegenwoordig hyperlinks) kunnen gebruikt worden om de onderlinge verbanden tussen juridische documenten zichtbaar te maken.
- (3) Gebonden/vrij zoeken: de traditionele ontsluiting van informatie met behulp van inhoudsopgave, index en kaartenbak zijn aangevuld door de komst van information=retrievaltechnieken die ofwel via vrije tekst of via een thesaurus toegang

verschaffen tot grote hoeveelheden informatie. Traditionele ontsluiting van informatie verliep op gezag van bibliothecarissen via kaartenbakken, waarin elke bron op basis van bepaalde ingangen werd gerubriceerd en ontsloten. Een ingang als auteur of titel is objectief vaststelbaar. De rubricering op basis van trefwoorden echter heeft een sterk normatief element: de bibliothecaris bepaalt dan waar een boek 'over gaat'. De introductie van vrij zoeken heeft dat normatieve element weggenomen. Dat heeft als gevolg dat een ieder vrij is te zoeken op elk gewenst trefwoord. De nadelen hiervan zijn: ten eerste een potentieel veel groter aantal zoekresultaten, en ten tweede het niet automatisch aan elkaar verbinden van verwante trefwoorden. Overigens bestaat gerubriceerd zoeken in het ICT-tijdperk nog altijd, en levert dat (tot op zekere hoogte) een oplossing voor deze twee nadelen op.

- (4) Toegankelijkheid in tijd en plaats: informatie- en communicatiediensten worden toegankelijk en eventueel bruikbaar op afstand. Daarnaast kan de toegankelijkheid 'in de tijd' toenemen omdat informatiediensten de klok rond zonder personeel blijven werken, of omdat de diensten gecentraliseerd worden en daardoor gemakkelijker te 'bemensen' zijn. In de context van geschiloplossing kan deze vergrote toegankelijkheid eveneens gelden, met name voor geautomatiseerde klachtafhandeling.
- (5) Mono-/multimodaliteit: door digitalisering (en bijgevolg door convergentie) kunnen via één kanaal verschillende vormen van informatie worden gepresenteerd: tekst, beeld en geluid kunnen bijvoorbeeld de communicatie over een geschil faciliteren. Hierdoor zijn multimediale presentaties mogelijk over bijvoorbeeld de gebeurtenissen die tot een geschil leidden. Civiele of arbitrale gedingen met een vrij 'technische' inslag kunnen hierdoor worden ondersteund met presentaties die het inzicht van de partijen en van de geschiloplosser in de materie vergroten.

Als nieuwe mogelijkheden binnen toegankelijkheid vallen onder meer nieuwe presentatiemogelijkheden (hypertext, multimedia), nieuwe zoekmethoden (algemene zoekmachines, specifieke zoekmethoden voor databanken), verruiming van virtuele openingstijden, en toegankelijkheid op afstand.

Beoordeling – Het potentieel aan veranderingen in de beoordeling van informatie en diensten door de introductie van ICT is groot. Zo kan de vermindering van persoonlijk contact tot een andere waardering van personen leiden. Beoordeling van informatie kan meer gericht worden op de inhoud (Mommers 2003). Tegelijkertijd is de apaiserende invloed van persoonlijk contact afwezig, waardoor de beoordeling ook 'agressiever' kan worden: de figuurlijke afstand tussen informatieaanbieders en informatiegebruikers neemt toe, waardoor de uitwisseling van argumenten snel kan leiden tot onenigheid. Diezelfde afstand kan ook leiden tot apathie en onverschilligheid ten aanzien van dat-

gene wat beoordeeld moet worden. Dimensies van beoordeling, en (mogelijke) veranderingen daarin, zijn onder meer:

- (1) Nabijheid/distantie: het eventuele ontbreken van persoonlijk contact kan de distantie van de geschiloplosser ten opzichte van de partijen vergroten. Dat zou een meer inhoudelijke beschouwing van het geschil mogelijk kunnen maken: de al eerder (in noot 135) genoemde ‘virtuele blinddoek’ voor de geschiloplosser. Voorzover dat niet mogelijk is, kan in elk geval de *schijn* van een grotere onpartijdigheid worden gewekt.
- (2) Profijt van toegankelijkheid: de toegenomen toegankelijkheid van bronnen kan leiden tot een zorgvuldiger afweging van belangen bij de beoordeling van een geschil. De informatie benodigd voor de adequate oplossing van een geschil kan gemakkelijker worden verkregen via informatiediensten en virtuele netwerken voor kennisdeling. Dat geldt zowel voor degenen die een geschil hebben en daarvoor een adequate methode of institutie zoeken, als voor de geschiloplosser zelf, die zijn kennis desgewenst kan bijspijkeren.
- (3) Individueel/collectief: het samenbrengen van verschillende geschiloplossers, deskundigen en partijen wordt gemakkelijker gemaakt door de mogelijkheid van virtueel contact (met synchrone en asynchrone communicatiemiddelen). Multidisciplinaire teams kunnen een conflict vanuit een bredere achtergrond beoordelen.
- (4) Democratisering van informatie en beoordeling: de beoordeling van met name geschiloplossende instanties wordt in beginsel laagdrempeliger doordat partijen via feedbacksystemen en internetfora hun ervaringen kunnen delen. Daarmee komt er een alternatief voor geïnstitutionaliseerde informatie van en beoordeling door bijvoorbeeld consumentenorganisaties, beroepsorganisaties van geschiloplossers en overheden.

Beoordeling van diverse aspecten van geschiloplossing kan gemakkelijker geschieden via internetfora. Zo kan de kwaliteit van methoden, procedures en personen worden ingeschat door mensen die een bepaalde methode van geschiloplossing overwegen.¹³³

5.3 Scenario's voor virtualisering van geschiloplossing

Hieronder bespreek ik scenario's voor de virtualisering van geschiloplossing met behulp van ICT-hulpmiddelen. In de vorige paragraaf schetste ik ook enkele scenario's, als voorbeelden bij de verschillende dimensies van functionele verandering onder invloed van ICT. In deze paragraaf bespreek ik de mogelijk positieve en negatieve effecten van verschillende vormen van virtualisering op de mate waarin aan de verschillende geclus-

133. Zie ook Mommers te verschijnen.

terde randvoorwaarden uit paragraaf 4.4 wordt voldaan. Omdat de aantallen randvoorwaarden en scenario's aanzienlijk zijn, heb ik de scenario's en hun effecten in tabelvorm weergegeven.

| Randvoorwaarden | Scenario's met positieve effecten | Scenario's met negatieve effecten |
|-------------------------------------|--|--|
| Openbaarheid en transparantie | <p>(1) Laagdrempelige individuele en massacommunicatie, waardoor informatie gemakkelijk verstrekt kan worden aan partijen en andere belanghebbenden, en betrokkenen gemakkelijk met elkaar kunnen communiceren;</p> <p>(2) nieuwe presentatiemogelijkheden, die het mogelijk maken informatie op zodanige wijze te structureren en te verbeelden dat deze beter toegankelijk wordt;</p> <p>(4) gemakkelijker toegang tot relevante informatie door de aanwezigheid van zoekdiensten.</p> | <p>(1) Gebrek aan selectiviteit in het verstrekken van informatie;</p> <p>(2) onbekendheid met nieuwe technologie kan leiden tot een ineffectief gebruik ervan, zodat per saldo de effectiviteit van bijvoorbeeld voorlichtingsmaterialen afneemt;</p> <p>(3) de deskundigheid die vooralsnog vereist is om inzicht te verkrijgen in (toepassingen van) technologie, maakt de transparantie daarvan beperkt.</p> |
| Beschikbaarheid en toegankelijkheid | <p>(1) 'Virtuele openingstijden' kunnen worden verruimd;</p> <p>(2) de toegankelijkheid van geschiloplossingsdiensten kan worden vergroot door toegang en gebruik op afstand mogelijk te maken;</p> <p>(3) de toegankelijkheid neemt toe door lagere financiële drempels als gevolg van kostenbesparingen op bijv. reiskosten en kantoorroimte.</p> | <p>(1) De beschikbaarheid van diensten wordt afhankelijk(er) van een ICT-infrastructuur;</p> <p>(2) het gebruik van een ICT-infrastructuur kan drempels opwerpen voor mensen die geen toegang hebben tot of kennis hebben bepaalde ICT-producten of -diensten.</p> |
| Vertrouwelijkheid | <p>(1) Vertrouwelijke communicatie kan worden gegarandeerd door de toepassing van fysieke beveiligingen en encryptie;</p> <p>(2) de vertrouwelijkheid van de communicatie kan afhankelijk worden gemaakt van bepaalde onderwerpen en van de partijen die communiceren (<i>caucus</i>-achtige arrangementen zijn mogelijk);</p> | <p>(1) De toepassing van nieuwe en complexe technologie maakt de kans op fouten groter, waardoor de vertrouwelijkheid van communicatie op afstand en van gevoelige gegevens minder goed gewaarborgd kan worden dan met meer ingeburgerde technologieën zoals kluisen en sloten.</p> |

| Randvoorwaarden | Scenario's met positieve effecten | Scenario's met negatieve effecten |
|---|---|--|
| Integriteit, onafhankelijkheid en onpartijdigheid | <p>(3) nauwkeurig bepaalde toegang tot elektronische dossiers wordt mogelijk, ook op afstand, en door verschillende partijen.</p> <p>(1) Mogelijkheid van al dan niet geautomatiseerde 'feedback'-systemen, waarop partijen hun oordeel kunnen geven over deze kenmerken van de geschiloplossende instituties en personen;</p> <p>(2) de zoekmogelijkheden op het internet in het algemeen, waardoor de gangen van een persoon vaak (zij het ongestructureerd) kunnen worden nagegaan;</p> <p>(3) registers waarin de cv's en nevenfuncties van geschiloplossers, en eventueel de door hen behandelde zaken worden opgenomen;¹³⁴</p> <p>(4) de (concern)relaties van een geschiloplossende institutie inzichtelijk te maken;</p> <p>(5) geschiloplossing onder anonimering van partijen, waardoor eventuele 'bias' van de geschiloplosser kan worden verminderd of weggenomen;¹³⁵</p> <p>(6) geschiloplossing onder anonimering van de geschiloplosser, waardoor eventuele manipulatiemogelijkheden door kennis van de geschiloplosser voor partijen verminderd worden.</p> | <p>(1) Op afstand zou het karakter (inclusief de integriteit) van een persoon lastiger te beoordelen kunnen zijn dan in direct persoonlijk contact;</p> <p>(2) Manipulatie van allerlei online beoordelingsmechanismen voor integriteit, onafhankelijkheid en onpartijdigheid is mogelijk.</p> |
| Authenticiteit | <p>(1) Garantie van authenticiteit door gebruik van een public-key infrastructuur samen met encryptie van documenten en communicatie;</p> | <p>(1) Bij het falen van authenticatiemechanismen is de identiteit van een instituut of persoon waarmee op afstand wordt gecommuniceerd nauwelijks vast te stellen.</p> |

134. Dergelijke registers bestaan al voor de rechterlijke macht; over hun functioneren kan getwist worden (zie noot 158).

135. Een 'virtuele blinddoek' voor Vrouwe Justitia.

| Randvoorwaarden | Scenario's met positieve effecten | Scenario's met negatieve effecten |
|------------------------|---|---|
| Flexibiliteit | <p>(2) verspreiding van gewone documenten via elektronische weg via dezelfde infrastructuur, met verzekering van de authenticiteit door de geschilplossende instantie of een van de partijen.</p> <p>(1) Gebruik van middelen voor asynchrone communicatie (zoals e-mail en web-gebaseerde communicatiefora);</p> <p>(2) gebruik van middelen voor synchrone communicatie op afstand (zoals telefonie, chat);</p> <p>(3) 'work flow'-systemen die bij de geschilplossing ook rekening kunnen houden met de agenda's van de deelnemers;</p> <p>(4) inschakeling van terzake deskundigen of van andere geschilplossers bij uitval;</p> <p>(5) elektronische dossiers die gemakkelijker overdraagbaar zijn en van afstand zijn te raadplegen</p> | <p>(1) Het gebruik van ICT houdt veelal het inperken van bepaalde mogelijkheden in: categorieën die in het systeem niet gekozen kunnen worden, zijn uitgesloten van gebruik;</p> <p>(2) veiligheidsbelangen en de afhankelijkheid van ICT-deskundigen kunnen de gebruiksmogelijkheden van ICT-systemen beperken en daarmee de flexibiliteit van hun inzet doen afnemen.</p> |
| Snelheid en tijdigheid | <p>(1) Vermindering van de reisduur benodigd voor de geschilplossing door minder vaak of niet fysiek bij elkaar te komen;</p> <p>(2) efficiëntere werkwijze door gemakkelijkere uitwisseling van gegevens en directe beschikbaarheid van stukken;</p> <p>(3) planningssystemen en 'work flow'-management kunnen de voltooiing van de geschilplossing bespoedigen.</p> | <p>(1) Fysieke aanwezigheid kan processen vaak aanzienlijk bespoedigen ten opzichte van de situatie waarin op afstand een proces aangestuurd wordt;</p> <p>(2) de nauwkeurig vastgelegde systematiek van veel ICT-toepassingen kan leiden tot overbodige processtappen en onnodig werk, en daarmee tot vertraging.</p> |
| Kostenefficiëntie | <p>(1) Uniforme rekenmethoden en gegevens van geschiloplossingen uit het verleden kunnen aan potentiële partijen in een geschilplossing een ijkpunt verschaffen;</p> <p>(2) dergelijke gegevens kunnen centraal of decentraal bekend worden gemaakt;</p> | <p>(1) Specifieke (op maat gemaakte) ICT-oplossingen vergen vaak aanzienlijke investeringen, en de kosten moeten vooralsnog worden gedragen door pioniers in bijvoorbeeld online geschilplossing; dit kan drempelverhogend werken en de mogelijke kosten-</p> |

| Randvoorwaarden | Scenario's met positieve effecten | Scenario's met negatieve effecten |
|-----------------|--|--|
| Deskundigheid | <p>(3) tariefgegevens en tariefsystemen kunnen gemakkelijk gepubliceerd worden (uurtarief, tarief per geschiloplossing, 'no cure no pay').</p> <p>(1) Het is mogelijk (virtuele) netwerken van specialisten op het gebied van het geschil in te schakelen;</p> <p>(2) het faciliteren van de toegang tot informatiesystemen kan van nut zijn bij het beoordelen of oplossen van een geschil;</p> <p>(3) het gebruik van voornoemde beoordelingssystemen kan als motivatie dienen voor het 'bijspijkeren' van relevante kennis.</p> | <p>besparingen door besparing op bijvoorbeeld reiskosten tenietdoen.</p> <p>(1) Beschikbaarheid van online informatiediensten kan ertoe leiden dat geschiloplossers minder kennis direct paraat hebben.</p> |
| Bejegening | <p>(1) De bereikbaarheid kan worden verbeterd door duidelijke contactgegevens en -tijden te publiceren;</p> <p>(2) informatie kan online geplaatst worden om bijvoorbeeld de meest voorkomende vragen te kunnen beantwoorden;</p> <p>(3) doorverwijzing naar deskundige personen kan beter geschieden wanneer deskundheidsgebieden op een rij staan, en telefonisten en baliemedewerkers informatiesystemen kunnen raadplegen;</p> <p>(4) voorzover onder 'bejegening' ook de interactie tussen cliënten en ICT-systemen wordt verstaan, kan deze verbeterd worden door de kwaliteit van deze interactie te verbeteren (met als ijkpunten o.m. het gemak waarmee antwoorden op vragen worden teruggevonden en het gemak waarmee bepaalde functies van de ICT-systemen kunnen worden gebruikt).</p> | <p>(1) ICT-systemen laten het vinden van bepaalde informatie en diensten in hoge mate aan de gebruiker over: waar een persoonlijk contact bij een instelling direct een vraag zou kunnen beantwoorden, moet een bezoeker van een website zelf nagaan hoe de informatie gestructureerd is;</p> <p>(2) het aanslaan van de juiste toon is lastiger met een geautomatiseerd systeem dan bij persoonlijk contact, omdat er vrijwel geen aanpassing van die toon mogelijk is op basis van de inhoud van de (geautomatiseerde) interactie;</p> <p>(3) ICT-systemen kunnen lastig te bedienen zijn; de grens tussen bijvoorbeeld problemen met de eigen netwerktoegang (internet thuis) en een specifieke website is moeilijk te trekken voor de gebruiker.</p> |

| Randvoorwaarden | Scenario's met positieve effecten | Scenario's met negatieve effecten |
|-----------------|---|--|
| Rechtseenheid | (1) Het opzetten van (semi-)openbare registers waarin de uitkomsten worden gegeven van geschiloplossingen, samen met de belangrijkste kenmerken van de zaken; (2) de instelling van een 'toezicht-houder' voor eenheid van alternatieve geschiloplossing. ¹³⁶ | (1) Laagdrempelige toegang tot de uitkomsten van geschillen kan instellingen en individuen kopschuwen maken bij het beschikbaar stellen van dergelijke informatie. ¹³⁷ |
| Afdwingbaarheid | (1) Nieuwe methoden van sancti-nering, zoals de openbaarmaking van bepaalde feiten via waarschu-vingen en feedbackprofielen van personen of instituties kunnen een effectieve stok achter de deur zijn bij het effectueren van een oplossing voor een geschil; (2) inning van een schadevergoe-ding, volgens een contractuele re-latie, door waarborgconstructies, zoals credit-cardrekeningen die aan veilingssites verbonden zijn, of speciale deposito's; ¹³⁸ (3) mogelijk maken van het ver-krijgen van een executoriale titel bij mediation of online alterna-tieve geschiloplossing. | (1) Aangezien online alternatieve geschiloplossing in een flink aantal gevallen zich juist afspeelt tussen partijen in verschillende jurisdicties, zal dit de afdwing-baarheid doorgaans niet ten goede komen; dit hangt echter samen met de nieuwe typen conflicten die zich voordoen als gevolg van online dienstverle-ning. |

Tabel 2. Gevolgen van virtualisering voor de randvoorwaarden uit paragraaf 4.4.

136. De toezichtfunctie kan worden gerealiseerd door bijzondere bevoegdheden met betrekking tot de aanwezigheid bij geschiloplossingsprocedures, en de bevoegdheid tot openbaarmaking van eventuele misstanden en ongerechtvaardigde verschillen, en is analoog aan de toezichtfuncties van de Raad voor de Rechtspraak en het College van Procureurs-Generaal. De instelling van zo'n toezichthouder staat in schril contrast met de contractsvrijheid die aan de basis ligt van veel vormen van alternatieve geschiloplossing. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming moet echter ook worden toegezien op de daadwerkelijke (machts)verhouding tussen partijen in een geschil, die vaak asymmetrisch zal zijn.

137. Iets dergelijks is zichtbaar in de omgang met uitspraken in de overheidsrecht-spraak. Nu deze uitspraken beschikbaar kunnen worden gemaakt via internet (www.rechtspraak.nl), besluiten individuele gerechten over de vraag of een uitspraak 'relevant' is. Als argument wordt naast de relevantie de last van het anonimiseren gebruikt.

138. Een voorbeeld van een dergelijke waarborgconstructie is te vinden bij www.tripledeal.com.

In de navolgende paragrafen komen de consequenties aan de orde van virtualisering voor de positie van de geschiloplosser en voor de rol van reputatie in geschiloplossing.

5.4 Virtualisering en de positie van de geschiloplosser

Bij de meeste vormen van alternatieve geschiloplossing is een belangrijke rol weggelegd voor een (onafhankelijke) derde, die de partijen tot elkaar brengt of die een knoop doorhakt. De gereedschappen die (potentiële) partijen in een conflict in handen krijgen door virtualisering, zoals mogelijkheden om elkaars betrouwbaarheid te beoordelen, maken het waarschijnlijk dat de behoefte aan bemoeienis van een derde zal afnemen, of dat op z'n minst de rol van die derde zal veranderen. Tegelijkertijd komt de techniek als 'vierde partij' om de hoek kijken.¹³⁹ Dit betekent voor de legitimiteit van geschiloplossing vooral een herijking van de betrouwbaarheidscriteria. Deze zijn immers geënt op de aanwezigheid van een onpartijdige derde, en een eventuele institutionele omgeving waarin deze derde functioneert. Toch kunnen deze criteria ook een rol spelen in situaties waarin geen geschiloplosser (althans *in personam*) aanwezig is.

De functie van betrouwbaarheidscriteria betreft immers het bereiken van legitieme geschiloplossing door te voldoen aan procedurele vereisten. Plaatsen we deze criteria bijvoorbeeld in de context van een geautomatiseerd geschiloplossingssysteem zoals dat van SquareTrade, dan gelden deze onverkort. Als een deel van de expertise van een geschiloplosser is vastgelegd in procedures die door een geautomatiseerd systeem worden gevolgd, geldt nog steeds dat de onafhankelijkheid gewaarborgd moet zijn van de organisatie die de methode van geschiloplossing biedt, dat de geïmplementeerde procedures de onpartijdigheid van het systeem moeten garanderen, en die procedures daarnaast moeten getuigen van deskundigheid en zorgvuldigheid.

Lodder breidt de notie van de 'fourth party' verder uit met een 'fifth party'.¹⁴⁰ Het gaat dan, naast de technologie, om de organisatie door wie die technologie wordt aangeboden. Waar normaliter een geschiloplosser vanuit een institutionele context zal opereren (tenzij het om een zelfstandig gevestigde geschiloplosser gaat), geldt nu dat de technologie vanuit een dergelijke institutionele context zal worden aangeboden. Zo treedt dus een verdubbeling op van de toepasselijkheid van de betrouwbaarheidscriteria: waren eerst het functioneren van de geschiloplosser en zijn institutionele context in het geding, nu gaat het om de technologie en de institutionele context van waaruit deze gebruikt wordt.

In een 'SquareTrade-scenario', dus in de situatie waarin partijen met geautomatiseerde hulp proberen een conflict op te lossen, zijn ook de aanvaardbaarheidscriteria van belang, met wellicht één uitzondering. Rationaliteit, wederkerigheid en instemming zul-

139. Katsh en Rifkin 2001.

140. Lodder te verschijnen.

len alledrie de aanvaardbaarheid van de geautomatiseerd ondersteund totstandgekomen oplossing bevorderen. Legaliteit van de oplossing hoeft geen rol van betekenis te spelen. Het belang van een centraal bepaald rechtssysteem wordt op de korrel genomen door Ellickson (1991). Hij maakt in een deels empirisch onderzoek naar de geschiloplossing in verband met geschillen over loslopend vee in Shasta County, Californië de kachel aan met de veronderstelling dat het recht 'ertoe doet': de *case= study* toont aan dat sociale normen de geldende rechtsregels opzij kunnen zetten, of liever gezegd: kunnen negeren.

Ellickson introduceert een model van sociale controle dat uit drie lagen bestaat. De eerste laag betreft controle door de handelende persoon zelf, vanuit een soort van 'persoonlijke ethiek', waarop een 'sanctie' zoals spijt mogelijk is. De tweede laag betreft de controle door de andere partij, bijvoorbeeld de contractpartner. Sancties zoals terechtwijzingen en tegenstappen (zoals niet betalen, niet leveren) zijn hier mogelijk. De derde laag betreft controle door derde partijen. Hieronder vallen gedragingen in sociale omgevingen (zoals roddelen, met mogelijke consequenties zoals mensen die niet langer zaken willen doen met degene over wie geroddeld wordt), binnen organisaties (organisatorische sancties zoals berispingen en overplaatsingen), en van de overheid (gebruik van het juridische systeem).¹⁴¹

De auteur onderscheidt daarnaast vijf typen regels. *Substantive rules* bepalen welk gedrag en welk nalaten gesanctioneerd moet worden. *Remedial rules* bepalen welke sanctie wordt gehanteerd. *Procedural rules* geven aan op welke manier gehandeld moet worden voordat sancties mogen worden gehanteerd. *Constitutive rules* bepalen de structuur van de instituties die sancties opleggen. *Controller-selecting rules*, ten slotte, geven aan hoe een passende persoon of institutie wordt gekozen, die eventueel sancties kan gaan opleggen. Door deze regels wordt de keuze gemaakt tussen bijvoorbeeld een institutie die een 'sociale sanctie' (een publieke berisping) oplegt en bijvoorbeeld overheidsrechtspraak.

De reden om deze korte weergave van Ellickson's model te geven, is te vinden in het belang van het model voor het bepalen van de meest waarschijnlijke richting waarin 'zichzelf organiserende' geschiloplossing zal verlopen. De ontwikkeling van internet als marktplaats, waar mensen die elkaar niet kennen met elkaar handelen, stelt nieuwe eisen aan effectieve voorkoming en oplossing van geschillen. Om die te bereiken, moet ook effectief gebruik worden gemaakt van sancties. Maar onder het motto: 'voorkomen is beter dan genezen' zou daarnaast optimaal gebruik moeten worden gemaakt van mechanismen die personen tot normconform gedrag aanzetten. Als zogenaamde 'normatieve prikkels' (*normative incentives*) onderscheidt Rasmussen de volgende verschijnselen: schuldgevoel en trots, respect en afkeuring, en schaamte.¹⁴²

141. Ellickson 1991, p. 123-132.

142. Rasmussen 2005, p. 508. Omdat ik met deze overgenomen opsomming aan de rand van het onderwerp van dit onderzoek terecht ben gekomen, ga ik niet verder in op de achtergrond van deze indeling, en op de discussie die daarover in de literatuur bestaat. Ik verwijs hiervoor graag naar Rasmussen 2005.

Deze normatieve prikkels zijn niet gelijk aan sancties: ze zijn meer het *resultaat* van sancties, of *interne* sancties. Zo kan het resultaat van een publieke berisping (een sanctie) heel goed een gevoel van schaamte zijn bij degene die berispt wordt. Dat laatste is de normatieve prikkel die het gevolg is van de sanctie. Naast deze normatieve prikkels bestaat er natuurlijk de prikkel van eigen (financieel) verlies of gewin. Financiële sancties gaan lang niet altijd gepaard met de (negatieve) normatieve prikkels die zouden kunnen optreden. Zo lijken verkeersboeten vaak meer als een belasting te worden gezien dan als punitieve sanctie, en zijn er maar weinig mensen die zich schamen voor het begaan van een verkeersovertreding (als deze geen direct gevolg heeft, een ongeluk bijvoorbeeld). Overigens gaat ook de overheid mee in dit verminderen van normatieve prikkels door de handhaving van veel verkeersvoorschriften uit het strafrecht over te brengen naar het bestuursrecht (vgl. de Wet Mulder¹⁴³).

De meest voor de hand liggende vorm van sanctionering lijkt een financiële sanctie te zijn – voorzover we naar geschiloplossing in de vermogenssfeer kijken. Voorzover een dergelijke sanctie (a) een bevredigende oplossing biedt voor de andere partij, en (b) in voorkomende gevallen leidt tot een meer algemeen normconform gedrag, zodat geen gelijksoortige geschillen meer ontstaan, dan is een financiële sanctie effectief. De effectiviteit kan echter sterk worden vergroot door de financiële sanctie vergezeld te laten gaan van normatieve prikkels. Dat is in een virtuele context met name mogelijk door gebruik te maken van reputatiesystemen. De hierboven genoemde interne sancties trots, respect en afkeuring en schaamte zijn in beginsel mogelijk wanneer de anonimiteit in een internetgremium plaatsmaakt voor een situatie waarin deelnemers hun goed- en afkeuring voor het handelen van anderen kunnen laten blijken.

5.5 Virtualisering en reputatie

In Mommers (te verschijnen) wordt uitgelegd hoe structurele feedback een belangrijk mechanisme kan vormen in de beoordeling van methoden en instituties voor geschiloplossing. Daarnaast kunnen partijen *elkaar* beoordelen. Het belang van de informatie die daaruit voortvloeit, heeft een breder belang dan alleen voor de partijen en de geschiloplosser. Andere personen kunnen uit deze informatie opmaken of zij met een bepaalde partij in zee moeten gaan of niet. Ellickson benadrukt dat computerdatabanken – afgezien van onder meer de privacy-risico's die eraan kleven – een belangrijke bron van reputatie-informatie kunnen zijn.¹⁴⁴ Daarmee kan opportunistisch gedrag worden voorkomen in bijvoorbeeld internetgemeenschappen.

In kleinere gemeenschappen fungeren sociale netwerken als medium voor reputatie-informatie. In normale taal: in kleine gemeenschappen wordt gepraat over (vermeend)

143. Wet Administratiefrechtelijke Afhandeling Verkeersvoorschriften.

144. Ellickson 1991, p. 285-286.

wangedrag, en dat is waardevol bij het in de hand houden van mensen die zich anders te buiten zouden gaan aan opportunistisch gedrag.¹⁴⁵ Nog populairder gezegd: roddelen is nuttig, en de institutionalisering van roddel kan buitengewoon effectief zijn bij het voorkomen van geschillen. In veel gevallen is dat wenselijk. Dat is bijvoorbeeld het geval indien het voorkomen van een geschil voor beide partijen goedkoper is dan het laten ontstaan en oplossen ervan. In sommige gevallen zal de ene partij te veel concessies moeten doen om een geschil te voorkomen, en kan met reden worden gesteld dat het laten ontstaan en het oplossen van een geschil *wel* wenselijk is.¹⁴⁶

In de gevallen waarin preventie wenselijk is, of waarin een sanctie (anders dan, of in aanvulling op, een financiële sanctie) nodig is, kan een beroep worden gedaan op sancties die normatieve prikkels activeren. Die zijn er in velerlei gedaanten. Ik noem er een aantal die gebruikt kunnen worden in een virtuele (ICT) omgeving: openlijke berisping, openbaarmaking van bepaalde gedragingen, negatieve feedback, verlaging van status- en betrouwbaarheidsindices en intrekking van privileges. Vooral in virtuele gemeenschappen kunnen ingrepen in de status van een lid verstrekende consequenties hebben. Bij een online veiling kan de klandizie afnemen (en daarmee de prijs van de aangeboden items), bij inhoudelijk georiënteerde discussiefora kan het ertoe leiden dat het lid niet meer serieus wordt genomen, of wordt 'uitgestoten'.

Bij het gebruik van dergelijke sancties maak ik drie kanttekeningen. Ten eerste is de betrouwbaarheid van reputatiesystemen in hoge mate afhankelijk van de manier waarop gebruikers worden geregistreerd. Als inschrijving anoniem verloopt, kan iedereen die onder opgelegde sancties lijdt, opnieuw beginnen door een nieuw account aan te maken. Oplossingen daarvoor bestaan, maar maken de drempels voor deelname hoger. Ten tweede bestaat het risico dat het sanctiesysteem andere belangen schaadt, zoals vrijheid van meningsuiting. Zo kunnen de reactiemogelijkheden van nieuwe leden in een forum beperkt worden, totdat zij een voldoende reputatie hebben opgebouwd. Ten derde zijn geautomatiseerde systemen vatbaar voor manipulatie als de inrichting en het gebruik ervan niet met waarborgen zijn omkleed. De mogelijkheden voor manipulatie zijn legio, en omvatten onder meer de verkoop van feedbackprofielen en groepsgewijze positieve beoordeling van elkaar.

Deze kanttekeningen maken duidelijk dat toepassing van feedbacksystemen verstrekende gevolgen kan hebben voor de gebruikers ervan. Het is niet eenvoudig aan te geven hoe een feedbacksysteem zo kan worden ingericht dat deze gevolgen in redelijkheid worden beperkt. Wel kan worden gesteld dat voor het functioneren van zo'n systeem in beginsel dezelfde (legitimiteits)criteria gelden als voor geschiloplossing. Waarom 'in

145. Ellickson 1991, p. 232-233.

146. Ik ga voorbij aan de rechtseconomische overwegingen die hierbij een rol spelen. Voor een inleiding in de rechtseconomie, zie Van Velthoven en Van Wijk 2001.

beginsel'? Omdat de toepasselijkheid van criteria voor geschiloplossing eigenlijk alleen gesteld kan worden voorzover het doel van het feedbacksysteem geschiloplossing is, of in het verlengde ligt daarvan (voorkoming van geschillen).

Welke rol kan feedback spelen in een omgeving voor geschiloplossing? Die vraag kan mede beantwoord worden aan de hand van een aantal voorvragen, die betrekking hebben op de inhoud van de feedback, en op de wijze waarop deze gebruikt wordt. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat de feedback van de partijen in een geschil uitsluitend betrekking heeft op de geschiloplossende institutie. Ten eerste: wordt de feedback openbaar gemaakt; ten tweede: wordt de feedback op een of andere manier verwerkt ('veredeld' tot bijvoorbeeld meer algemene informatie); ten derde: welke onderwerpen betreft de feedback; ten vierde: welke informatie wordt geboden tijdens het geven van feedback; en ten vijfde: in welk type geschiloplossing wordt het feedbackmechanisme gebruikt? (Mommers, te verschijnen)

Openbaarmaking van feedback kent risico's en kansen. Kritische gebruikers kunnen potentiële gebruikers van nuttige informatie en van oordelen voorzien over personen, instituties en werkwijzen. Risico's die dit met zich meebrengt, zijn het gevaar van rancuneuze uitingen, en het bekend worden van vertrouwelijke informatie. Daarom zal de feedback in alle gevallen door een redacteur moeten worden gecontroleerd en zo nodig worden aangepast. Dat is een taak die door een onafhankelijke partij moet worden verricht, omdat anders het risico van manipulatie van de feedback bestaat. Bovendien moet worden afgewogen op welk moment de feedback openbaar wordt gemaakt, nu een vroeg moment van openbaarmaking het verloop van de geschiloplossing kan beïnvloeden.

Veredeling van feedback houdt risico's en kansen in die vergelijkbaar zijn met die van openbaarmaking. In dit geval wordt de feedback niet alleen geanonimiseerd, maar ook verwerkt tot meer algemene oordelen over specifieke (kwaliteits)criteria. Deze verwerking maakt, vanwege het normatieve karakter ervan, de betrokkenheid van een onafhankelijke partij nog belangrijker. Veredeling zorgt ervoor dat individuen veel sneller een inschatting kunnen maken van de inhoud van beoordelingen. Bestaande feedbacksystemen hebben meestal betrekking op producten. De beoordelingen zijn afkomstig van consumenten. Veredeling vindt automatisch plaats door de consumenten een aantal kenmerken op een intervallschaal te laten kiezen, en daarvan gemiddelden te tonen. Aangezien de achtergronden van consumenten tot op grote hoogte kunnen verschillen, zijn die gemiddelden zelden informatief. Aanpassing van het oordeel op basis van de achtergrond van de feedbackgebruiker is dan gewenst.¹⁴⁷

Onderwerpen die geëvalueerd zouden kunnen worden, zijn bijvoorbeeld de criteria

147. Zo is informatie over kwaliteit van een camera van een beginnende amateurfotograaf van weinig waarde voor een professionele fotograaf. Analoog daaraan kan het oordeel over een mediator in een scheidingszaak van relatief weinig belang zijn voor iemand die een mediator zoekt voor een conflict over een verbouwing.

die als basis dienden voor de kwaliteitsmeting in het Project Kwaliteit (2002) voor de rechtspraak in Nederland, zoals (1) onpartijdigheid en integriteit, (2) deskundigheid, (3) bejegening, (4) rechtseenheid en (5) snelheid en tijdigheid. Enkele van deze criteria kwamen ook al aan de orde als legitimiteitscriteria. De operationalisering van kwaliteitscriteria kan dus ook nuttig zijn voor de operationalisering van legitimiteitscriteria. Ook bij dergelijke criteria geldt dat de subjectiviteit van de feedback in het voordeel kan werken van de gebruiker van de (al dan niet veredelde) feedback door bij het selecteren of tonen van relevante gegevens rekening te houden met de invalshoek van de gebruiker (de context, in termen van specifieke informatiebehoeften).

Het vragen van feedback heeft meer zin als cliënten goed op de hoogte zijn van wat ze wel en niet mogen verwachten van bijvoorbeeld een specifieke vorm van geschiloplossing. Als zij daarvan niet op de hoogte zijn, kan de feedback sneller beledigend of irrelevant worden. Om dit te voorkomen, is informatie over bijvoorbeeld de procedurele eigenschappen van een bepaalde vorm van geschiloplossing van belang.

Welke typen geschiloplossing en welke typen conflicten lenen zich het meest voor het gebruik van feedback? Het lijkt erop dat de toepassing van feedbacksystemen minder past bij traditionele vormen van geschiloplossing (m.n. overheidsrechtspraak). Aan de ene kant zijn de belangen groter (er is een grotere kans op reputatieschade voor een gevestigd systeem), en aan de andere kant geniet overheidsrechtspraak een grotere bekendheid, waardoor de behoefte aan een feedbacksysteem minder groot is.¹⁴⁸ Bovendien is de mogelijkheid tot forumkeuze natuurlijk buitengewoon beperkt. Kennis van een nieuwe of onbekende (en vrijwillig te gebruiken) methode van geschiloplossing is vaak noodzakelijk om die methode te accepteren.

Feedbacksystemen lijken dus bij uitstek geschikt om nieuwe en onbekende vormen van geschiloplossing toegankelijker te maken voor potentiële gebruikers. Met dergelijke feedback kan een potentiële gebruiker zich een beter beeld vormen van de werking en de mogelijke voor- en nadelen. Wanneer het feedbacksysteem zich niet richt op de geschiloplossende institutie, maar op de andere partijen in geschillen, dan ontstaat een andere situatie. In het eerste geval zullen de partijen zelf doorgaans weinig gevolgen ondervinden van de inhoud van hun feedback. In het tweede geval kunnen deze gevolgen wel optreden.

Gevolgen van de inhoud van feedback treden op indien de feedback binnen een gemeenschap openbaar is, en indien de feedback ten opzichte van die gemeenschap niet 'geanonimiseerd' is. Het bekendste voorbeeld van openbare en aan gebruikers gekoppelde feedback is te vinden in eBay, waar aanbieders en kopers hun feedback met zich

148. Overigens is het maar de vraag of er werkelijk zoveel kennis bestaat over het fenomeen overheidsrechtspraak, nu de kennis doorgaans niet verder reikt dan over datgene wat substantiële media-aandacht krijgt: de strafrechtspraak.

‘meedragen’. Gedeeltelijke anonimisering is daar bereikt door anonieme gebruikersnamen mogelijk te maken. Overigens kunnen de bijbehorende profielen aangevuld worden met niet-anonieme informatie; een methode om het vertrouwen van kopers te vergroten.

Een groot risico dat is verbonden aan de opkomst van laagdrempelige informatieverzekrijging via internet is de bijbehorende mogelijkheid van privacy-schending. De vaak grote hoeveelheid informatie die via een internetzoekmachine is terug te vinden over een individu kan tot problemen leiden. Zelfs als geen eigenaam wordt gebruikt, kan soms een koppeling via andere gegevens (bijv. telefoonnummer, gebruikersnaam) worden gelegd. Dergelijke informatieverzekrijging met betrekking tot feedback zou tot ongewenste situaties kunnen leiden. Maakt iemand één keer een misstap, dan zou hem of haar dat tot in lengte van jaren kunnen worden nagedragen.

Toch is feedbackinformatie van groot belang voor met name het voorkomen van geschillen. Het zou dan ook wenselijk kunnen zijn om een barrière op te richten tegen de koppeling van feedbackgegevens aan een natuurlijke persoon, zonder dat dit ten koste gaat van de waarde van feedbackinformatie in specifieke contexten. In de praktijk zou dit betekenen, dat bijvoorbeeld het feedbackprofiel van een gebruiker in eBay ook bruikbaar zou moeten zijn in andere contexten, zonder dat de informatie erin herleidbaar is tot een natuurlijke persoon.

Het voert in de context van dit onderzoek te ver om de mogelijke werking van zo'n systeem in detail in kaart te brengen. De koppeling van feedbackbeoordelingen aan een natuurlijke persoon hoeft niet per se plaats te vinden. Gebruik van beoordelingen kan in plaats daarvan zo zijn ingericht, dat het niet aantrekkelijk is om als natuurlijke persoon meerdere ‘identiteiten’ aan te nemen. Toch is het waarschijnlijk dat een unieke identiteit uiteindelijk de beste garantie vormt voor de ‘portabiliteit’ van profielen. Zo'n unieke identiteit is te handhaven door bijvoorbeeld gebruik te maken van een *trusted third party*.¹⁴⁹

Deze vertrouwde derde partij verstrekt op initiatief van een natuurlijke persoon (die bij deze TTP geregistreerd is) aan een andere instantie (bijvoorbeeld een bank) een unieke code, die die instantie registreert, en waaraan alle feedback gekoppeld wordt. Op basis van deze code kan het feedbackprofiel te allen tijde via de TTP worden opgevraagd door de natuurlijke persoon, of door een andere instantie die daarvoor van de natuurlijke persoon toestemming heeft gekregen. Of aan een instantie de identiteit van de natuurlijke persoon verstrekt wordt, hangt eveneens af van de keuze van de natuurlijke

149. Interessant is het daarnaast nader te onderzoeken of een – min of meer – centrale instantie als een TTP in dit model kan worden vervangen door een gedistribueerd systeem van reputatiemanagement. Gerelateerd onderzoek is onder meer te vinden in Carey 2003 en Dingledine, Mathewson en Syverson 2003.

persoon.

Feedbackprofielen in specifieke contexten kunnen op deze manier worden gekoppeld aan een (unieke) identiteit zonder dat die identiteit bekend wordt gemaakt aan personen of instanties die daarmee niets te maken hebben. Wel wordt het dan in beginsel mogelijk om een positief feedbackprofiel in de ene context ‘mee te nemen’ naar een andere context, of van een gebruiker te eisen dat hij een bestaand profiel verschaft voordat hij bepaalde diensten mag genieten. In het eerste geval kan de gebruiker van een Nederlandse internetveiling zijn feedbackprofiel meenemen naar een buitenlandse internetveiling, zodat hij daar zijn profiel niet van het begin af aan hoeft op te bouwen. In het tweede geval kan een bank informatie verkrijgen over de betrouwbaarheid van een klant.¹⁵⁰

Het spreekt bijna voor zich dat aan de mogelijkheden van reputatieprofielen, en vooral van reputatieprofielen die de gebruiker kan meenemen, of die door bedrijven of instellingen kunnen worden opgevraagd, grote risico's voor onder meer de privacy van de betrokkenen verbonden zijn. Daarom onthoud ik mij van een oordeel over de wenselijkheid van de beschreven reputatiearrangementen, maar benadruk ik de *mogelijkheid* dat dergelijke constructies in de toekomst gemeengoed worden, en dat de consequenties (zowel in positieve als in negatieve zin) aanzienlijk kunnen zijn.

5.6 Virtualisering en argumentatie

In paragraaf 2.4 werd gesproken over redengeving als een van de constituenten van rationaliteit. Redengeving of argumentatie is dan ook een belangrijk item bij het beschouwen van het potentieel van virtualisering in geschiloplossing. Veel onderzoek in kunstmatige intelligentie en recht is hieraan gewijd: aan de *structuur* van argumentatie,¹⁵¹ maar ook aan de *inhoud* ervan.¹⁵² Grootschalige toepassingen van dit onderzoek zijn schaars. De meeste kaders voor analyse van argumenten vergen veel van de gebruikers: argumenteren in een aangegeven structuur en handmatige waardering van factoren zijn relatief tijdrovend. Toch zijn de mogelijkheden veelbelovend. Met name door toepassing van natuurlijke-taalverwerkingsmechanismen zouden argumentatieanalyses wellicht (deels) automatisch kunnen worden uitgevoerd. Wat zijn daarvan de perspectieven?

Ten eerste kan met inhoudelijke analyse van teksten (uitspraken, literatuur) de structuur daarvan inzichtelijk worden gemaakt, wat de teksten toegankelijker maakt voor

150. Dit is in de Nederlandse situatie een vrij hypothetisch geval: hiervoor is (voor particulieren althans) immers het Bureau Krediet Registratie in het leven geroepen. Niet ondenkbeeldig is echter het gebruik van profielen door internetbedrijven die bijvoorbeeld willen weten of zij veilig onder rembours aan een klant kunnen leveren.

151. Zie bijvoorbeeld Hage 1997; Leenes 1998; Lodder 1998; Verheij 1996, 2005.

152. Zie onder meer Alevin 1997; Ashley 1991; Conrad and Dabney 2001; Oskamp 1998; Roth 2003.

degenen die niet ingewijd zijn in (juridisch) vakjargon. Ten tweede kan inhoudelijke analyse gebruikt worden om information-retrieval software te bouwen die niet alleen op onderwerp kan zoeken, maar ook op de manier waarop dat onderwerp aan de orde komt: argumenten pro of contra de constatering van inbreuk op auteursrecht, om maar een voorbeeld te noemen.¹⁵³ Ten derde zouden databanken met dergelijke analyses de gebruiker kunnen helpen bij het construeren van nieuwe argumenten.

Argumenteren maakt een van de belangrijkste activiteiten uit van juristen. Ondersteuning daarbij kan de taken van juristen veranderen en niet-juridisch geschoolden (semi-)juridische taken laten verrichten. In het geval van geschiloplossing kan de rol van de onafhankelijke derde en van juridische ondersteuning veranderen: als de partijen zelf beter in staat zijn argumenten te vinden voor hun positie en daarmee bijvoorbeeld een onderhandelingstraject in te gaan zonder juridische hulp, dan heeft dat invloed op de rol van de geschiloplosser. Zo zou de verplichte vertegenwoordiging die nu in de meeste geledingen van het burgerlijk procesrecht bestaat, wellicht nog eens op de helling kunnen.

Susskind voorspelt de overgang van een reactieve naar een proactieve houding bij juristen, en een toename van het neerleggen van juridische kennis in juridische informatiesystemen, die gebruikt kunnen worden door leken op juridisch gebied.¹⁵⁴ Over de juistheid van deze voorspelling valt eigenlijk alleen nog te gissen. Toch is er op sommige gebieden een duidelijke tendens in de richting van het ‘in de computer stoppen’ van wet- en regelgeving. De systemen van de Belastingdienst vormen daarvan een goed voorbeeld. Ook de wetgever wordt daardoor min of meer gedwongen tot het maken van computer-implementeerbare wet- en regelgeving. De invloed daarvan op geschiloplossing is slechts zeer beperkt duidelijk.¹⁵⁵

Op beperkte schaal is zichtbaar hoe het ‘voorprogrammeren’ van redeneringen in de praktijk werkt. Dat is met name het geval bij online klachtafhandeling en bijvoorbeeld bij het ‘direct negotiation’-systeem van SquareTrade. Gebruikers daarvan worden door een formulier geloodst dat ze helpt bij het formuleren van een klacht en het vinden van een oplossing. Fasen in een geschiloplossing, zoals het definiëren van het geschilpunt, het onderhandelen en het formuleren van een oplossing, worden daarmee ondersteund in relatief eenvoudige conflicten die optreden bij het gebruik van met name de online veilingsite eBay.

153. Zie Mommers 2004.

154. Susskind 1996.

155. Zie bijvoorbeeld Groothuis 2004 voor een onderzoek naar de invloed van digitalisering op het maken van beschikkingen.

5.7 Virtualisering en conflicthantering

In paragraaf 5.4 besprak ik kort het model van sociale controle van Ellickson, waarin hij uiteenzet welke lagen van regulering en welke typen regels kunnen worden onderscheiden als kenmerkend voor een systeem van conflicthantering binnen een gemeenschap.¹⁵⁶ Dat model biedt aanknopingspunten om te bepalen in welke mate virtualisering leidt tot mogelijkheden tot zelfregulering. En die zijn er legio, zoals in de vorige paragrafen zichtbaar werd. Er zijn diverse factoren die bepalen in hoeverre partijen in staat zijn zelf hun conflicten op te lossen, waaronder de kennis en vaardigheden die betrekking hebben op het oplossingsproces, en de regels van het sociale systeem waarvan de partijen deel uitmaken. De toegang tot relevante informatie via internet kan een rol spelen in de verspreiding van kennis (en wellicht van vaardigheden) op het terrein van conflicthantering.

Met het model van Ellickson als uitgangspunt wordt het mogelijk te bepalen in hoeverre virtualisering van invloed zal zijn op het sociale systeem en de lagen en regels die daaraan ten grondslag liggen. In de tweede laag, waarin de controle door de andere partij plaatsvindt, kunnen virtualiseringsverschijnselen hun intrede doen. De hierboven besproken reputatiemanagementsystemen geven partijen de gelegenheid om effectiever druk uit te oefenen op hun contractpartners. Kennis over de betalings- of leveringsgewoonten van een bepaalde partij kan breder toegankelijk worden gemaakt. Datzelfde geldt voor de derde laag, waarin immers onder meer het overbrengen van informatie over derden (roddelen) is ondergebracht, een activiteit waar het internet zich uitstekend voor leent. In feite lopen de lagen in hoge mate door elkaar heen, omdat de communicatie tussen twee partijen in bepaalde contexten al gauw gevolgen heeft voor de informatievoorziening aan derden. Dat geldt dus in elk geval voor het reputatiesysteem van eBay.

In een geautomatiseerde omgeving ligt het voor de hand dat sociale regels veel vervaander zijn geformaliseerd dan in een 'normale' sociale context. Maar is dat ook werkelijk zo? Door de verwarring van een sociaal regelsysteem met de 'regels' van een geautomatiseerd systeem, lijken de bevoegdheden tot het stellen van normen en het opleggen van sancties nogal eens bij ICT-afdelingen of –specialisten te komen liggen. Daarmee komt een groot deel van de macht tot (impliciete) vaststelling en uitoefening van de verschillende typen regels die door Ellickson worden onderscheiden, terecht op een plaats waar zij vermoedelijk niet horen. Wel is het zo dat onder bepaalde omstandigheden de *sancties* helder kunnen worden gedefinieerd, omdat deze vaak direct gerelateerd zijn aan toegangsrechten tot een bepaalde dienst.

In een virtuele context blijken de bestaande maatschappelijke gedragsregels vaak niet of in verminderde mate te gelden. Zo leidt de vermeende anonimiteit van deelnemers

156. Ellickson 1991.

aan discussies tot veel meer scherpte en soms tot agressie. In de leemte die het (deels) ontbreken of niet functioneren van maatschappelijke gedragsregels achterlaat, wordt dan soms voorzien in het gebruik van reputatiemanagement-systemen, of van het type uitsluitingssanctie dat in de alinea hierboven al werd aangehaald. Het probleem met dergelijke vormen van ‘zelfregulering’ is dat zij – wanneer een bepaald platform van groot belang is, bijvoorbeeld het grootste discussieforum op een bepaald onderwerpsgebied – bepaalde (grond)rechten kunnen inperken, zoals de vrijheid van meningsuiting.

Om oneigenlijk gebruik van zelfregulering te voorkomen, zouden de gehanteerde regelsystemen eigenlijk expliciet gemaakt moeten worden, en getoetst moeten worden op hun legitimiteit. Dat geldt dan voor elk van de vijf door Ellickson onderscheiden regeltypen. De *substantive rules*, die bepalen welk gedrag en welk nalaten gesanctioneerd moet worden, zouden geënt moeten zijn op ofwel geldig recht, ofwel maatschappelijke betamelijkheidsregels, of regels die algemeen als geldig worden gezien in een bepaalde context. De *remedial rules*, die bepalen welke sanctie wordt gehanteerd, dienen uitsluitend wettelijk aanvaardbare en proportionele sancties te bevatten. De *procedural rules*, die aangeven op welke manier gehandeld moet worden voordat sancties mogen worden gehanteerd, dienen transparant en controleerbaar te zijn. De *constitutive rules*, die bepalen wat de structuur is van de instituties die sancties opleggen, zullen in veel gevallen niet aan de orde zijn, vanwege de relatieve kleinschaligheid van de contexten waarin deze vormen van zelfregulering aan de orde zijn, maar in elk geval zullen zij de onafhankelijke positie van eventuele ‘conflictoplossers’ moeten regelen. *Controller-selecting rules*, die aangeven hoe een passende persoon of institutie voor conflictoplossing wordt gekozen in een bepaald geval, zullen eveneens transparant moeten zijn, zodat bij bepaalde typen conflicten een passende forumkeuze bestaat. Zo moet in beginsel keuzevrijheid blijven bestaan voor de partijen.

5.8 Discussie: virtualisering en legitimiteit

Zoals in paragraaf 2.3 te lezen was, vallen onder het algemene criterium betrouwbaarheid de criteria onafhankelijkheid, deskundigheid, integriteit en zorgvuldigheid. Onder het algemene criterium aanvaardbaarheid kunnen de criteria rationaliteit, legaliteit, wederkerigheid en instemming worden gebracht. Ik zal nadrukkelijk niet proberen de mate van toepasselijkheid van deze criteria te kwantificeren voor elk van de bovengenoemde virtualiseringsscenario’s. Dat kwantificering van sommige van dergelijke criteria in beginsel wel mogelijk is, moge blijken uit het eerder aangehaalde Project Kwaliteit.¹⁵⁷ De hierboven besproken randvoorwaarden vormden een aanleiding tot het introduceren van verschillende scenario’s voor de virtualisering van geschiloplossing, eerst aan de hand van vier functionele gebieden, en vervolgens aan de hand van de geclusterde

157. Project Kwaliteit 2002.

randvoorwaarden uit paragraaf 4.4. Daarmee zijn we langzamerhand terechtgekomen bij de toetsing van virtualiseringsscenario's aan de acht criteria van het legitimiteitsbegrip. Ik bespreek steeds in globale termen het verband met de virtualiseringsscenario's die dat criterium kunnen beïnvloeden, en daarmee invloed kunnen hebben op de legitimiteit van geschiloplossing.

Onafhankelijkheid – Onafhankelijkheid van geschiloplossing betreft de externe relaties van de geschiloplosser of de geschiloplossende instantie. Alternatieve vormen van geschiloplossing zijn in mindere mate omgeven met wettelijke waarborgen voor onafhankelijkheid. Het ontbreken van dergelijke waarborgen zegt natuurlijk weinig over de feitelijke onafhankelijkheid. Toch telt, als criterium van betrouwbaarheid, ook de algemene indruk van onafhankelijkheid mee. Een dergelijke indruk kan worden bevorderd door wet- en regelgeving, maar ook door zelfregulering, gedragscodes en toezichthoudende organen. Bovendien verschaft de beschikbaarstelling van feitelijke gegevens potentiële gebruikers van geschiloplossingsmethoden van een indruk over de onafhankelijkheid van een geschiloplossende instantie. Het inzichtelijk maken van feitelijke onafhankelijkheid kan met behulp van ICT-hulpmiddelen worden gerealiseerd, zoals in de vorige paragraaf is besproken. In die zin gaat virtualisering van geschiloplossing gepaard met twee tegenstrijdige bewegingen. Aan de ene kant houdt het proces van virtualisering (in de zin van meer gebruik van alternatieve geschiloplossing) een vermindering van garanties voor onafhankelijkheid van geschiloplossing in. Aan de andere kant houdt het proces van virtualisering (in de zin van meer gebruik van ICT-hulpmiddelen) de mogelijkheid van een transparanter geschiloplossing in, die de onafhankelijkheid ten goede kan komen.

Deskundigheid – Virtualisering van geschiloplossing kan diverse gevolgen hebben voor de deskundigheid van geschiloplossers. Alternatieve vormen van geschiloplossing stellen andere eisen aan de vermogens van een geschiloplosser dan overheidsrechtspraak. Zo staat bij arbiters de inhoudelijke deskundigheid op het terrein van het geschil centraal, en bij mediators de bemiddelende kwaliteit. Daarbij komt de virtualisering in de zin van ICT-ontwikkeling: gebruik van ICT-systemen als ondersteuning van geschiloplossing vereist kennis van hoe die te gebruiken. Dit gebruik betreft twee vormen: gebruik in praktisch opzicht (hoe de systemen te bedienen), en gebruik als onderdeel van de geschiloplossing (op welke wijze beïnvloedt ICT de manier waarop het geschil wordt opgelost). Nieuwe ontwikkelingen leiden tot verschillen in deskundigheid tussen degenen die deze ontwikkelingen wel en degenen die ze niet volgen. In de meeste gevallen zal die deskundigheid, of het ontbreken ervan, zichtbaar worden in het handelen van de geschiloplosser. ICT-systemen maken het daarnaast mogelijk om, net als bij het criterium onafhankelijkheid, inzichtelijk te maken wat de deskundigheid van een geschiloplosser behelst. Door informatieverstrekking, maar ook door feedback van degenen die van de geschiloplosser gebruik hebben gemaakt.

Integriteit – De integriteit van de geschiloplosser wordt met name beïnvloed door de afwijkende inbedding van alternatieve geschiloplossing. Het ontbreken van een institutionele structuur *kan* een bedreiging vormen voor de integriteit en de mogelijkheid van controle daarop. Dat de aanwezigheid van zo'n structuur aan de andere kant ook geen garantie vormt voor de controle op de integriteit van geschiloplossers, moge blijken uit het feit dat bijvoorbeeld de openbare registratie van nevenfuncties van rechters niet goed functioneert.¹⁵⁸ Net als bij onafhankelijkheid en deskundigheid geldt dat virtualisering in de zin van inzet van ICT-systemen de controleerbaarheid van de integriteit van geschiloplossing kan vergroten. Het inzichtelijk maken van de functies en banden van een geschiloplosser of een institutie voor geschiloplossing geeft de potentiële partij inzicht in de belangen die op de achtergrond zouden kunnen meespelen. Daarbij hoeft de partij zich niet te beperken tot de informatie die de geschiloplosser of de institutie voor geschiloplossing zelf verstrekt. De zoekmogelijkheden via bijvoorbeeld internet vergroten zijn mogelijkheden.

Zorgvuldigheid – De toenemende controleerbaarheid van het handelen van een geschiloplosser of een institutie voor geschiloplossing vergroot in potentie ook het zicht op zorgvuldigheid. Daarnaast bieden ICT-systemen mogelijkheden om de zorgvuldigheid van geschiloplossing te vergroten. Door planningssystemen, informatiesystemen en elektronische dossiers kan de geschiloplosser mogelijk nauwkeuriger werken. De aanwezigheid van dergelijke ICT-systemen is echter allerminst een garantie voor zorgvuldig handelen. ICT-systemen die het handelen van de geschiloplosser sturen door het vervullen van bepaalde taken te 'verplichten', bijvoorbeeld doordat een werkproces zonder het voltooiën van die taak niet kan worden voortgezet, zullen de flexibiliteit van de geschiloplossing negatief beïnvloeden. Er zal dan ook een afweging gemaakt moeten worden tussen zorgvuldigheid en flexibiliteit. Eenzelfde overweging geldt virtualisering in de zin van de ontwikkeling van vormen van alternatieve geschiloplossing. Naarmate de processuele striktheid afneemt, wordt de procedure flexibeler. De kans op onzorgvuldigheden zal daardoor toenemen.

De aanvaardbaarheidscriteria hebben vooral betrekking op de inhoud van geschiloplossing. Daarmee komt de focus bij beoordeling van deze criteria te liggen op de inhoudelijke invloeden van virtualiseringsscenario's.

Rationaliteit – De rationaliteit betreft de mate waarin een oordeel en de onderliggende motivering goed geconstrueerd zijn, en dus navolgbaar voor een 'redelijke mens'. ICT-systemen lenen zich tot op zekere hoogte voor het expliciet maken van redeneerprocessen en motiveringen. Zij lenen zich bovendien voor het raadplegen van relevante bronnen, waarmee aan de kwaliteit van de argumentatie kan worden bijgedragen.

158. Althans in 2000, toen een steekproef bewees dat de registers niet goed actueel werden gehouden (Eshuis en Dijkhof; 2000, p. 58-60).

Doordat zoeken en structureren gemakkelijker wordt, kunnen ICT-systemen rationaliteit in sommige gevallen *faciliteren*. Aan deze facilitering zitten ook grenzen. Door toegankelijkheid van informatie op een bepaalde manier in te richten, en het gebruik van ICT-systemen op een bepaalde wijze te structureren, kan sprake zijn van een soort *pre-fab* rationaliteit. Voorbeelden daarvan zijn te vinden in sommige vormen van online geschiloplossing, waarin gewerkt wordt met standaardformulieren voor het formuleren van een klacht. Daarbij moet gekozen worden uit diverse categorieën van klachten (bij SquareTrade bijvoorbeeld kan onder meer gekozen worden uit ‘ik heb wel betaald, maar heb het artikel niet ontvangen’, ‘verkoper gaf negatieve feedback’) en oplossingen (excuses, verwijdering van feedback, terugbetaling etc.). Meestal is er wel een open categorie, maar het gemak van het gebruik van vooraf geformuleerde redenen en argumenten zal soms prevaleren boven de wens van correctheid.

Legaliteit – Voor legaliteit geldt, dat virtualiseringsscenario’s aan de ene kant vooral wijzen in de richting van een betere toegankelijkheid van juridische informatie: zowel formele als materiële rechtsbronnen kunnen gemakkelijker worden teruggevonden en geraadpleegd, en dat kan een positieve werking hebben voor de mate waarin geschiloplossing overeenstemming vertoont met geldend recht. Aan de andere kant kan virtualisering van geschiloplossing (in de zin van meer aandacht voor alternatieve geschiloplossing) in potentie ook leiden tot verwijdering van het recht, nu met name mediation zo weinig met het recht in formele zin heeft uit te staan. Daar staat tegenover dat het recht in formele zin soms ook geacht kan worden zich te verwijderen van het rechtsgevoel in bepaalde delen van de samenleving. Mediation kan daarbij soms beter aansluiten dan de regels van het formele recht.

Wederkerigheid – Wederkerigheid kan als ontstaansgrond of -voorwaarde van rechtssystemen worden gezien. Het beginsel is in meer of mindere mate geïnstitutionaliseerd in een rechtssysteem: in formules als *quid pro quo* (voor wat hoort wat) en in rechtsgebieden als het verbintenissenrecht, waarin plaats is voor diezelfde veronderstelling dat tegenover een prestatie een beloning hoort te staan. Dat is wat Pessers ‘mutualiteit’ noemt. Er is ook plaats voor ‘reciprociteit’.¹⁵⁹ Daarbij kan het gaan om een rechtssysteem als geheel, waarin de wederkerigheid zich niet altijd direct uit door een directe wederzijdse relatie, maar door een regeling waarbij iedereen in beginsel ‘geeft’ aan het (abstracte) collectief. Dat collectief verdeelt het verkregene volgens regels die als *reciproque* kunnen worden beschouwd. Zij dienen namelijk het collectief volgens de belangen die datzelfde collectief definieert. In een rechtsverhouding tussen twee individuen zijn reciprociteit en mutualiteit wellicht gemakkelijker tot uitdrukking te brengen dan in een rechtsverhouding tussen een individu en het collectief. Gevallen van geschiloplossing waarbij partijen direct met elkaar worden geconfronteerd, zullen (in die gevallen

159. Pessers 1999, p. 49, 236-237.

waarin ze slagen) dan ook eerder recht doen aan de wederkerigheidsgedachte dan vormen van geschiloplossing waarbij de partijen ver van elkaar staan.

Dat 'ver van elkaar staan' kan uitgedrukt worden in de letterlijke afstand (bijvoorbeeld bij online geschiloplossing), maar ook in de gelijkwaardigheid van partijen. Een geschiloplossing tussen een individuele burger en een grote industriële partij zal niet gemakkelijk recht kunnen doen aan wederkerigheid. Daarvoor zijn de partijen simpelweg niet gelijkwaardig genoeg; de herkenning van partijen door elkaar is onvoldoende. Wederkerigheid is dus lastig te realiseren in zowel die gevallen waarin partijen onvoldoende 'op elkaar lijken' als in die gevallen waarin partijen ver van elkaar vandaan staan, en de ICT-systemen die zij gebruiken bijvoorbeeld bepaalde elementen van de communicatie (gezichtsuitdrukkingen, stembuigingen) weglaten. Dat laatste kan partijen overigens in sommige gevallen ook juist dichterbij elkaar brengen, omdat er geen versturende gelaatsuitdrukkingen en gebaren zijn.

Instemming – Virtualisering van geschiloplossing in de zin van toepassing van ICT-systemen kan door inhoudelijke en structurele invloed op de procesgang indirect een grotere instemming met een vorm van geschiloplossing bewerkstelligen. Dat kan onder meer door de oplossing begrijpelijker te maken, de werking en functies van de procesgang toe te lichten, en de bedoeling van achterliggende rechtsregels en beginselen uit te leggen. Er zijn dus verbanden te leggen met de criteria rationaliteit en wederkerigheid, nu de vervulling daarvan kan bijdragen aan de welwillendheid van de deelnemers aan een geschiloplossing. Proberen we deze criteria zoveel mogelijk uit elkaar te houden, dan draait instemming vooral om de grondhouding van de (potentiële) deelnemers aan een geschiloplossing – een grondhouding van acceptatie van de wijze waarop de geschiloplossing plaatsvindt. Kijken we vervolgens naar virtualisering in de zin van de toepassing van alternatieve vormen van geschiloplossing, dan blijkt ook daar deze grondhouding van groot belang te zijn. Acceptatie van de wijze van geschiloplossing voor, tijdens en na het daadwerkelijk doorlopen van een procedure is cruciaal om het eindresultaat van die geschiloplossing acceptabel te maken, ook al stemt dat resultaat niet overeen met de wens van een van de partijen.



6 Conclusies en aanbevelingen

In hoofdstuk 1 zijn vier onderzoeksvragen en een hoofdvraag gesteld. Deze vragen kunnen nu – in elk geval ten dele – beantwoord worden. Hieronder volgen de conclusies van dit rapport, gevolgd door aanbevelingen met betrekking tot de regulering van virtualisering. De conclusies zijn achtereenvolgens gegroepeerd rond de onderzoeksvragen en de hoofdvraag. Ook zal worden ingegaan op de vraag of normatieve kaders geschikt zijn om virtualiseringsverschijnselen te beoordelen.

Onderzoeksvraag (1) Welke criteria behelst het legitimizeitsbegrip? Hoofdstuk 2 bevat een uiteenzetting waaruit een aantal legitimizeitscriteria naar voren komt. De toepasselijkheid van deze criteria hangt onder meer af van het voorwerp waarvan de legitimizeit bepaald moet worden. Betrouwbaarheidscriteria zijn onafhankelijkheid, onpartijdigheid, deskundigheid en zorgvuldigheid; aanvaardbaarheidscriteria zijn rationaliteit, legaliteit, wederkerigheid en instemming. De legitimizeit van een voorwerp dat te maken heeft met geschiloplossing (procedure, handelen of resultaat) is daarmee afhankelijk van zowel het algemene als van het specifieke: zo moet een geschiloplosser bijvoorbeeld zowel in algemene zin onafhankelijk en onpartijdig zijn, als in een specifiek geval een rationele en legale uitspraak doen. Aan de genoemde criteria kan geen absolute waarde worden toegekend. Zij dienen slechts als indicatie van de manier waarop het legitimizeitsbegrip nader kan worden uitgelegd.

Onderzoeksvraag (2) Welke kenmerken hebben de diverse vormen van geschiloplossing? Hoofdstuk 3 bevat de belangrijkste kenmerken van drie vormen van geschiloplossing tussen burgers: burgerlijke rechtsvordering, arbitrage en mediation: de mate waarin zij geformaliseerd zijn, de mate waarin de procesgang bindend is, de mate waarin de onafhankelijke derde procedureel of inhoudelijk bij de oplossing van het geschil betrokken is, de mate waarin de behandeling en de uitkomst van het geschil openbaar of besloten is, en de mate waarin de oplossing van het geschil kan worden gezien als rechtsvolgend of rechtvormend. Deze kenmerken zijn niet alleen bepalend voor de mate waarin een methode voor geschiloplossing geschikt is voor een bepaald type conflict, maar ook voor de mate waarin virtualisering kan optreden. De relatieve starheid van vergaand geformaliseerde geschiloplossingsmethoden beperkt de mogelijkheden voor virtualisering, althans in eerste instantie.

Onderzoeksvraag (3) Welke kenmerken van geschiloplossing zijn bepalend voor de legitimizeit ervan? In hoofdstuk 4 staan de belangrijkste randvoorwaarden centraal

die voor gelden voor geschiloplossing. De daar behandelde kenmerken gaan een stap verder dan legitimiteitscriteria, in die zin dat ze aan meer facetten van geschiloplossing raken, en bovendien deels concreter zijn geformuleerd. De randvoorwaarden zijn: openbaarheid en transparantie; beschikbaarheid en toegankelijkheid; vertrouwelijkheid; integriteit, onafhankelijkheid en onpartijdigheid; authenticiteit; flexibiliteit; snelheid en tijdigheid; kostenefficiëntie; deskundigheid; bejegening; rechtseenheid; en afdwingbaarheid. Al deze criteria zijn – direct of indirect – ook van belang voor de legitimiteit van geschiloplossingsmethoden en het praktische gebruik daarvan in een context van virtualisering.

Onderzoeksvraag (4) Welke verschijnselen zijn kenmerkend voor virtualisering? Hoofdstuk 5 beschrijft in welke functionele gebieden virtualisering optreedt: administratie, communicatie, toegankelijkheid en beoordeling. Binnen deze functionele gebieden vinden veranderingen plaats, onder meer op het gebied van presentatie van informatie, afhankelijkheid van tijd en plaats, simultane toegankelijkheid van informatie op afstand, en interactieve en dynamische beoordelingsprocessen. De consequenties voor geschiloplossing zijn te vinden in de mogelijkheden die deze verschuivingen bieden in de processen die deel uitmaken van geschiloplossing, zoals de identificatie van geschilpunten en het bedenken of uitonderhandelen van een oplossing. Maar virtualisering betekent meer dan alleen de uitbreiding van feitelijke mogelijkheden van technologie. De uitwerking van de introductie van ICT-middelen kan bijvoorbeeld leiden tot constructies waarin geschillen worden *voorkomen*, zodat zij niet meer hoeven te worden opgelost. De legitimiteitsvraag kan zich dan verplaatsen naar de methoden voor geschil*preventie*.

Hoofdvraag: Welke invloed heeft virtualisering op de legitimiteit van geschiloplossing? Deze vraag wordt beantwoord door per legitimiteitscriterium kort aan te geven hoe virtualisering de vervulling ervan beïnvloedt. Het gaat dan om de verschillende vormen van virtualisering die in hoofdstuk 5 genoemd zijn: het gebruik van informatie- en communicatietechnologie op zodanige wijze dat de aard van de geschiloplossing verandert; de toename van *alternatieve* vormen van geschiloplossing; en het ontstaan van nieuwe typen geschillen met bijbehorende methoden voor geschiloplossing onder invloed van de opkomst van ICT.

Onafhankelijkheid – Het inzichtelijk maken van feitelijke (on)afhankelijkheid kan met behulp van ICT-hulpmiddelen worden gerealiseerd. Virtualisering van geschiloplossing gaat gepaard met twee ontwikkelingen die elkaar in de weg kunnen zitten: aan de ene kant houdt het proces van virtualisering een vermindering van garanties voor onafhankelijkheid van geschiloplossing in; aan de andere kant betekent virtualisering de mogelijkheid van een transparanter geschiloplossing, die de onafhankelijkheid ten goede kan komen.

Deskundigheid – Alternatieve vormen van geschiloplossing stellen andere eisen aan de vermogens van een geschiloplosser dan overheidsrechtspraak. Daarnaast vergt gebruik van ICT-systemen als ondersteuning van geschiloplossing kennis van hoe die te ge-

bruiken. ICT-systemen maken het bovendien mogelijk om, net als bij het criterium onafhankelijkheid, inzichtelijk te maken wat de deskundigheid van een geschiloplosser behelst. Door informatieverstrekking, maar ook door feedback van degenen die van de geschiloplosser gebruik hebben gemaakt.

Integriteit – Het ontbreken van een institutionele structuur bij alternatieve vormen van geschiloplossing *kan* een bedreiging vormen voor de integriteit en de mogelijkheid van controle daarop. Net als bij onafhankelijkheid en deskundigheid geldt dat virtualisering in de zin van inzet van ICT-systemen de controleerbaarheid van de integriteit van geschiloplossing kan vergroten, door inzichtelijk te maken wat de nevenfuncties van een geschiloplosser zijn, en welke banden deze heeft met derden.

Zorgvuldigheid – De toenemende controleerbaarheid van het handelen van een geschiloplosser of een institutie voor geschiloplossing vergroot in potentie ook het zicht op zorgvuldigheid. Daarnaast bieden ICT-systemen in potentie mogelijkheden de zorgvuldigheid van geschiloplossing te vergroten. ICT-systemen kunnen echter ook het handelen van de geschiloplosser ongewenst sturen door het vervullen van bepaalde taken te eisen, zodat de flexibiliteit van de geschiloplossing negatief beïnvloed wordt.

Rationaliteit – ICT-systemen lenen zich tot op zekere hoogte voor het expliciet maken van redeneerprocessen en motiveringen, en voor het raadplegen van relevante bronnen, waarmee aan de kwaliteit van de argumentatie kan worden bijgedragen. Echter, door de toegankelijkheid van informatie op een bepaalde manier in te richten, en het gebruik van ICT-systemen op een bepaalde wijze te structureren, kan sprake zijn van een soort *pre-fab* rationaliteit.

Legaliteit – Virtualiseringsscenario's wijzen vooral in de richting van een betere toegankelijkheid van juridische informatie, zodat zowel formele als materiële rechtsbronnen gemakkelijker kunnen worden teruggevonden en geraadpleegd. Dat kan overeenstemming met geldend recht bevorderen. Aan de andere kant kan virtualisering van geschiloplossing, in de zin van meer aandacht voor alternatieve geschiloplossing, ook leiden tot verwijdering van het recht.

Wederkerigheid – Vormen van geschiloplossing waarbij partijen direct met elkaar worden geconfronteerd, zullen (in die gevallen waarin ze slagen) eerder recht doen aan de wederkerigheidsgedachte dan vormen van geschiloplossing waarbij de partijen ver van elkaar staan. Wederkerigheid is lastig te realiseren in zowel die gevallen waarin partijen onvoldoende 'op elkaar lijken' als in die gevallen waarin partijen ver van elkaar vandaan staan.

Instemming – Virtualisering door middel van ICT kan door inhoudelijke en structurele invloed op de procesgang indirect een grotere instemming met een vorm van geschiloplossing bewerkstelligen. Instemming draait vooral om de grondhouding van de (potentiële) deelnemers aan een geschiloplossing – een grondhouding van acceptatie van de wijze waarop de geschiloplossing plaatsvindt. Acceptatie van de wijze van geschiloplossing voor, tijdens en na het daadwerkelijk doorlopen van een procedure is cruciaal

om het eindresultaat van die geschiloplossing acceptabel te maken, ook al stemt dat resultaat niet overeen met de wens van een van de partijen.

Tot slot bespreek ik de bruikbaarheid van een normatief kader zoals het hiervoor gegeven is. De legitimiteit van geschiloplossing moet worden herijkt op het moment dat belangrijke veranderingen plaatsvinden. Die veranderingen kunnen onder meer optreden door toepassing van ICT en nieuwe methoden van geschiloplossing. Herijking kan plaatsvinden aan de hand van de genoemde criteria, die als constitutief voor legitimiteit kunnen worden beschouwd, maar ook met meer praktisch georiënteerde criteria, zoals besproken in hoofdstuk 4. Richtinggevend bij het anticiperen op toekomstige ontwikkelingen in geschiloplossing kunnen de dimensies zijn waarlangs virtualisering kan plaatsvinden. Deze dimensies zijn gerangschikt aan de hand van vier functionele gebieden: administratie, communicatie, toegankelijkheid en beoordeling.

Hoewel ICT-ontwikkelingen in de afgelopen decennia vooral op administratief gebied hebben ingegrepen, is verdere ontwikkeling daarin zeker mogelijk. Ook in communicatie, toegankelijkheid en beoordeling worden zelfs de huidige mogelijkheden van ICT nog bij lange na niet optimaal benut. De mogelijkheden om op andere manieren met elkaar in contact te komen, informatie terug te vinden, kennis op te doen, samen te werken en informatie te becommentariëren, breiden zich sterk uit. Juist ook in de samenwerking tussen deze vier gebieden zijn nieuwe mogelijkheden te voorzien, waarvan herbruikbare reputatieprofielen een voorbeeld vormen. Aan de hand van het kader dat in dit rapport geschetst is, kunnen deze ontwikkelingen nader worden geanalyseerd op hun potentiële gevolgen voor de vervulling van legitimiteitscriteria.

Er geldt voor elk normatief raamwerk een beperking met betrekking tot de houdbaarheid van dat raamwerk in een veranderende context. Als de samenleving verandert, en de wijze waarop geschillen worden opgelost verandert mee, dan is het niet mogelijk aan het begin van die ontwikkeling een normatief kader te ontwerpen dat tot het einde aan toe ongewijzigd blijft. Door de criteria 'open' te formuleren, wordt de houdbaarheid groter, maar wordt het raamwerk ook vager. Dat het vaak als raamwerk aangehaalde art. 6 EVRM uiteindelijk ook geen 'universeel' raamwerk levert, mag onder meer blijken uit het feit dat juist het ontbreken van openbaarheid vaak een vereiste is voor de partijen in een geschil. In het spectrum van geschiloplossingsmethoden is de juridische invalshoek er maar één.

De in art. 6 EVRM neergelegde criteria zijn geen vanzelfsprekendheid wanneer we bedenken dat de meeste geschillen gewoon door de twee partijen onderling worden beslecht, waarbij dus geen sprake is van geschiloplossing door een onafhankelijke en onpartijdige derde. Nu gaat art. 6 EVRM natuurlijk over (toegang tot) institutionele geschiloplossing, maar in een context waarin over de virtualisering van geschiloplossing nagedacht wordt, moet dit kader wellicht juist *niet* als uitgangspunt worden genomen. Datzelfde geldt eigenlijk voor alle randvoorwaarden die in dit boek zijn besproken: op het moment dat ze als te knellend worden ervaren bij het ontwerpen van nieuwe

vormen van geschiloplossing, moet de vraag worden gesteld of zij wel ergens toe dienen. Wat is de waarde van onafhankelijkheid of rationaliteit als een geschil over vijftig euro gaat en de partijen eigenlijk alleen maar geïnteresseerd zijn in een instantoplossing? Wat is de waarde van toegang als een geschil speelt tussen een Amerikaan en een Nederlander die het nooit van hun leven in 't hoofd zullen halen om voor vijftig euro naar de burgerlijke rechter te stappen? Virtualisering van geschiloplossing is dus ook: laagdrempelige mogelijkheden bieden om een geschil op te lossen. Daarom volgt hieronder nog een aantal aanbevelingen over welke koers de wetgever in het algemeen zou moeten volgen bij het reguleren van virtualisering van geschiloplossing.

Aanbevelingen

Na een theoretische verhandeling als de bovenstaande gaat het wellicht wat ver om met praktische aanbevelingen te komen. Het gaat in dit geval dan ook eerder om 'voorzichtige waarschuwingen' aan het adres van beleidsmakers en de wetgever, die raken aan een meer algemeen punt dat vaker aan de orde is gekomen in de literatuur over ICT en recht. Het heeft te maken met het breed gehanteerde adagium 'wat offline geldt, dient ook online te gelden'. Voordat ik een overzicht geef van de aanbevelingen, ga ik eerst nader in op de betekenis van dit adagium.

Het adagium 'wat offline geldt, dient ook online te gelden' gaat volstrekt voorbij aan de soms wezenlijke verschillen tussen offline en online omgevingen, en aan de veranderingen die optreden door het gebruik van ICT. Zulks kan eveneens het geval zijn bij virtualisering van geschiloplossing. Ook in dit onderzoeksrapport is overheidsrechtspraak ten dele een ijkpunt geweest. Het primaat van overheidsrechtspraak is echter niet vanzelfsprekend. In die zin verdient het aanbeveling om bij nieuwe ontwikkelingen in geschiloplossing niet onmiddellijk te gaan nadenken over de vraag of die ontwikkelingen passen bij het huidige wettelijke stelsel van geschiloplossing. Weliswaar zou elke vorm van geschiloplossing met voldoende waarborgen omkleed moeten zijn, maar die waarborgen mogen niet te zeer gaan knellen bij het ontwikkelen van nieuwe vormen.

Nieuwe vormen van geschiloplossing zouden, indien zij succesvol zijn en aan bepaalde minimumwaarborgen voldoen, juist richtinggevend moeten zijn bij de beslissing om die vormen al dan niet te reguleren, en indien zij gereguleerd zouden moeten worden, de inhoud van die regulering mede moeten bepalen. Die minimumwaarborgen spelen ook een rol in het grijze gebied van wat Lessig 'code is law' noemt: de regulering door middel van techniek, door middel van regels die zijn ingebakken in computerprogramma's en het functioneren van bijvoorbeeld netwerken.¹⁶⁰ Juist daarin schuilen gevaren voor het handhaven van minimumwaarborgen, omdat een normatief kader dat is geïmplementeerd is in computertechnologie vaak vergaand wordt geëffectueerd (behalve voor

160. Lessig 1999.

degene die zich – al dan niet als ‘hacker’ – om de beperkingen heen kan manoeuvreren). Dat geldt in veel mindere mate voor een juridisch kader.

Wanneer geschiloplossing zich inderdaad steeds meer online gaat afspelen, en wanneer ICT-hulpmiddelen worden ingezet om bestaande geschiloplossingsmethoden te ondersteunen, moeten er waarborgen zijn om niet-legitieme normatieve eigenschappen van computersystemen te voorkomen. Het spreekt niet voor zich dat juridische regulering daarvoor het meest geëigende middel is. De relatief trage ontwikkeling van het recht leent zich minder voor gedetailleerde directe regulering van technologische eigenschappen, indien die eigenschappen snel veranderen. Daarvan is bijvoorbeeld sprake in het Europese telecommunicatierecht, dat op onderdelen zeer afhankelijk is van technisch georiënteerde termen (bijv. ‘elektronische programmagids’ en ‘netwerkaansluitpunt’¹⁶¹), en waarvoor om de paar jaar een geheel nieuw regelgevend kader nodig is: zo zal de komst van triple play (meerdere telecomdiensten via één aanbieder) vermoedelijk tot aanpassingen in de regulering moeten leiden, simpelweg omdat het huidige kader weliswaar wijzigingen van marktdefinities toelaat, maar onvoldoende rekening houdt met de doorlooptijd van de daartoe benodigde onderzoeken door nationale toezichthouders.¹⁶²

Alternatieve geschiloplossing moet in mijn opinie gezien worden als een normaal product, dat het verdient zodanig gereguleerd te worden dat de concurrentie optimaal is, onder behoud van (kwaliteits)waarborgen. Onder omstandigheden van optimale concurrentie kan het product zich ook verder ontwikkelen, diversifiëren en verbeteren. Het ligt voor alternatieve geschiloplossing (inclusief de online vormen daarvan) dan ook veel meer voor de hand om bepaalde minimumkwaliteitseisen te stellen, dan om de inhoud en vorm van de te volgen procedure vast te leggen.

Hoewel overheidsrechtspraak tot een andere categorie behoort, geldt uiteraard juist hiervoor dat kwaliteitswaarborgen gesteld en gehandhaafd moeten worden. Dat is zeer zeker geen nieuw inzicht, maar op het gebied van de inzet van ICT bestaat een lacune in deze kwaliteitswaarborgen. Vergelijk in dezen het citaat van Reiling over de opmerking die een OM-medewerker tegen haar (in functie als rechter) maakte: “Maar mevrouw, die straf kunt u niet opleggen, dat kan Compas niet verwerken!”¹⁶³ Het fenomeen dat hier aan de orde is, wordt door Schmidt ‘dense regulation’ genoemd: de greep op de werkelijkheid van in computertechnologie geïmplementeerde regels is vaak aanmerkelijk, en hoeft niet compatibel te zijn met geldende regelgeving.¹⁶⁴ Als de inzet van ICT-middelen *de facto* beperkingen oplegt aan bijvoorbeeld de onafhankelijkheid van

161. Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn).

162. Mommers en Zwenne 2005.

163. Reiling 2003.

164. Schmidt 2005.

de rechterlijke macht, dan is er iets mis met die ICT-middelen, en is een ingreep in de automatisering noodzakelijk.

Uit de bovenstaande beschouwing volgt een aantal concrete handreikingen voor de regulering van virtualisering van geschiloplossing. Ten eerste: virtualisering van geschiloplossing vraagt om terughoudendheid van de wetgever. Dat wil zeggen: uitgaande van de veronderstelling dat innovatie van geschiloplossing het beste gedijt wanneer de grenzen van die innovatie niet reeds vooraf zijn aangegeven, dient de wetgever zich zo veel mogelijk te onthouden van het stellen van beperkingen aan de wijze waarop vormgegeven wordt aan geschiloplossing. Zo stuit Szoke op de beperkingen van een speciale mediationwet in Hongarije, die volledige online mediation niet toestaat door formele vereisten aan de procedure.¹⁶⁵ Hieruit blijkt dus dat formele vereisten op hun consequenties voor de geschiloplossingsprocedure moeten worden beoordeeld om ongewenste belemmering van virtualisering te voorkomen.

Ten tweede dient geschiloplossing, voorzover het niet om overheidsrechtspraak gaat, gezien worden als een normaal product. Zo'n product verdient het om in een competitieve markt zoveel mogelijk tot wasdom te komen, en zich te kunnen innoveren. Dit betekent dat vanuit mededingingsoogpunt serieus gekeken moet worden naar de manier waarop de vrije mededinging binnen de markten voor geschiloplossing vormgegeven kan worden. De rol van beroepsorganisaties moet daarbij nauwkeurig in het oog worden gehouden, uiteraard voorzover die beroepsorganisaties zich bezighouden met het maken van prijsafspraken, maar ook met inhoudelijke criteria die remmend kunnen werken op de mededinging. Daarbij gaat het om een lastige afweging tussen de rol die beroepsorganisaties kunnen spelen in het stellen en handhaven van kwaliteitseisen, en de toetredingsdrempels die dergelijke kwaliteitseisen (en het mogelijke misbruik daarvan) kunnen opwerpen.

Ten derde is het nodig om zicht te houden op de invloed van ICT-systemen op de mate waarin geschiloplossing voldoet aan wettelijke randvoorwaarden en kwaliteitseisen. Met name in de overheidsrechtspraak, waarin ICT-middelen steeds meer gebruikt worden, is empirisch onderzoek naar de gevolgen van die ICT-inzet wenselijk. Dat onderzoek vormt een aanvulling op (academisch) onderzoek waarin de mogelijkheden van ICT in o.m. geschiloplossing worden onderzocht.¹⁶⁶ Een eenzijdige gerichtheid op de mogelijkheden van ICT om geschiloplossing te ondersteunen is weliswaar vanuit innovatieoogpunt gewenst, maar gaat voorbij aan de bedreigingen daarvan: ICT-middelen kunnen gebruikt worden om de vervulling van bepaalde kwaliteits- of legitimiteitscriteria te bevorderen, maar de inzet kan dergelijke criteria ook schenden.

165. Szóke te verschijnen.

166. Dergelijk onderzoek vindt onder meer plaats in het kader van het Token-programma van NWO. Zie www.nwo.nl/token.

Resumerend wordt aan de wetgever een aantal eisen gesteld die strijdig kunnen zijn met elkaar: terughoudendheid met het stellen van randvoorwaarden voor geschiloplossingsprocedures, actieve bemoeienis met het bevorderen van de mededinging in geschiloplossing, en borging van de kwaliteit van ICT-middelen bij hun inzet in geschiloplossing. Deze tegenstrijdigheid heeft ten dele te maken met de fenomenen die onder virtualisering van geschiloplossing vallen. Zo zijn nieuwe initiatieven op het gebied van geschiloplossing vooral gebaat bij terughoudendheid. In bestaande geschiloplossing, en dan met name bij overheidsrechtspraak, kan de inzet van ICT echter een bedreiging vormen van bijvoorbeeld de onafhankelijkheid van de zittende magistratuur. Sturing is belangrijk om die bedreigingen af te wenden. De instelling van de Raad voor de Rechtspraak was dan ook een belangrijke stap in het in goede banen leiden van ICT-ontwikkelingen bij de rechterlijke macht, met name om de positie van de zittende tegenover de staande magistratuur te versterken.

Tot slot: in een gebied waarin veranderingen elkaar snel opvolgen, kan de regulering geen rustpunt zijn: het is onverstandig voor een schip om voor anker te gaan in een draaikolk. De toekomst zal ontwikkelingen laten zien in geschiloplossing die nu nog vrijwel onvoorzienbaar zijn. Daarmee wordt regulering een lastige kwestie. Het gevaar is nu dat dit als reden wordt gezien regelgeving te laten voortbestaan en te zien hoe ver hiermee op nieuwe ontwikkelingen kan worden gereageerd. Wanneer dit uitstel omslaat in belemmering van mogelijkheden, schiet de regulering haar doel voorbij.

Summary

The expression ‘virtualization of dispute resolution’ has at least three different meanings, which are all related to the application of information and communication technology (ICT). First, ICT is used in traditional, offline dispute resolution environments to an increasing degree. Second, ICT influences the types of conflicts that may occur. Third, methods of ‘remote’ dispute resolution become reality because of the use of ICT. The rise of ICT thus leads to new types of support in dispute resolution, to new types of conflicts, and to new ways of solving conflicts. The legitimacy of such virtualization phenomena is asked in the form of the main question of the research project: ‘In what way does virtualization influence the legitimacy of dispute resolution?’

The concept of legitimacy is explained by different authors in varying ways. Depending on the type of use, a choice is possible for a (legal) philosophical perspective or a social sciences perspective. In the latter case, it is necessary to construct an operationalization of the concept, which will generally be lacking in the former case. Many operationalizations are based on certain procedural characteristics or on a form of acceptance (by an individual, group or society). These types of legitimacy concepts can also be found in the works of more theoretically-oriented authors. Luhmann considers procedural legitimacy as a generalized form of individual acceptance, and Shapiro stresses the importance of legitimacy factors other than individual acceptance, because individual acceptance is rarely summoned by both parties in a triadic procedural context. Tamaha emphasizes the myths (evolution of law, social contract) that exist in the context of legitimacy, that make legitimization of legal systems into a perilous undertaking.

The meaning of legitimacy can be further specified on the basis of the *subject* of legitimacy. In the context of dispute resolution, legitimacy may regard a procedure (e.g., mediation), an act (e.g., the behaviour of a judge), or a result (e.g., the decision of an arbitrator). To structure the different factors playing a role in attaining legitimacy, a distinction is made between reliability criteria and substantive criteria. The reliability criteria discussed are independence, impartiality, expertise and accuracy, the fulfilment of which supports the legitimacy of a procedure, an act, or a result, in a general manner. The substantive criteria discussed are rationality, legality, reciprocity and consent. The fulfilment of these criteria supports the legitimacy of individual procedures, acts or results.

Three main types of alternative dispute resolution which are more extensively discussed in this report are civil procedural law, arbitration, and mediation. They can be compared on the basis of the following characteristics: the degree to which they have been formalized, the degree to which the outcome of the procedure is binding to the parties, whether an independent third party is involved in a procedural or in a substantive manner, and the degree to which the result of the dispute resolution can be seen as *following* the law, or *constituting* the law. Civil procedure is rather formal in nature, closely followed by arbitration. The outcomes of these two types of dispute resolution are also most binding to the parties. The involvement of a dispute resolver is the least substantive in civil procedure, and most substantive in arbitration. The substantive involvement of mediators depends on the type of mediation. In principle, a procedure in civil law is public. This is only rarely the case in arbitration and mediation. Higher instances of civil procedure are most influential in establishing the direction in which the interpretation of the law develops. Arbitration and mediation generally follow existing interpretations, but they can also deviate from legal regulations.

The following factors are quoted as aims of civil procedure: provision of justice, provision of title, furthering development of law, and furthering unity of law. These goals cannot all be realized by arbitration and mediation. Development and unity of law can hardly be supported by non-public types of dispute resolution. Still, some types of alternative dispute resolution provide answers to certain individual and collective needs. In this perspective, the government's promotion of mediation is a logical consequence.

Apart from legitimacy criteria, there are several frameworks for the assessment of virtualization of dispute resolution: the framework of article 6 ECHR, general principles of appropriate use of ICT, principles for electronic judicial matters and quality indicators. From this combination of assessment frameworks, the following framework is derived: public nature and transparency; availability and accessibility; confidentiality; integrity; independence and impartiality; authenticity; flexibility; speed and timeliness; cost efficiency; expertise; treatment; unity of law; and enforceability. This framework is a powerful evaluation tool for virtualization scenarios in dispute resolution. It also shows that 'abstract' legitimacy criteria are closely connected to 'practical' criteria such as treatment and cost efficiency.

Online dispute resolution occurs in mediation (SquareTrade) and arbitration (WIPO). The most successful dispute resolution companies are connected to existing companies, such as eBay, or their use is made obligatory in certain contracts (e.g., by adding an arbitration clause to the registration of a domain name). Virtualization in general occurs in four functional areas: administration (office work), communication, accessibility and assessment. Each of these areas can undergo profound changes due to the rise of ICT. These changes can be used to analyze the degree to which virtualization influences dispute resolution, and its legitimacy.

Several themes have been studied more extensively: the position of the dispute

resolver under the influence of virtualization, the potential role of reputation systems in dispute resolution, and the opportunities offered by analysis of arguments. These opportunities are already available in principle, but they play hardly any role in the prevention or resolution of disputes. Finally, the potential influence of virtualization on the legitimacy criteria has been assessed. It appears that virtualization *may* lead to a better fulfilment of certain legitimacy criteria, but it is also clear that no guarantees can be given for this effect. Examples of potential dangers for the fulfilment of legitimacy criteria are a lack of transparency and flexibility of the use of ICT. Examples of phenomena supporting the fulfilment of legitimacy criteria are improved access to information and improved opportunities for the structuring of processes.

In the recommendations in this report, three suggestions are made to the legislator with respect to the regulation of dispute resolution: reticence in imposing preconditions, active involvement in the stimulation of competition, and quality guarantees for ICT use. Potential inconsistencies triggered by following these suggestions are partially caused by the different phenomena that are part of virtualization of dispute resolution. New initiatives in the area of dispute resolution should probably not be interfered with by the legislator, whereas the use of ICT in existing types of dispute resolution, such as civil procedure, might impose a threat to the independence of the court.

As a finale note: in an area where changes occur quickly, regulation cannot be a refuge: it is not wise to drop anchor in a vortex. The future will bring developments in dispute resolution that can hardly be predicted currently. Regulation thus becomes a difficult matter. A danger caused by this is that existing regulations remain in place to see if new developments can be accommodated. If necessary adjustment of such regulations is obstructed, regulation surpasses its original goals.



Literatuur

Aleven 1997

V. Aleven, 'Teaching Case-Based Argumentation through a Model and Examples Empirical Evaluation of an Intelligent Learning Environment', in: *Proceedings of the World Conference on Artificial Intelligence in Education (AI-ED 97)*, 1997, p. 87-94.

Ashley 1991

K.D. Ashley, 'Reasoning with Cases and Hypotheticals in HYPO', in: *International Journal of Man-Machine Studies* 34(6), 1991, p. 753-796.

Asser, Groen en Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans, Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003.

Baas 2002

N.J. Baas, *Mediation in civiele en bestuursrechtelijke zaken. Een internationaal literatuuronderzoek*, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, 2002.

Bladel en Bruinsma 2002

E. van Bladel en F. Bruinsma, 'Arbitrage in de praktijk', in: *Nederlands Juristenblad* 77(38), 2002.

Bonenkamp 2003

H.J. Bonenkamp, 'Het mediationproces', in: Brenninkmeijer et al. 2003, p. 109-142.

Brenninkmeijer, Van Ewijk en Van der Werf 2002

A.F.M. Brenninkmeijer, M. van Ewijk en C. van der Werf, *De aard en omvang van arbitrage en bindend advies in Nederland*, Leiden: Research voor Beleid en E.M. Meijers Instituut, 2002.

Brenninkmeijer 2003a

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Diverse vormen van mediation', in: Brenninkmeijer et al. 2003, p. 143-159.

Brenninkmeijer 2003b

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Juridische aspecten van mediation', in: Brenninkmeijer et al. 2003, p. 333-343.

Brenninkmeijer 2003c

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Mediation', in: Brenninkmeijer et al. 2003, p. 1-24.

Brenninkmeijer, Bonenkamp, Van Bruggen en Walters 2003

A.F.M. Brenninkmeijer, H.J. Bonenkamp, J. van Bruggen en P. Walters (red.), *Handboek mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2003.

Brunt, Van Schelven en Van der Wees 2004

G. Brunt, P. van Schelven en L. van der Wees (red.), *Loshetzelfop.nl. ADR in digitale context*, Den Haag: NVvIR/Elsevier Juridisch, 2004.

Carey 2003

M. Carey, 'P2P Reputation Systems: Can peer-to-peer (P2P) reputation systems work?', 2003, <http://www.markcarey.com/web-dawn/archives/p2p-reputation-systems.html>.

Combrink-Kuiters, Niemeijer en Ter Voort 2003

L. Combrink-Kuiters, E. Niemeijer en M. ter Voort, *Ruimte voor Mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003.

Conrad en Dabney 2001

J.G. Conrad, en D.P. Dabney, 'A cognitive approach to judicial opinion structure: applying domain expertise to component analysis', in: *Proceedings of the Eighth International Conference on Artificial Intelligence and Law, ICAIL 2001, May 21-25, 2001, St. Louis, Missouri, USA*, ACM, 2001, p. 1-11.

Corstens 2002

G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer, 2002.

Dingledine, Mathewson en Pyverson 2003

R. Dingledine, N. Mathewson en P. Syverson, 'Reputation in P2P Anonymity Systems', in: *Proceedings of Workshop on economics of p2p systems*, 2003.

Dworkin 1986

R. Dworkin, R., *Law's empire*, London: Fontana, 1986.

Ellickson 1991

R.C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991.

Eshuis en Dijkhoff 2000

R.J.J. Eshuis en N. Dijkhoff, *Nevenfuncties zittende magistratuur*, Onderzoek en beleid 185, Den Haag: WODC, 2000.

Eshuis en Ter Voort 2003

R.J.J. Eshuis en M. ter Voort, 'De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechters. Van insiders- naar outsidersperspectief', in: *Justitiële Verkenningen* 29(1), 2003, p. 74-90.

Franken 2003

H. Franken, *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer, 2003.

Franken 2004

H. Franken, 'Juridisch theoretische achtergronden', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen en A.H. de Wild (2004), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer, 2004.

Franken en Borking 2002

H. Franken en J.J. Borking, 'De oplossing van geschillen', in: R.E. van Esch en J.E.J. Prins (red.) (2002), *Recht en elektronische handel*, 2e druk, Deventer: Kluwer, 2002, p. 411-430.

Gedragsregels voor de NMI mediator

Gedragsregels voor de NMI mediator, Rotterdam: Nederlands Mediation Instituut.

Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2002.

Groothuis 2004

M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid*, proefschrift Universiteit Leiden, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2004.

Hage 1997

J.C. Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.

Hugenholtz en Heemskerk 2002

W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie, 2002.

Huls, Mevis en Visscher 2003

N.J.H. Huls, P.A.M. Mevis en N. Visscher, 'De kloof tussen rechtspraak en samenleving', in: *Justitiële Verkenningen* 29(1), 2003, p. 11-31.

Jost en Major 2001

J.T. Jost en B. Major (ed.), *The Psychology of Legitimacy. Emerging perspectives on ideology, justice, and intergroup relations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

Katsh en Rifkin 2001

E. Katsh en J. Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, California: Jossey-Bass, 2001.

Kelman 2001

H.C. Kelman, 'Reflections on Social and Psychological Processes of Legitimization and Delegitimization', in: Jost and Major 2001, p. 54-73.

Landelijk project mediation naast rechtspraak 2001

Landelijk project mediation naast rechtspraak 2000-2002: tussentijdse rapportage, Arnhem: Landelijk projectbureau Mediation voor de Rechterlijke Macht, 2001.

Leenes 1998

R.E. Leenes, *Hercules of Karneades, Hard cases in recht en rechtsinformatica*, proefschrift Universiteit Twente, 1998.

Lessig 1999

L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York-, NY: Basic Books, 1999.

Lodder 1998

A.R. Lodder, *DiaLaw. On legal justification and dialog games*, proefschrift Universiteit Maastricht, 1998.

Lodder te verschijnen

A.R. Lodder, 'The fifth party and beyond', in: *Information and Communication Technology Law*, te verschijnen.

Lodder, Bol, Brunt en Weij 2004

A.R. Lodder, S. Bol, G. Brunt en M. Weij, 'Online mediation', in: G. Brunt et al. 2004, p. 67-91.

Luhmann 1969

N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied am Rhein und Berlin: Hermann Luchterhand Verlag, 1969.

Mommers 2002

L. Mommers, *Applied legal epistemology: building a knowledge-based ontology of the legal domain*, proefschrift Universiteit Leiden, 2002.

Mommers 2003

L. Mommers, Application of a knowledge-based ontology of the legal domain in collaborative workspaces, in: *Proceedings of the Ninth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Edinburgh, UK, 2003, p. 70-76.

Mommers 2004

L. Mommers, Searching for arguments: applying a knowledge-based ontology of the legal domain, in: *Information & Communications Technology Law* 13(1), 2004, p. 75-91.

Mommers te verschijnen a

L. Mommers, 'Promoting legitimacy: feedback in dispute resolution', in: *Artificial Intelligence and Law*, Springer, The Netherlands, te verschijnen.

Mommers te verschijnen b

L. Mommers, 'Virtualization of dispute resolution. Establishing trust by recycling reputation', in: speciale editie van het tijdschrift *Information and Communication Technology Law* onder redactie van L. Mommers en A.R. Lodder, te verschijnen.

Mommers en Zwenne 2005

L. Mommers en G.-J. Zwenne, 'Triple play houdt consument aan het lijntje', in: *Automatisering Gids* nr. 41, 14 oktober 2005, p. 15.

Nieuwenhuis 1976

J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1976(6), p. 494-515.

NMI Mediation Reglement 2001

NMI Mediation Reglement, Rotterdam: Nederlands Mediation Instituut, 2001.

Oskamp 1998

E.W. Oskamp, *Computerondersteuning bij straftoemeting*, Deventer: Gouda Quint, 1998.

Pessers 1999

D.W.J.M. Pessers, *Liefde, solidariteit en recht. Een interdisciplinair onderzoek naar het wederkerigheidsbeginsel*, proefschrift Universiteit van Amsterdam, 1999.

Project Kwaliteit 2002

Project Kwaliteit, *Project Kwaliteit. Kwaliteitssysteem voor het rechterlijk functioneren*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak, 2002.

Rasmusen 2005

E.B. Rasmusen, 'Norms in Law and Economics', in: American Law & Economics Association Annual Meeting, 2005(45), The Berkeley Electronic Press, <http://law.bepress.com/alea/15th/bazaar/art45>.

Reiling 2003

A.D. Reiling, 'Rechtspraak in de digitale delta', in: *Nederlands Juristenblad* 78(44), 2003, p. 2286-2291.

Roth 2003

A.C. Roth, *Case-based reasoning in the law. A formal theory of reasoning by case comparison*, proefschrift Universiteit Maastricht, 2003.

Schaap 1997

L. Schaap, 'Bestuurskunde als bestudering van sociale systemen', in: *Bestuurskunde* 6(6), 1997, p. 277-290.

Schellekens 2004

M. Schellekens, 'Online arbitrage', in: G. Brunt et al. 2004, p. 51-65.

Schiavetta 2004

S. Schiavetta, 'The Relationship Between e-ADR and Article 6 of the European Con-

vention of Human Rights pursuant to the Case Law of the European Court of Human Rights', in: *JILT (Journal of Information, Law and Technology)* 2004(1).

Schmidt 2005

A.H.J. Schmidt, 'Digital Rights Management & the Rule of Law', lecture at the Electronic Media and Law ECLET meeting on Saturday, October 29, 2005, Wrocław, Poland.

Scholten 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1974.

Shapiro 1981

M. Shapiro, *Courts*, Chicago, Illinois: The University of Chicago Press, 1981.

Sillevis-Smitt 2003

J.L.W. Sillevis-Smitt, 'Arbitrage in de praktijk. Beschouwingen naar aanleiding van een rechtssociologisch onderzoek en de daarop gebaseerde aandachtspunten voor de wetgever', in: *Nederlands Juristenblad* 78(41), 2003, p. 2146-2154.

Snijders 2003

H.J. Snijders, 'They have a dream ... een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', in: *Nederlands Juristenblad* 78(32), 2003, p. 1696-1707.

Sunshine en Tyler 2003

J. Sunshine, en T.R. Tyler, 'The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing', in: *Law & Society Review* 2003(3).

Susskind 1996

R. Susskind, *The future of law: facing the challenges of information technology*, Oxford: Clarendon Press, 1996.

Susskind 2000

R. Susskind, *Transforming the law, Essays on Technology, Justice and the Legal Marketplace*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

Szóke te verschijnen

G.L. Szóke, 'The Possibility of Online Mediation under the Hungarian Mediation Act', in: *Information and Communication Technology Law*, te verschijnen.

Tamanaha 2001

B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

Tyler 1990

T.R. Tyler, *Why people obey the law*, New Haven, CT: Yale University Press, 1990.

Tyler 2003

T.R. Tyler, *Procedural justice, legitimacy, and the effective rule of law*, in: Tonry, M. (ed.), *Crime and justice—A review of research* (vol. 30), Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 2003, p. 431-505.

Van Velthoven en Van Wijck 2001

B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer, 2001.

Verheij 1996

H.B. Verheij, *Rules, Reasons, Arguments. Formal studies of argumentation and defeat*, proefschrift Universiteit Maastricht, 1996.

Verheij 2005

H.B. Verheij, *Virtual Arguments. On the Design of Argument Assistants for Lawyers and Other Arguers*. T.M.C. Asser Press, Den Haag, 2005.

Vranken 1995

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995.

Van der Wees 2004

L. van der Wees, Online klachtenafhandeling, in: G. Brunt et al. 2004, p. 93-121.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2002

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2002.

Zelditch 2001

M. Zelditch, 'Theories of Legitimacy', in: Jost and Major 2001, p. 33-53.

Beleidsdocumenten

Europese Commissie 2002

Europese Commissie, Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht, 2002.

Europese Commissie 2004

Europese Commissie, Preliminary draft proposal for a directive on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, 2004.

Europese gedragscode voor mediators 2004

Europese gedragscode voor mediators, http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf, 2004.

Kamerstukken

Meer wegen naar het recht. Beleidsbrief ADR 2000-2002, Den Haag, Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1999-2000, 26 352, nr. 19.

Mediation en het rechtsbestel. Brief van de Minister van Justitie, Den Haag, Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2003-2004, 29 528, nr. 1.

Websites

De werking van de volgende links is gecontroleerd op 19 augustus 2005:

eBay (website), <http://www.ebay.com>

Feedback Forum (website), <http://pages.ebay.com/services/forum/feedback.html>
mediation naast rechtspraak (website) <http://www.mediationnaastrechtspraak.nl>

SquareTrade (website), <http://www.squaretrade.com>

Register

- aanvaardbaarheid, 31
- administratieve processen, 76
- afdwingbaarheid, 65
- ambtshalve aanvullen rechtsgronden, 45
- arbitraal hoger beroep, 47
- arbitrage, 40, 46
- arbitrage-overeenkomst, 46
- argumentatie, 94
- authenticiteit, 63
- bejegening, 67
- beleidsbrief ADR, 55
- bemiddeling, 40
- beoordeling, 80
- beschikbaarheid, 62
- betrouwbaarheid, 30
- bewijsplicht, 43
- bewijswaardering
 - vrije -, 43
- bindend advies, 40
- Bladel, van, 54
- Brenninkmeijer, 47
- Bruinsma, 54
- Brunt, 74
- burgerlijke rechtsvordering, 42
- caucus, 49
- Combrink-Kuiters, 56
- communicatie, 77
- conciliation, 40
- conflicthantering, 95
- controlefunctie, 37
- deskundigheid, 31, 65, 66, 99
- Dworkin, 27
- eBay, 73
- Ellickson, 88, 95
- executoriale titel, 57
- explicatiefunctie, 37
- fact finding, 40
- feedback
 - veredeling van -, 91
- feedbacksysteem, 74
- fifth party, 87
- flexibiliteit, 63
- fourth party, 87
- Franken, 62
- Fuller, 26
- geschiloplossing
 - functies van -, 22
 - vormen van -, 39
- heuristiek, 34
- Huls, 36
- inscherpingsfunctie, 37
- instemming, 34, 101
- integriteit, 63, 66, 99
- interimrapport fundamentele
 - herbezinning, 42
- Katsh, 74
- Kelman, 20
- kosten, 65
- legaliteit, 32, 100
- legitimatie, 34
 - als hulpproces, 19
 - als proces, 19
- legitimiteit, 18, 97
 - als instemming, 22

- operationalisatie van -, 19
- procedurele -, 21
- voorwerpen van -, 27
- legitimiteitscriteria, 29
- Luhmann, 21
- mediation, 40, 47
- mediation andere rechtshulp, 55
- mediation naast rechtspraak, 55
- mirror thesis, 25
- motivering, 37
- mutualiteit, 33
- onafhankelijkheid, 30, 99
- onderzoek, 40
- onpartijdigheid, 31, 66
- partij-autonomie, 43
- pendelbemiddeling, 49
- politieele functie, 43
- procedure op tegenspraak, 23
- procesbegeleiding, 39
- project kwaliteit, 65
- pseudo-recht, 58
- raad voor de rechtspraak, 65
- rationaliteit, 32, 99
- rechtseenheid, 42
- rechtsontwikkeling, 42
- rechtvaardiging, 35
- rechtverschaffing, 42
- reciprociteit, 33
- redengeving, 34
- reputatie, 89
- reputatiesystemen, 90
- Rifkin, 74
- Schiavetta, 62
- Shapiro, 22
- Sillevis Smitt, 54
- snelheid, 65, 67
- Snijders, 43
- SquareTrade, 73
- Sunshine, 18
- Susskind, 73
- Tamanaha, 242
- third party consultation, 39
- tijdigheid, 67
- titelverschaffing, 42
- toegankelijkheid, 79
- transparantie, 63
- transplantatie
 - van rechtssystemen, 26
- Tyler, 18
- vaststellingsovereenkomst, 57
- vertegenwoordiging, 46
- vertrouwelijkheid, 62
- verzoening, 40
- virtualisering
 - van geschiloplossing, 13, 73
 - van legitimiteit, 97
- virtualiseringsscenario, 75, 81
- virtuele blinddoek, 81
- voorwerpen van legitimiteit, 27
- Vranken, 35
- vrije bewijswaardering, 43
- wederkerigheid, 33, 100
- Zelditch, 19
- zorgvuldigheid, 31, 99

Over de auteur

Laurens Mommers werd geboren in Doetinchem op 23 augustus 1972. Hij studeerde politicologie (propedeuse 1992), filosofie (doctoraal 1996) en letteren (doctoraal cum laude 1996) in Nijmegen. Op dit moment studeert hij rechten (propedeuse cum laude 2004). Bij eLaw@Leiden, Centrum voor Recht in de Informatiemaatschappij van de Universiteit Leiden, promoveerde hij in de rechtsgeleerdheid op het proefschrift ‘Applied legal epistemology’ over juridische-kennisrepresentatie (2002). Verder schreef hij onder meer het ITeR-rapport ‘Knowing the law’ (1999) en het populair-wetenschappelijke ‘In Delen’ (2004). Naast zijn universitaire onderzoeks- en onderwijsactiviteiten was hij in dienst bij de VSNU voor het project RechtenOnline en bij BiXyte in Delft als computationeel taalkundige. Hij is fellow van het E.M. Meijers Instituut voor Rechts-wetenschappelijk Onderzoek. Naast zijn huidige aanstelling als universitair hoofddocent bij eLaw@Leiden werkt hij bij Legal Intelligence in Papendrecht.

**In de publicatiereeks van het Nationaal Programma voor
Informatietechnologie en Recht zijn verschenen:**

- ITeR nr. 1: J.E.J. Prins e.a., *In het licht van de Wet persoonsregistraties: zon, maan of ster? Verslag van een sociaal-wetenschappelijke evaluatie van de WPR*, Alphen aan den Rijn: Samsom BedrijfsInformatie 1995. [ISBN 90-14-05403-3]
- ITeR nr. 2: Jan Holvast, *Persoonsgegevens of niet: dat is de vraag*. Wim van de Donk e.a., *De WPR als zon, maan of ster*. Dirk Visser, *Auteursrechtvergoedingen in Europa en de VS*, Alphen aan den Rijn: Samsom BedrijfsInformatie 1996. [ISBN 90-14-05427-0]
- ITeR nr. 3: Anne-Marie Kemna & Astrid Tuinder, met medewerking van Hans Franken & Dries Neisingh, *Regulering van encryptie*. Theo de Roos, Gerard Schuijt & Louisa Wissink, met medewerking van Peter Mostert & Lynn van der Velden, *Smaad, laster, discriminatie en porno op het Internet*, Alphen aan den Rijn: Samsom BedrijfsInformatie 1996. [ISBN 90-14-05455-6]
- ITeR nr. 4: Wouter Hins, *De eeuwigdurende telecom-licentie*. Steven de Leeuw, met medewerking van Thijs Drupsteen, *Graafrechten voor telecommunicatievoorzieningen*. Maartje Verberne, Nico van Eijk & Egbert Dommering, *Veilen van frequenties voor Personal Communications Services*, Alphen aan den Rijn: Samsom BedrijfsInformatie 1996. [ISBN 90-14-05469-6]
- ITeR nr. 5: Simone van der Hof, *Overheidsinformatie in de etalage. Belangen rondom de toegang tot overheidsinformatie*. Jitske de Jong, Marcel Rietdijk & Yvette Pluijmers, *Vastgoed persoonlijk benaderd. Bescherming van persoonsgegevens binnen vastgoedregistraties*, Alphen aan den Rijn: Samsom BedrijfsInformatie 1997. [ISBN 90-14-05559-5]
- ITeR nr. 6: Annemarie Beunen, *Digitale manipulatie van beeldmateriaal: grenzen aan de grenzeloosheid*. Mars van Leent, *Overheidstoezicht op bemiddelingsorganisaties in het auteursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom BedrijfsInformatie 1997. [ISBN 90-14-05567-6]
- ITeR nr. 7: Simone van der Hof, met medewerking van Andreas Mitrakas, *De juridische status van de digitale handtekening*. Sylvia Huydecoper & Rob van Esch, *Geschriften en handtekeningen: een achterhaald concept?* Erik Schut en Elke Wiersema, met medewerking van Dries Neisingh, Anne-Marie Kemna & Peter Enneking, *Betrouwbaarheid van elektronische berichten in het betalingsverkeer*. ITeR workshop-verslag 17 december 1996, *De digitale handtekening. Juridische en organisatorische aspecten*, Alphen aan den Rijn: Samsom BedrijfsInformatie 1997. [ISBN 90-14-05568-4]
- ITeR nr. 8: Robert van Kralingen, Corien Prins & Jan Grijpink, met medewerking van Jan van Arkel & Franke van der Klaauw-Koops, *Het lichaam als sleutel. Juridische beschouwingen over biometrie*. Miriam Lips & Paul Frissen, *Wiring government*.

Integrated public service delivery through ICT. Heleen de Vlaam, Hans de Bruijn & Ernst ten Heuvelhof, *Interconnection disputes. Sweden, Great Britain and the United States*, Alphen aan den Rijn: Samsom BedrijfsInformatie 1997.

[ISBN 90-14-05569-2]

- ITeR nr. 9: Ingrid van den Berg, Hielke Hijmans & Aernout Schmidt (red.), *Regulering van het Internet*, Alphen aan den Rijn: Samsom BedrijfsInformatie 1997.
[ISBN 90-14-05570-6]
- ITeR nr. 10: Dirk Visser, *Naar een multimedia-bestendig auteursrecht*. Kamiel Koelman, *Multimedialicenties. Enkele juridische en praktische knelpunten*. Jacqueline Seignette, *Exploitatie en clearance van intellectuele eigendomsrechten in een digitale omgeving*, Alphen aan den Rijn: Samsom BedrijfsInformatie 1998.
[ISBN 90-14-05775-X]
- ITeR nr. 11: Anne-Wil Duthler, *Met recht een TTP! Een onderzoek naar juridische modellen voor een Trusted Third Party*, Deventer: Kluwer 1998.
[ISBN 90-14-05776-8]
- ITeR nr. 12: Kees Stuurman & Hugo Wijnands, *Electronic commerce. Een privaatrechtelijk kader voor multilaterale EDI*. Yao-Hua Tan, Andreas Mitrakas & Walter Thoen, *A formal analysis of Incoterms for electronic commerce*. Pascal Kolkman & Robert van Kralingen, *Verschuivend vertrouwen. Methoden voor het waarborgen van betrouwbaarheid in het elektronisch rechtsverkeer*, Deventer: Kluwer 1998. [ISBN 90-14-05777-6]
- ITeR nr. 13: Maurice Schellekens, *Strafbare feiten op de elektronische snelweg*. Rik Kaspersen, André Hofman & Joop Verbeek, *Vertrouwelijkheid van e-mail*. Joop Verbeek, Cyril van der Net & Jaap Tempelman, *Netwerkzoeking in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 1999. [ISBN 90-14-05778-4]
- ITeR nr. 14: Mireille van Eechoud & Jan Kabel, *Prijsbepaling voor elektronische overheidsinformatie*, Deventer: Kluwer 1998. [ISBN 90-26-83357-1]
- ITeR nr. 15: *Telecommunicatienummers en domeinnamen*. Egbert Dommering, *Het adres in cyberspace heeft geen plaats. Over adressen, telefoonnummers en domeinnamen*. Ted Clarkson e.a., *Mechanismen voor de verdeling van telecommunicatienummers*. Nico van Eijk, *Toekenning van servicenummers met alfanumerieke betekenis*. Ido Hurkmans, *Regulering van informatienummers*. Babiche Westerbrink, *De merken- en handelsnaamrechtelijke aspecten van het Domain Name System*, Deventer: Kluwer 1999.
[ISBN 90-268-3426-8]
- ITeR nr. 16: Hielke Hijmans & Annemique de Kroon (red.), *Wetgeving voor de elektronische snelweg: nadere beschouwingen*, Deventer: Kluwer 1999.
[ISBN 90-268-3486-1]
- ITeR nr. 17: Evert Neppelenbroek, Kees Stuurman & Hugo Wijnands, *Aansprakelijkheid voor schade aan apparatuur door mobiele telefoons*. Mark van Twist, Hans de Bruijn & Ernst ten Heuvelhof, *Verhandelbaarheid van vergunningen in de telecomsector*. Miriam Lips, Paul Frissen & Corien Prins, *Regulatory review through new media*

in Sweden, the UK, and the USA: convergence or divergence of regulation? Willem Grosheide & Claire de Schepper, *De juridische status van telefoonnummers. Opmerkingen over de plaats van het regio-telefoonnummer in het Nederlandse vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1999. [ISBN 90-268-3475-6]

- ITeR nr. 18: Bernd van der Meulen e.a., *Vertrouwelijk gegeven. Juridische beschouwingen over de verstrekking van bedrijfsgegevens aan de overheid en het beheer daarvan door de overheid*, Deventer: Kluwer 1999. [ISBN 90-268-3474-8]
- ITeR nr. 19: Joop Verbeek e.a., *Politie en Intranet. Normering van netwerkkoppeling en grensoverschrijdend gebruik van multimediale databases op een internationaal politieel Intranet*, Deventer: Kluwer 1999. [ISBN 90-268-3476-4]
- ITeR nr. 20: Sylvia Huydecoper, *Aansprakelijkheid, intermediairs en Electronic Data Interchange*. Merijn Seelt, *Aansprakelijkheid van de softwareleverancier voor de Millenniumbug*, Deventer: Kluwer 1999. [ISBN 90-268-3538-8]
- ITeR nr. 21: Rik Kaspersen e.a., *Contracten van Internetproviders: een adequate basis voor zelfregulering?*, Deventer: Kluwer 1999. [ISBN 90-268-3553-1]
- ITeR nr. 22: H. Franken e.a., *ICT en straftoemeting: de conferentie van 23 april 1998*. A.H.J. Schmidt, *ICT en rechtvaardige strafoplegging bij zeden- en opiumzaken*, Deventer: Kluwer 1999. [ISBN 90-268-3564-7]
- ITeR nr. 23: Tomas Oudejans, *Electronic Highway of Electronic Subway? Verborgen merkinformatie op het Internet in Amerikaans perspectief*, Deventer: Kluwer 1999. [ISBN 90-268-3551-5]
- ITeR nr. 24: *Toepassing van privacyregels op elektronische berichten*. Sjaak Nouwt, *Privacyregels voor Internetberichten*. Jan Holvast, *Privacyregels voor EDI-berichten*, Deventer: Kluwer 1999. [ISBN 90-268-3598-1]
- ITeR nr. 25: Laurens Mommers, *Knowing the law. Legal information systems as a source of knowledge*, Deventer: Kluwer 1999. [ISBN 90-268-3596-5]
- ITeR nr. 26: Lodewijk Asscher, *Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie*, Deventer: Kluwer 1999. [ISBN 90-268-3601-5]
- ITeR nr. 27: Maartje Louise Verberne, *Verdeling van het spectrum*, Deventer: Kluwer 2000. [ISBN 90-268-3600-7]
- ITeR nr. 28: J.E.J. Prins e.a., *De universiteitsbibliotheek in het databankenrecht. Een juridisch perspectief op de vraag naar de noodzaak en wenselijkheid van een bibliotheek als informatieproducent*, Deventer: Kluwer 2000. [ISBN 90-268-3645-7]
- ITeR nr. 29: Judica I. Krikke, *Het bibliotheekprivilege in de digitale omgeving*, Deventer: Kluwer 2000. [ISBN 90-268-3644-9]
- ITeR nr. 30: Leonie Siemerink, *De wenselijkheid en mogelijkheid van infiltratie en pseudokoop op het Internet*, Deventer: Kluwer 2000. [ISBN 90-268-3629-5]
- ITeR nr. 31: Bert-Jaap Koops, *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, Deventer: Kluwer 2000. [ISBN 90-268-3655-4]
- ITeR nr. 32: Babette Aalberts & Simone van der Hof, *Digital Signature Blindness*.

- Analysis of legislative approaches toward electronic authentication*, Deventer: Kluwer 2000. [ISBN 90-268-3656-2]
- ITeR nr. 33: H.S.M. Kruijer, *De exoneratieclausules in de algemene voorwaarden van de Federatie van Nederlandse ondernemingen in de Informatietechnologie (FENIT)*, Deventer: Kluwer 2000. [ISBN 90-268-3640-6]
 - ITeR nr. 34: Luuk Matthijssen, *Jurisprudentiedatabanken. Een internationaal vergelijkende studie naar de publicatie van rechterlijke uitspraken met behulp van informatietechnologie*, Deventer: Kluwer 2000. [ISBN 90-268-3658-9]
 - ITeR nr. 35: Joop Verbeek, Theo de Roos & Jaap van den Herik, *Interceptie van vertrouwelijke communicatie. De institutionele kansen en bedreigingen van het opnemen van vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000. [ISBN 90-540-9259-9]
 - ITeR nr. 36: A.R. Lodder, A. Oskamp & M.J.A. Duker, *Informatietechnologische ondersteuning binnen het strafprocesrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000. [ISBN 90-540-9263-7]
 - ITeR nr. 37: D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser & L.D. Bruining, *Ruimere octrooiëring van computerprogramma's: technicality of revolutie?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000. [ISBN 90-540-9267-X]
 - ITeR nr. 38: Pascal Kolkman, Robert van Kralingen & Sjaak Nouwt, *Privacy in bits en bytes. Privacyaspecten van electronic monitoring in netwerkomgevingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000. [ISBN 90-540-9268-8]
 - ITeR nr. 39: Bert-Jaap Koops e.a., met medewerking van Tomas Oudejans, *Overheden over internationalisering en ICT-recht. De standpunten van Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000. [ISBN 90-5409-270-X]
 - ITeR nr. 40: Mirjam Lips, Simone van der Hof & Kees Schalken, *Multiformity in information provision in a new media age. Challenged responsibilities for governments in Europe*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000. [ISBN 90-5409-271-8]
 - ITeR nr. 41: Tina van der Linden-Smith, *Een duidelijk geval: geautomatiseerde afhandeling*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001. [ISBN 90-5409-278-5]
 - ITeR nr. 42: Jan Holvast, *Het gebruik van persoonlijkheidsprofielen in de publieke sector*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001. [ISBN 90-12-09260-4]
 - ITeR nr. 43: Arno R. Lodder, Anja Oskamp & Aernout H.J. Schmidt (eds.), *IT support of the Judiciary in Europe*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001. [ISBN 90-12-09284-1]
 - ITeR nr. 44: Clara Sander, *Consumentenbescherming bij transacties op afstand*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001. [ISBN 90-12-09285-X]
 - ITeR nr. 45: Bert-Jaap Koops & Anton Vedder, met bijdragen van Jos Mensink & Stephan Raaijmakers, *Opsporing versus privacy: de beleving van burgers*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001. [ISBN 90-12-09343-0]

- ITeR nr. 46: Nirmala Sitompoel e.a., *(Zelf)regulering van nummers en domeinnamen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001. [ISBN 90-12-09348-1]
- ITeR nr. 47: Tom van Dijk, *Elektronische aanbesteding*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001. [ISBN 90-12-09349-X]
- ITeR nr. 48: Eric Schreuders, *Data mining, de toetsing van beslisregels & privacy. Een juridische Odyssee naar een procedure om het toepassen van beslisregels te kunnen toetsen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001. [ISBN 90-12-09350-3]
- ITeR nr. 49: Christiaan Alberdingk Thijm, *Privacy vs. auteursrecht in een digitale omgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001. [ISBN 90-12-09451-8]
- ITeR nr. 50: Hans de Bruijn e.a., *Samenloop bij toezicht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002. [ISBN 90-12-09461-5]
- ITeR nr. 51: Corrette Ploem, *Wetenschapsbeoefening en belemmerende privacywetgeving: de wetgever in balans?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002. [ISBN 90-12-09471-2]
- ITeR nr. 52: Edward Peeman, *Electronic Commerce en de Europese omzetbelasting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002. [ISBN 90-12-09472-0]
- ITeR nr. 53: Justin Broeders e.a., *Vergunningen op Internet: meer dan gokken op een handhaafbaar stelsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002. [ISBN 90-12-09501-8]
- ITeR nr. 54: Babette Aalberts, *Beelddatabanken: stilstaand beeld in beweging?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002. [ISBN 90-12-09502-6]
- ITeR nr. 55: Ruben Sietsma, Joop Verbeek & Jaap van den Herik, *Datamining en opsporing. Toepassing van datamining ten behoeve van de opsporingstaak: strafprocesrecht versus recht op privacy*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002. [ISBN 90-12-09503-4]
- ITeR nr. 56: Georges van den Eshof e.a., *Opsporing van verborgen informatie. Technische mogelijkheden en juridische beperkingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002. [ISBN 90-12-09504-2]
- ITeR nr. 57: Kamiel Koelman, *Auteursrecht en technische voorzieningen. Juridische en rechtseconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003. [ISBN 90-12-09505-0]
- ITeR nr. 58: Alexander Tsoutsanis, *Domeinnaamgeschillen: inbreuk, onrechtmatige daad of kwade trouw? Stand van zaken-onderzoek voor een geschillenregeling in het .nl-domein*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003. [ISBN 90-12-09506-9]
- ITeR nr. 59: Jelle Arts, *Toegang tot publiek gefinancierde data*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003. [ISBN 90-5409-373-0]
- ITeR nr. 60: Hein Dries, Serge Gijrath & Paul Knol, *Openbaarheid van netwerken en diensten in de Telecommunicatiewet*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003. [ISBN 90-5409-374-9]
- ITeR nr. 61: Kristianne Horrevorts & Rob van Esch, *De rol van zelfregulering bij de juridische erkenning van elektronische documenten en elektronische handtekeningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003. [ISBN 90-5409-335-8]

- ITeR nr. 62: Marjolijn van Gool & Rob van Esch, *Betalingen via Internet en faillissement*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2003. [ISBN 90-5409-382-X]
- ITeR nr. 63: Hans Franken e.a., *Zeven essays over informatietechnologie en recht*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2003. [ISBN 90-5409-391-9]
- ITeR nr. 64: Bart Schermer, *Opsporing vs. privacy in peer-to-peer netwerken*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2003. [ISBN 90-5409-390-0]
- ITeR nr. 65: Harry Bouwman e.a., *Interconnectie: het vaste telefoonnet, het mobiele net en internet*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2003. [ISBN 90-5409-393-4]
- ITeR nr. 66: Anne-Wil Duthler, *Digitale identiteit en pseudonieme digitale certificaten*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2004. [ISBN 90-5409-395-1]
- ITeR nr. 67: Sophie van Loon, *Databankenrecht en mededinging, ontwikkelingen vanaf 1996 en evaluatie*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2004. [ISBN 90-5409-407-9]
- ITeR nr. 68: Arno R. Lodder e.a., *Spam, spammer, ..., analyse van het recht en de techniek rond elektronische ongevraagde commerciële communicatie, in het bijzonder via email*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2004. [ISBN 90-5409-425-7]
- ITeR nr. 69: Joop Verbeek, *Politie en de Nieuwe Internationale Informatiemarkt, Grensregionale politieke gegevensuitwisseling en digitale expertise*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2004. [ISBN 90 5409 424 9]
- ITeR nr. 70: Bert-Jaap Koops, Hanneke van Schooten en Merel Prinsen, *Recht naar binnen kijken: een toekomstverkenning van huisrecht, lichamelijke integriteit en nieuwe opsporingstechnieken*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2004. [ISBN 90 5409 430 3]
- ITeR nr. 71: Colette Cuijpers, *Privacyrecht of privaatrecht? Een privaatrechtelijk alternatief voor de implementatie van de Europese privacyrichtlijn*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2004. [ISBN 90-5409-435-4]
- ITeR nr. 72: Marga Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2004. [ISBN 90 5409 448 6]
- ITeR nr. 73: Sjaak Nouwt, *Privacy voor doe-het-zelvers. Over zelfregulering en het verwerken van persoonsgegevens via internet*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2005. [ISBN 90-1210-913-2]
- ITeR nr. 74: Marieke Berghuis, *Informatielicenties. Een analyse van UCITA en de rechtspraktijk in Nederland en de Verenigde Staten*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2005. [ISBN 90-1210-956-6]
- ITeR nr. 75: Bart Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2005. [ISBN 90-1211-104-8]
- ITeR nr. 76: Anton Ekker, *Anoniem communiceren: van drukpers tot weblog*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2006. [ISBN: 90-1211-256-7]
- ITeR nr. 77: Laurens Mommers, *Legitimiteit en virtualisering van geschilplossing*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2006. [ISBN: 90-1211-569-8]

