



Mediation

En retspolitisk undersøgelse af om der bør laves en lov om mediation.

AF: HELLE ANKERSTJERNE, STUDIENR.: 20144779 KANDIDATSPECIALE, JURA 10. SEMESTER, AAU,
2020

Vejleder: Carsten Munk Hansen, fag: Civilproces

INDHOLDSFORTEGNELSE

1	KAPITEL	3
1.1	INDLEDNING	3
1.2	AFGRÆNSNING	5
1.3	PROBLEMFORMULERING	7
1.4	METODE.....	8
1.4.1	<i>Retskilder og fortolkningsbidrag</i>	8
1.4.2	<i>Retsvidenskabsteori og metodevalg</i>	9
2	MEDIATION OG RETSMÆGLING	11
2.1	MEDIATION.....	11
2.1.1	<i>Den reflekse model</i>	12
2.1.2	<i>Frivillighed og fortrolighed</i>	14
2.1.3	<i>Neutral og upartisk</i>	15
2.2	RETSMÆGLING.....	15
2.2.1	<i>Historisk</i>	15
2.2.2	<i>Evalueringsrapport</i>	17
2.2.2.1	Delkonklusion	27
2.2.3	<i>Retsplejerådets betænkning</i>	28
2.2.3.1	Delkonklusion	28
2.2.4	<i>Forligsrater i 2017 og 2018</i>	29
3	BEHOV	30
3.1	MEDIATION – ET STRUKTURERET FORLØB	30
3.1.1	<i>Åbningfasen</i>	30
3.1.2	<i>Oplysende fase hvor behov og interesser afdækkes</i>	31
3.1.3	<i>Problemet konkretiseres</i>	33
3.1.4	<i>Brainstorm på løsninger</i>	34
3.1.5	<i>Udvælgelse af passende aftale eller kombination af aftaler</i>	35
3.1.6	<i>Godkendelse af aftale</i>	36
3.1.7	<i>Delkonklusion</i>	37
3.2	VOLDGIFTSINSTITUTTETS FORSLAG TIL MEDIATION	37
3.2.1	<i>Delkonklusion</i>	41
4	PROCESSUEL UKLARHED VED FORÆLDELSE	42
4.1	DOM U.2015.1412S	43
4.1.1	<i>Delkonklusion</i>	44
5	AB18 LØSNINGSTRAPPE	44
5.1	DELKONKLUSION	46
6	ERFARINGER FRA BRANCHEN	46
6.1	MEDIATORADVOKATERNES ERFARINGER.....	46
6.2	STØRRE UDBREDELSE.....	48
6.2.1	<i>Mediationsinstituttet, dansk industri og dansk byggeri</i>	48
6.3	CORONA.....	49
7	ANBEFALING	50
8	KONKLUSION	52

9	ABSTRACT.....	55
10	LITTERATURLISTE.....	57
11	DOKUMENTATION FOR ANTAL ANSLAG.....	59

1 Kapitel

1.1 Indledning

Mennesker er socialt anlagte væsner. Vi snakker, netværker og samarbejder på tværs af mange forskellige arbejdsområder, holdninger og verdensbilleder.

Når vi er så meget i kontakt med hinanden socialt, så vil der indimellem opstå konflikter.

Det sker, at konflikter synes uløselige, og at man derfor må søge professionel hjælp til at løse dem.

I det danske retssamfund findes der flere muligheder for at få løst tvister.

Retsplejeloven behandler konfliktmægling i kapitel 27, hvorefter en retsmægling først kommer på tale efter sagen er anlagt hos byretten.¹

Det betyder, at parterne allerede er langt i konflikten, da sagsøger ved stævningen har nedlagt påstand om kravet, sagens værdi, sagstype og en kort beskrivelse af sagen, samt udførlig fremstilling af faktiske og retlige omstændigheder og beviser, jf. RPL § 348, stk. 1. nr. 3-5. Desuden er der betalt retsafgift.

Efter stævningen kan parterne, efter anbefaling fra dommeren, kræve at retten udpeger en retsmægler til at mægle mellem dem.

Fordelen herved er, at parterne sparer både tid og penge ved, at undgå, at sagen ender i en retssag. Derudover vil parterne begge være vindere, da de har fundet løsningen i fællesskab på baggrund af interesser og behov.

Dette står i modsætning til retssagen, hvor det er dommeren der bedømmer sagen, ud fra et rent retligt grundlag, således er der kun én vinder.

Finder parterne ikke frem til en løsning, kan sagen fortsætte ved domstolene som en traditionel retssag.²

¹ LBK nr 938 af 10/09/2019 Retsplejeloven, herefter RPL

² Danmarks domstole, Retsmægling. sidst set: 18.05.2020

I erhvervslivet kan parterne allerede ved kontraktindgåelse tilføje et punkt om tvunget voldgift, i tilfælde af en tvist mellem parterne, jf. Voldgiftsloven § 7.³

Ved voldgift anlægges sagen enten ved indgivelse af en klage, til ét af de 3 institutter for voldgiftsbehandling, eller parterne kan selv etablere en ad hoc voldgiftsret.^[2] Fordelen ved voldgift er, at parterne selv er medbestemmende på valget af voldgiftsdommeren, og de kan derfor vælge én med kendskab til det erhvervsområde tvisten handler om. Derudover kan en voldgiftsavgørelse i udgangspunktet ikke ankes, jf. VL § 8. Dette gør sagen mindre omkostningstung og med kortere sagsbehandlingstid end ved en almindelig retssag.⁴ Ved voldgift, foretager en tredjeperson afgørelsen ud fra den juridiske ramme.

Der vil derfor være en vinder og en taber, hvor taberen er afskåret fra at anke afgørelsen. Dette fremmer ikke et fortsættende samarbejde mellem parterne.

Foruden retsmægling efter RPL og voldgift efter VL, findes endnu en metode til konflikthåndtering. Udenretlig mediation minder rent metodisk som retsmægling, med den forskel, at sagen endnu ikke er anlagt ved domstolene. Dermed kan en konflikt "fanges" allerede på et tidligt stadie, inden den er optrappet til et egentligt sagsanlæg. Netop fordi parterne selv, med vejledning fra en uddannet mediator, finder frem til en fælles løsning, vil en aftale også være mere holdbar fremadrettet. En anden fordel er, at begge parter går derfra som vindere og som følge heraf kan samarbejdet ofte fortsætte. En mediation kan tage få timer og er derfor væsentlig mere tidsbesparende end retsmægling og voldgift.

Men da den udenretlige mediation er ulovfæstet, består den af 3 aftaler som retligt behandles efter de aftaleretlige regler:

- *Aftalen mellem parterne om mediationens forløb.*
- *Aftalen mellem parterne og mediator, herunder mediators sikkerhedsstillelse og*
- *Den endelige aftale mellem parterne, hvis mediationen er succesfuld.⁵*

³ LOV nr 553 af 24/06/2005, Voldgiftsloven, herefter VL.

⁴ Voldgiftsinstituttet, Om voldgift, sidst set 18.05.2020

⁵ Johan Tufte-Kristensen m.fl.: Behovet for en lov om mediation, Voldgiftsinstituttet, 2018, s. 19-21. Et forslag udarbejdet af en arbejdsgruppe under voldgiftsinstituttet. Herefter betegnet "Behovet for en lov"

Som det er i skrivende stund, forår 2020, findes der ikke en egentlig lov om mediation, men Voldgiftsinstituttet har i 2018 udgivet en redegørelse omhandlende behovet for en lov om mediation.^[5]

Mediation er ligeledes specifikt nævnt i den nye AB18 vejledning, som en del af en løsningstrappe til konflikthåndtering i bygge- og anlægsbranchen.⁶

Voldgift er i dag den mest udbredte form for løsning af tvister i bygge og anlægsbranchen, men da der bliver foretaget en afgørelse, vil der unægtelig være en vinder og en taber. Dette kan undgås ved mediation og det kan derfor undre hvorfor det ikke er mere udbredt til konfliktløsning end det er.

Det er derfor interessant at undersøge om der er et reelt behov for klare retningslinjer ved indsættelse af en separat lov om mediation.

1.2 Afgrænsning

I 2019 blev det nye Familieretshus oprettet og på samme tid indsatte man et tilbud om konfliktmægling i forbindelse med sager om samvær, bopæl og forældremyndighed. I den forbindelse udarbejdede man et sæt etiske retningslinjer for processen, som beskriver definition af mæglingen, samt de grundlæggende principper omkring den. Ved familieretshuset tager man udgangspunkt i den reflektive model, hvilken også bliver behandlet nedenfor.⁷

For at undgå undgå forvirring, vil dette speciale tage udgangspunkt i obligationsretten, her med fokus på bygge- og anlægsbranchen. Som følge deraf, afgrænser specialet sig fra mediation i familieretten.

Mediation som proces, egner sig fortrinsvis til dispositive tvister, hvor parterne selv har råderetten. Derfor vil specialets fokus udelukkende være på mediation som konflikthåndteringsmetode ved kommercielle dispositive tvister, og dermed afgrænses fra eksempelvis naboretten.

⁶ AB18, vejledning nr. 9632 af 10. august 2018 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed. Herefter "AB18"

⁷ Familieretshusets etiske retningslinjer for retsmægling, 30.09.2019

Mediation er en metode der er hentet fra udlandet og i Danmark er vi særlig inspireret af Norge, der indførte retsmægling ved lov som en prøveordning 1. januar 1997.⁸ Desuden har mediation også fanget EU's interesse og EU-parlamentet vedtog i 2008 et EU-direktiv om netop mediation, men da Danmark er omfattet af et retligt forbehold, er vi ikke bundet af direktivet.⁹

Selvom det er vanskeligt at afholde sig helt fra at nævne inspirationen fra udenlandsk mediation, så vil specialet afholde sig fra at beskæftige sig i dybden hermed. Der vil her blive foretaget en formålsfortolkning af forarbejderne til retsmægling og AB18 i dansk kontekst, og der afgrænses fra det internationale udsyn.

Aftaleparter kan indgå en aftale om voldgift ved fremtidig eller opstået tvist. Voldgiftsdomstolen anses for en privat domstol, og er reguleret af voldgiftsloven. En sag der er anlagt til voldgift, afgøres af én eller flere voldgiftsdommere. Der findes flere voldgiftsretter, og for byggeriet bliver sager om voldgift oftest behandlet af Voldgiftsnævnet for Byggeri- og Anlægsvirksomhed. Da dette speciales hovedformål er, at undersøge, hvorvidt der bør laves en separat lov, som regulerer området for udenretlig mediation, og da voldgift fungerer som en domstol, giver det ikke mening at behandle voldgift yderligere.

Der er delte meninger i faglitteraturen, om man vil bruge termerne "mægling", "konfliktmægling", "retsmægling" eller "mediation" og Vibeke Vindeløv mener ikke, mediation som udtryk beskriver processen ved konfliktmægling præcist nok. Hun gør dog opmærksom på, at hendes mening ikke er en dogmatisk fremstilling, som er endelig og derfor ikke kan fraviges, til fordel for andre meninger. Hun mener derimod, at det danske ord konfliktmægling er mere beskrivende for processen og bruger i sin bog ordene "konfliktmægling" og "mægler".¹⁰

I Bo von Eybens bog "Juridisk Ordbog", støtter man sig op af retsplejelovens formulering i kapitel 27 og forklarer retsmægling; "*bistand til parterne i en civil sag, der er indbragt for domstolene, til*

⁸ Vibeke Vindeløv, Konfliktmægling, 3. udg. Jurist- og Økonomiforbundet. 2013. s. 381. Herefter "Konfliktmægling"

⁹ Konfliktmægling s. 387

¹⁰ Konfliktmægling s. 49-50

at nå frem til en aftalt løsning på tvisten ved hjælp af en retmægler, som udpeges af retten efter anmodning fra parterne, jf. RPL kap. 27.”¹¹

Voldgiftsinstituttet bruger termen ”mediation”¹² og i vejledning til bygge- og anlægsbranchen (AB18) bruger man ligeledes ”mediation”.¹³

Desuden skelner Voldgiftsnævnet for bygge og anlæg mellem hhv. mediation og mægling, hvor mediation beskriver metoden hvor mediator ikke fremkommer med løsningsforslag, hvilket han gerne må ved mægling.¹⁴

Da dette kandidatspeciale beskæftiger sig med mediation som et særligt udenretligt konflikthåndteringsværktøj der adskiller sig fra voldgift og retsmægling, samt at man ved Voldgiftsinstituttet samt bygge- og anlægsbranchen bruger termen ”mediation”, giver det mest mening her, at omtale mediationsprocessen ved termen ”mediation”.

Dermed vil specialet i udgangspunktet afholde sig fra at bruge termen ”konfliktmægling”.

Retsmægling vil blive brugt i forbindelse med behandling af emnet i Retsplejeloven og her vil den forkortede udgave være mægling, for at tydeliggøre forskellen på indenretlig retsmægling og udenretlig mediation, trods teorien er den samme.

1.3 Problemformulering

Specialet foretager en retspolitisk undersøgelse af, om der bør laves en separat lov om mediation.

Specialet vil;

- Belyse mediation som konfliktmæglingsværktøj.
- Undersøge retstilstanden for retsmægling.
- Vurdere retssikkerhedsfordele ved ny lov om mediation.

¹¹ Bo van Eyben, Juridisk ordbog, Forelaget Thomson, 13 udg. 2008. s. 329

¹² Voldgiftsinstituttet, om mediation, sidst set 18.05.2020

¹³ AB18

¹⁴ Voldgiftsnævnet for Byggeri- og Anlæg, Om mægling og mediation. Sidst set 18.05.2020. Herefter ”om mægling og mediation”

1.4 Metode

1.4.1 Retskilder og fortolkningsbidrag

Som følge af legalitetsprincippet, finder den retlige trinfølge anvendelse i dansk ret. Som følge heraf er rækkefølgen; grundlov, lov og bekendtgørelse og en regel kan derfor ikke stride mod en trindhøjere regel.

Retsplejeloven beskriver således retsområdet for retsmægling, mens mediation som konflikthåndteringsmetode ikke er et område der er lovfæstet.

Da specialet sigter mod at beskrive et ulovfæstet område ved retspolitisk metode, beskæftiger specialet sig foruden RPL, primært med fortolkningsbidrag i form af undersøgelser, artikler og juridisk litteratur med øje for, at disse potentielt kan være en svaghed for specialet, da de afspejler forfatterens syn på området og ikke den endegyldige sandhed. Dog er de anvendte kilder fra forfattere, der ofte bliver nævnt i forbindelse med mediationsområdet, hvorfor det her fungerer som et udmærket fortolkningsbidrag.

Retsplejeloven vil blive brugt til at fastlægge gældende ret for retsmægling og det er her interessant at undersøge detaljeringsgraden i loven og hvorvidt metoden er lig den udenretlige mediation. RPLs forarbejder vil som følge heraf blive brugt til at belyse fordelene og ulemperne ved retsmægling, for her at kunne inddrage dette i undersøgelsen om retsmægling er dækkende for hele området, og derfor gør udenretlig mediation overflødig.

Ved tvister indenfor bygge og anlægsbranchen er der i den nye vejledning (AB18) blevet indsat en løsningstrappe til behandling af tvister, hvori mediation er et af elementerne.¹⁵ Det er interessant at undersøge baggrunden for indsættelsen af særlig den del der omhandler mediation, samt hvilken form mediationen er i forhold til den udenretlige mediation.

¹⁵ AB18

Mediation er, som nævnt, en ulovfæstet og udenretlig metode, som bruges til konflikthåndtering udenfor retssystemet. Der findes meget litteratur om emnet og Voldgiftinstituttet nedsatte i 2017 et udvalg, der gennem et år skulle undersøge, om det er hensigtsmæssigt, at vedtage lovgivning om mediation, og hvordan en sådan lovgivning skulle indrettes. Rapporten udkom d. 1. november 2018¹⁶ Det er her interessant, at undersøge, hvad begrundelsen for det fremkomne resultat af undersøgelsen er.

Vibeke Vindeløv har i sin bog, *Konfliktmægling*, beskrevet mediationsprocessen i sin helhed fra den første kontakt med mediator til den endelige aftale, eller mangel på samme. Denne bog vil blive brugt til at belyse kerneværdierne i mediation og processen i sin helhed.¹⁷

I 2019 udkom en bog, hvori Carsten Juul i samarbejde med Thomas Samsø Bloch har interviewet en række mediatorer fra forskellige advokathuse om deres erfaringer med mediation¹⁸. Denne vil også blive inddraget til at belyse emnet fra mediatoradvokaternes synspunkt.

Der er et retssikkerhedsmæssigt problem vedrørende forældelse, fordi Sø- og Handelsretten i dom U.2015.1412S udtalte, at selvom en rammeaftale indeholder et krav om mediation ved en konflikt, fratager det ikke en parts mulighed for at anlægge en sag om forældelse ved domstolene. Denne dom vil blive inddraget under et særskilt kapitel om forældelse.

Derudover vil en række artikler og oversigter blive brugt som fortolkningsbidrag.

1.4.2 Retsvidenskabsteori og metodevalg

Retdogmatisk metode beskriver gældende ret, "de lege lata". I Danmark finder den retlige trinfølge anvendelse og består af grundlov, lov, bekendtgørelse og retspraksis i nævnte rækkefølge, med Grundloven som den mest betydningsfulde i dansk ret.

¹⁶ Behovet for en lov

¹⁷ *Konfliktmægling*

¹⁸ Carsten Juul og Thomas Samsø Bloch, *Løsningens labyrint – advokaters erfaring med mediation*, 1 udg. Djøf Forlag. 2019. Herefter "Løsningens Labyrint, navn på den interviewede"

Den retsdogmatiske metode vil her blive brugt til at beskrive gældende ret for retsmægling i Retsplejeloven og for mediation i den nye løsningstrappe i AB18 vejledningen for byggeri- og anlægsbranchen.

Når man undersøger hvorvidt der bør laves en ny lov om mediation, kan man ikke bruge den traditionelle retsdogmatiske metode der beskriver gældende ret, "*de lege lata*". I stedet må man tage retspolitisk analyse i brug, "*de lega ferenda*".

*"Retspolitikens opgave er at undersøge muligheden for og beskrive anvisninger til en ny, anden eller mere entydig ret ud fra givne hensyn."*¹⁹

I Carsten Munk-Hansens bog "*Retsvidenskabsteori*" refereres til Jørgen Dalberg-Larsens fem idealtyper for retspolitik:

1. *Retspolitikeren som bygmester,*
2. *Retspolitikeren som social teknolog,*
3. *Retspolitikeren som talsmand for den juridiske tradition,*
4. *Retspolitikeren som talsmand for borgernes værdier,*
5. *Retpolitikeren om moralfilosof.*

I det følgende vil de effektivitetshensyn der ligger bag et behov for en lov om mediation, herunder potentiale, økonomisk fordel, tidsramme for processen samt retssikkerhedsmæssige problematikker blive undersøgt.

Ud fra Jørgen Dalberg-Larsens retspolitiske idealtyper, indtager dette speciale rollen som social teknolog, der er kendetegnet med behandling af netop effektivitetshensynet, herunder behovet for en ny lov.

¹⁹ Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*. Jurist- og Økonomiforbundet, 1. udg. 1. oplag. 2014 s. 105, herefter "*Retsvidenskabsteori*"

2 Mediation og Retsmægling

2.1 Mediation

Mediation er et forholdsvis nyt redskab og det er derfor relevant at nævne den sparsomme historiske baggrund indledningsvis, for overblikkets skyld.

Mediation som konflikthåndteringsmetode kom til Danmark, ved det første kursus i konfliktmægling på Københavns Universitet i 1991 og i 1994 åbnede flere private institutioner med blandt andet kurser i konfliktmægling.

Det var dog først i 2003 Advokatsamfundet stiftede foreningen Danske Mediatoradvokater, der er specialuddannede advokater.²⁰

Vibeke Vindeløv beskriver medlemmerne som;

*"Advokater, der har gennemgået Advokatsamfundets mediatoruddannelse eller tilsvarende uddannelse. Mediatoradvokater er fuldstændig uafhængige, upartiske, har tavshedspligt og er underlagt særlige etiske regler for mediatoradvokater"*²¹

I dag undervises der i mediation som valgtfag på jurauddannelsens overbygning på både Aalborg Universitet og Københavns Universitet.

Der er listet 42 mediatoradvokater op, hos mediationsinstituttet og de er fordelt i hele landet. Når der kommer et ønske om mediation hos Mediationsinstituttet, sørger instituttet for at finde den rette mediator til parterne, så denne har erfaring indenfor det område konflikten handler om. Selvom dette teoretisk ikke er nødvendigt, er det betryggende for parterne at vide, at trods dét at mediator er neutral, upartisk og ikke kommer med løsninger, så sidder vedkommende dog med baggrundsviden om sagens faglige indhold. Eksempelvis entrepriseforhold. Derudover sikrer instituttet at mediator ikke er inhabil og efter mediationen evaluerer instituttet med parterne om mediationen.²²

²⁰ Konfliktmægling, s. 377-378.

²¹ Konfliktmægling s. 378

²² Mediationsinstituttet om udpegning af mediator Sidst set 18.05.2020

Voldgiftsnævnet for byggeri og anlæg samarbejder med Mediationsinstituttet om mediation, så det er de samme mediatorer der tilbydes.²³

Mediation betyder; *"det som er i midten"* og er afledt af det latinske ord *medius*.²⁴

Mediation har sin egen karakteristika, der gør den væsensforskellig fra voldgift. For hvor hvor der er en voldgiftsdommer bedømmer sagen og dermed beslutter sagens udfald, afholder en mediator sig fra at komme med løsninger.

Mediation er en udenretlig proces, der på mange måder ligner retsmægling. Retsmægling afgrænser sig fra mediation ved, at en stævning allerede er indgivet til Byretten, og det herefter er en dommer der anviser til retsmæglingen, der foretages af særligt uddannede advokater, dommerfuldmægtige og dommere.²⁵

Mediation er derfor både billigere og tidsbesparende, da man ikke har brugt både interne ressourcer og advokatbistand på at forberede sagen.

Ud over, at afgrænse sig fra mediation på disse områder, består selve indholdet af retsmæglingen af det samme som mediationen. I forarbejderne til RPL, beskrives den refleksive model og den skal bruges på samme vis og med samme principper, som i den udenretlige mediation.

Der findes flere modeller, der beskriver mediationsforløbet og i Danmark er den mest udbredte, den refleksive model, der udspringer som en blanding fra flere andre modeller, der beskriver forløbet i faser.²⁶

I det følgende vil mediations karakteristika blive belyst, for at kunne fungere som sammenligningsgrundlag for de efterfølgende kapitler i specialet.

2.1.1 Den refleksive model

Den refleksive model er den mest udbredte i Danmark, og beskriver mediationsforløbet, som et fortløbende mæglingsforløb mellem 2 parter med en neutral og upartisk mægler. Forløbet udgør

²³ Om mægling og mediation.

²⁴ Konfliktmægling s. 49

²⁵ Bet. 1481/2006 s. 2. Retsplejerådets betænkning; Reform af den civile retspleje

²⁶ Konfliktmægling s. 45

en række faser. Igennem disse faser kortlægges parternes følelser og behov og de forsøger herefter at finde frem til en fælles løsning.

I begyndelsen vil parterne hver især have en lineær tankegang, men efterhånden som de lytter til hinanden fortælle, får de en mere konisk udvidelse af deres tanker om den anden part. Dette giver plads til at kunne finde alternative fælles løsninger, der før havde været umuligt at se. I processen er det vigtigt at hver part historie ses som sand, selvom historierne er forskellige, fordi det ikke er meningen, at dekonstruere parternes historier. Når en part fortæller sin historie i den, er historien for denne part, under de forudsætninger denne måtte have, sand på dette tidspunkt.

Mediatorens job er, at vejlede og støtte parterne i deres historier og hjælpe dem til at reflektere over, om der kunne være andre løsninger, der kunne være mulige, frem for den umiddelbare. Dette forsøger mægleren gennem en række spørgeteknikker, og ved at få parten til at føle sig forstået og accepteret, i det vedkommende sidder med af problematikker.

Det er udgangspunktet, at mediatoren har en tilbageholdende rolle, fordi parterne selv skal have tid og mulighed for at komme til orde og reflektere over den andens ord. For at undgå, at en uenighed eskalerer til skænderi og overgreb, fungerer mægleren også som et filter mellem ordvekslingen gennem spejling og empati, samt at være rollemodel.²⁷

Det er mediatoren der vurderer, ud for parternes handlinger, følelser og behov samt på hvilket stadie i processen de befinder sig, hvorvidt han skal tage forskellige handlingsmæssige redskaber i brug. Mediator har derfor stor frihed til selv at vælge "sin stil". Det er også muligt at låne redskaber og ideer fra de andre metoder, men de er mere fastlagte modeller og grunden til den reflektive model er så udbredt i Danmark, er at mediator har frihed til at vælge sin egen måde. Det betyder dog ikke at der er totalt frihed trods den elektiske tilgang. For hvis mægleren uden opfordring fra parterne kommer med løsningsforslag, vil mediationen miste sin særlighed og dermed blive en form for quasi-voldgift.²⁸

²⁷ Konfliktmægling s. 46

²⁸ Konfliktmægling s. 21-23

2.1.2 Frivillighed og fortrolighed

Til forskel fra voldgift og Voldgiftsnævnet for bygge og anlægs mægling²⁹ er kernen i mediation, at det er parterne selv, der fremkommer med den endelige aftale. De deltager frivilligt og kan forlade processen på et hvilket som helst tidspunkt, uden at være bundet af noget. Desuden er der tavshedspligt for alle parter, med mindre man har aftalt andet. Dermed kan parterne føle sig trygge, og vil som følge heraf være mere åbne for processen.³⁰

Frivilligheden gælder også for mediator, der til enhver tid kan stoppe mediationen, hvis han mener den er udsigtsløs. Det er til forskel fra domstolsbehandling, hvor en dommer skal træffe en afgørelse, hvis sagens juridiske karakter tilsiger det.

Der kan opstå tvivl, om en part deltager frivilligt, eller under pres fra arbejdsgiver, for ikke at miste penge eller forældremyndighed i disse sager. Her forklarer Vibeke Vindeløv, at man ikke skal se på det indbyrdes forhold mellem parterne, men at mediator må gå ud fra at der er truffet en frivillig afgørelse om at deltage, selvom parten reelt har haft valget mellem "pest eller kolera". Mediator må gå ud fra, at deltagelsen trods alt, er det mindst dårlige valg, af to dårlige valg.³¹

Fortrolighed er en værdi der bør drøftes med parterne allerede i begyndelsen af mæglingen, for at få fastlagt rammerne for fortroligheden. Særligt om man må drøfte sagen med en nær person samt fastlæggelse af det omfang man må tale med pressen, hvis det er en sag af interesse for pressen. Desuden skal det aftales, at man ikke medbringer informationerne fra mødet i en eventuel retssag senere. Ifølge Aftalelovens § 1, er mundtlige aftaler gældende, men det er af bevismæssige grunde vigtigt, at få skrevet aftalerne ned til eventuelt senere brug. Det er for mediators vedkommende også muligt, at aftale med parterne om han må drøfte sagens indhold med en mediator kollega uden at nævne parternes navne.³²

²⁹ Om mægling og mediation

³⁰ Konfliktmægling s. 51.

³¹ Konfliktmægling s. 145-146

³² Konfliktmægling s. 146-147

2.1.3 Neutral og upartisk

Mediators neutralitet består i, at mediator i løbet af mediationen kan komme til, at blive farvet af parterne. Eksempelvis komme til at holde med en af parterne. Det er almindeligt forekommende, og helt naturligt og menneskeligt, at mediator løbende skifter holdning til parterne. Her er det mediators opgave, ikke at bringe disse holdninger ind i mediationen, men forholde sig helt neutralt overfor parterne.

En anden kerneværdi i mediationsprocessen er mediators upartiskhed, hvorefter mediator ikke ifølge teorien, interesserer sig for hvori den endelige aftales indhold består, men nærmere at hjælpe parterne til at se deres modparts synspunkt i et bredere perspektiv. Dette skulle munde ud i, at parterne herefter sammen kan finde en løsning, begge kan være tilfredse med, men som måske havde været svært, at se inden mediationen. Man udvider parternes lineære tænkning, ved at lade dem lytte til den anden parts side af historien.³³

2.2 Retsmægling

2.2.1 Historisk

D. 1. marts 2003, blev en forsøgsordning, som havde til formål at undersøge hvorvidt en fast ordning om retsmægling, burde indsættes i Retsplejeloven. Forsøgsordningen blev iværksat af Justitsministeriet, Domstolsstyrelsen og Advokatrådet, og blev implementeret ved byretterne i København, Aarhus, Aalborg, Roskilde og Vestre Landsret.³⁴

I et notat fra Justitsministeriet i februar 2003 angiver man, at forsøgsordningen angår retsmægling som en særlig teknik der adskiller sig fra traditionel forligsmægling, fordi mægleren hjælper parterne med selv at finde frem til en løsning gennem samtale, hvor den retlige ramme ikke vægtes så klart, som ved forligsmægling. Dermed inddrages både parternes behov, interesser og

³³ Løsningens labyrint – Advokat Benjamin Lundström, Sirius Advokaterne s. 43

³⁴ Bet. 1481/2006 s. 2

fremtidsperspektiv. Ved forligsmægling beskæftiger man sig udelukkende med parternes krav, og den retlige ramme herfor.

Mægler skal ved retsmæglingen afholde sig fra at komme med løsningsforslag, og kan heller ikke træffe afgørelse i sagen. Til gengæld kan mægler ved retsmægling afholde separate møder med parterne, hvilket forandrer processen radikalt fra forligsmægling.³⁵

I notatet er angivet følgende;

”Formålet med retsmægling er ikke at afgøre, hvem der har ret eller uret, men snarere at integrere parternes krav og rettigheder i anvendelige løsninger, der imødekommer parternes særegne behov og deres fremtid. Derfor kan løsningen blive meget forskellig i sager, der ellers ligner hinanden.”³⁶

Dermed er den centrale del ikke hvad man kunne have opnået som resultat ved en retssag, men at hver part får mulighed for og taletid til, at frembringe alle sine synspunkter om sagen, så man derigennem finder partens egentlige, særegne behov. Herefter kan parterne så på, baggrund af hinandens behov, finde en løsning, der kan ligge meget langt fra retssagens resultat, men som er mere bæredygtigt for parternes eventuelle fremtidige samarbejde. Det må derfor også være svære, at beskrive for en part hvad denne kan forvente sig inden vedkommende træder ind til en retsmægling, da resultaterne kan være meget forskellige i ellers sammenlignelige sager.

I hvert af de deltagende kredse i forsøget, udpejes to dommere og to advokater som er kvalificerede som mæglere.

En kvalifikation som mægler indebærer, at dommeren deltager i et uddannelsesforløb hos Danmarks Domstole og advokaterne deltager i et forløb der udbydes af Advokatsamfundet. Begge uddannelser underviser i teori og praktiske færdigheder indenfor retsmægling og mediation, herunder diskussion og rollespil, etik og retssikkerhed. Uddannelsen strækker sig over 3-4

³⁵ Justitsministeriets lovfdeling, Notat om en forsøgsordning med retsmægling, 06.02.2003. s. 2. Herefter Notat

³⁶ Notat s. 3.

måneder og fordeles i 2 moduler for advokater og 3 moduler for dommere. På dommernes tredje modul arbejdes der med mægling i erhvervsager.³⁷

I notatet beskrives de særligt egnede sager til retsmægling til blandt andre, at være sager om køb og salg af fast ejendom samt bygge- og entreprisesager. Disse sager er valgt pga. sagens omfang, bekostelighed og uforudsigelighed. Foruden denne nævnes også sager i erhvervsforhold, af hensyn til parternes fremtidige samhandel.³⁸

2.2.2 Evalueringsrapport

I 2005 udkom Justitsministeriets forskningsenhed med en evalueringsrapport, som tilvejebragte forsøgets resultater.

Her analyserede man forsøget, på baggrund af interviews af, og spørgeskemaer fra henholdsvis mægler, parter og partsadvokater.

Skemaerne blev udleveret i forbindelse med retsmæglingen og udformet forskelligt for at tilgodese hver af de deltagende personer, således at der er forskel på et skema til en mægler og part.

Udleveringsperioden var i perioden d. 11. september 2003 til 31. oktober 2004.

Ud over skemaerne er der foretaget kvalitative interviews af de forskellige parter for at belyse fordele og ulemper oplevet ved retsmæglingen.

Der blev modtaget oplysninger om 351 retsmæglings, 51 af de modtagne skemaer er komplette. Resten mangler besvarelser fra 1 eller flere af parterne i sagen.

Derudover er der foretaget interviews med 29 af de 31 retsmæglere, 10 parter og 11 partsadvokater.

De interviews der blev foretaget, fulgte en bestemt fastlagt ramme, for at man kunne indhente så mange svar ud fra samme spørgsramme.³⁹

³⁷ Jakob Roepstorff & Britta Kyvsgaard: Forsøg med retsmægling – en evalueringsrapport, Justitsministeriet 2005, herefter Evalueringsrapporten

³⁸ Evalueringsrapporten s. 6.

³⁹ Evalueringsrapporten s. 19.

Tidsperspektiv

Af de 351 retsmæglinger, blev der indgået aftale i 218 af dem og dermed er den samlede forligsprocent på 64,1%. Retsmæglingerne var fordelt ud over forskellige juridisk art, hvor entreprise, som omfattede 51 af sagerne havde en forligsprocent på 72% og en gennemsnitlig mødetid på 2,5 timer. For alle sagerne på nær naboforhold, var der en forligsprocent på over 50%, hvilket kunne tyde på, at det er en metode, der potentielt kan lette domstolenes arbejdsbyrde og fri parterne for lang opslidende kamp igennem retssystemet. (tabel 1.)

Tabel 1. Retsmæglinger fordelt efter deres udfald.⁴⁰

	Antal	Andet
Aftale	218	62%
Betinget aftale	6	2%
Delvis aftale	1	0,3%
Aftale senere brudt	2	0,6%
Ingen aftale	124	35%
I alt	351	100%

Tidsmæssigt, strækker den gennemsnitlige retsmægling sig til 3 timer, hvilket er en væsentlig forkortelse i forhold til en egentlig retssag der potentielt kan strække sig over mange år. (tabel 2.)

Tabel 2. Retsmæglinger fordelt efter samlet mødetid.

	Antal	Andel	Forligsprocent
Op til 1 time	24	7%	58%
1 – 2 timer	97	28%	67%
2 – 3 timer	95	28%	63%
3 – 4 timer	69	20%	68%
4 – 6 timer	42	12%	60%

⁴⁰ Evalueringsrapporten s. 20

Over 6 timer	14	4%	64%
I alt	341	100%	64%

Der blev også undersøgt hvor lang tid retsmæglingsforløbet strak sig over fra dommerens henvisning af sagen til retsmægling, til indgået forlig. Her viste evalueringen, at en retsmægling i gennemsnit varer 70 dage. Det længste varede 10 måneder og det havde betydning for forligsprocenten hvor lang tid forløbet strakte sig over. Jo længere tid, jo lavere forligsprocent, hvilket afspejlede at sagen var kompleks eller at parterne stod så stejlt, at det var umuligt at indgå et forlig.⁴¹

Man spurgte de medvirkende i forsøget, om deres begrundelse for valg af retsmægling og de svarede alle at det havde været vigtigt for dem, at sagen blev hurtigere afklaret, samt at de havde mulighed for at bidrage aktivt til løsning af konflikten.

Desuden ønskede man også, at have mulighed for, at påvirke indholdet af en løsning.

En af begrundelserne fra én af deltagerne for at deltage var at han og modparten ville møde samme kunder i deres forretninger og man kunne potentielt risikere at skulle samarbejde i fremtiden. Derfor ville man ved retsmægling afslutte forløbet uden et længerevarende retsligt salgsmål og arbejde videre derfra.⁴²

Fysiske rammer

Med hensyn til de fysiske rammer, er der uenighed om det er en god idé at retsmæglingen afholdes i retsbygninger. Der er en advokat der beskriver sin bekymring på følgende måde:

”Man må [som part] overhovedet ikke kunne få den tanke, at det, man sidder og er i gang med, er en retlig handling. Og det kræver et meget højt abstraktionsniveau, hvis man som borger eller virksomhed, der kommer ind i retsbygningen, skal kunne sige: ’Vi sidder i en retsbygning. Der er indgivet en stævning. Men det her er bare pragmatisk.’ Det tror jeg simpelthen ikke, at nogen kan. Jeg ville ikke engang selv kunne det.”⁴³

⁴¹ Evalueringsrapporten s. 24.

⁴² Evalueringsrapporten s. 30

⁴³ Evalueringsrapporten s. 37

En dommermægler mener det kan være svært for parterne at acceptere, at man ikke får løsningsforslag, når det nu er en dommer man sidder overfor og han foretrækker, at man afholder retsmæglingsmøderne udenfor retslokalerne. Flertallet er dog ikke tynget af lokationen i retsbygningerne⁴⁴

Separate møder

Når en mediation er gået i stå, kan retsmægleren bruge det redskab, at afholde separate møder med parterne. Der er bred enighed om, at muligheden for at tale med parten i fortrolighed, kan få afgørende betydning for at retsmæglingen lykkes, efter den er gået i hårdknude.

Fordelen ved et separat møde med parterne er, at de her har større tendens til at få prøve forskellige løsningsmuligheder af i et trygtere rum. De har også større tendens til at fremkomme med de punkter, hvor de er villige til at gå på kompromis og derfor afvige fra deres stejle udgangspunkt, fordi de her er sikre på at den anden ikke kan misbruge dette.

Herefter er der erfaring fra retsmæglerne, at selvom en part fortæller noget på et separat møde, som ikke skal komme den anden for øre, så mister det alligevel kraft når det bliver sagt højt, hvorefter parten måske alligevel bringer det med i plenum. Dette psykologiske aspekt, gør separate møder til et kraftfuldt redskab.

Separate møder fungerer også som et frirum, hvor man parterne får mulighed for at trække sig tilbage fra det meget følelsesmæssigt belastende rum en retsmægling er. Det er også her partsadvokaterne spiller en positiv rolle for parten, fordi de får mulighed for at drøfte det der sker i retsmæglingen undervejs.⁴⁵

⁴⁴ Evalueringsrapporten s. 37

⁴⁵ Evalueringsrapporten s. 46-48

Retsmæglers løsningsforslag

I det konkrete forsøg med retsmægling er der intet til hinder for at Retsmægler kommer med løsningsforslag, men på deres uddannelse til retsmægler, er teorien, at retsmægler ikke bør fremkomme med løsningsforslag, fordi det kompromitterer hans neutralitet.

De fleste retsmæglere mener også, at man bør afholde sig fra det, men i realiteten er der også enighed om, at man kan komme til at hjælpe parterne med forslag til løsninger, da som nogle parter har svært ved at brainstorme, eller hvis en løsning ligger lige for og parterne ikke har set den. Det er en balancegang, fordi løsningen bliver mere holdbar når parterne selv har kommet med løsningen.

I besvarelse af spørgeskemaerne var der 42 % af parterne der i rimelig- og høj grad havde oplevet at retsmægler havde kommet med løsningsforslag. For partsadvokaterne var det 30%. For retsmæglerne selv var det kun 23%, hvilket nok hænger sammen med, at parterne er følsomme overfor, at opfatte det retsmægler siger som løsningsforslag.

Tre fjerdedele af partsadvokaterne, knapt to tredjedele af parterne og halvdelen af retsmæglerne har set det som klart positivt at retsmægler har kommet med forslag til løsninger. Dette fordi mediator igennem sin upartiskhed kan få parterne til at være mere lydige overfor de løsninger han kommer med.

En partsadvokat beskriver det på følgende måde;

"Jeg kunne godt have ønsket, at det var fra mægleren, de kreative idéer kom. Det er måske lettere at spise for begge parter, hvis det kommer fra ham, end hvis det er noget, jeg sidder og slynger ud. For så tror modparten jo straks, at nu prøver jeg at tage røven på dem."

En dommermægler mener dog modsat, at man skal være påpasselig, fordi hele grundidéen med retsmæglingen er, at parterne skal opleve de selv aktivt har været en del af og at det ikke er en løsning der er trukket ned over hovedet på dem.⁴⁶

⁴⁶ Evalueringsrapporten s. 59-62

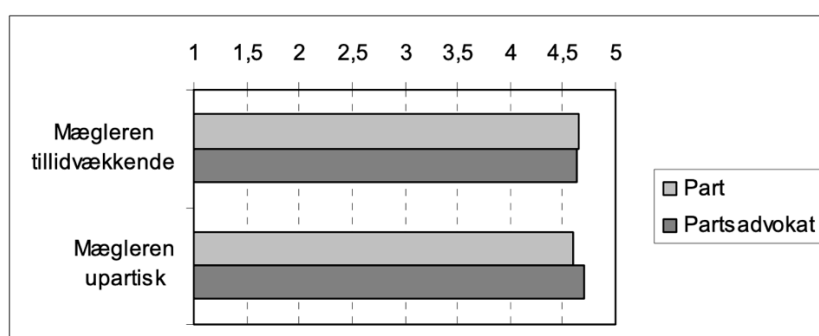
Generel vurdering af retsmægleren

Generel vurdering af retsmægleren viste yderst tilfredshed med retmæglerens evne til at vække tillid og til sin rolle som upartisk mægler.

94% af de adspurgte parter og partsadvokater syntes "at retsmægleren i høj eller rimelig grad havde optrådt tillidsvækkende." 92 % havde fundet mægler upartisk i høj eller rimelig grad.

(tabel 3)

Tabel 3. Deltagernes vurdering af, om retsmægleren har været henholdsvis tillidsvækkende og upartisk.



Manglende aftale

En tredjedel af retsmæglingerne endte ikke i en aftale, men fortsatte videre i retssystemet, og man spurgte de deltagende parter, partsadvokater og retsmæglere hvorfor. Her svarede parterne og partsadvokaterne, at begrundelsen var, at den anden part ikke bidrog til en løsning, og at man ikke selv accepterede de forslag der blev fremlagt.

Evalueringen konkluderede, at det samlet set, ud fra besvarelsene, handler om flere ting, når en retsmægling ikke lykkes. Det kan have noget at gøre med, at sagen allerede er så fremskreden når parterne kommer til retsmægling at de kan have svært ved at give afkald på de krav de har fremsat i stævning og svarskrift. Hvis man ikke på forhånd har gjort sig klart, at man skal forhandle en aftale og at man kommer til at give afkald på nogle af kravene, så er en retsmægling udsigtsløs.

Derudover kan det have at gøre med, at en part ikke har fuldt mandat til at forhandle en aftale på plads. Hvis en formand i en forening først skal hjem og tale med bestyrelsen om de fremlagte løsningsforslag, går man derfra uden aftale i første omgang.⁴⁷

Retsmægling i fremtiden

Der var positiv respons fra mæglerne, der mente at en stor del af de civile sager der anlægges hos retterne i dag, kan løses gennem retsmægling og de mener derfor at der er stort potentiale i retsmægling. Da det er en frivillig løsning for parterne, har de mulighed for, at gå når som helst under forløbet.

Desuden er der også mæglere der mener det er særlig godt med retsmægling, fordi en part kan have et billede af at retten giver vedkommende retfærdighed og dermed har forventninger til et bestemt resultat. Men som en advokatmægler skriver, så er juraen firkantet og det er verden ikke. Derfor er det bedst for parterne hvis de selv kan påvirke resultatet.

I undersøgelsen af parternes og partsadvokaternes vurdering af retsmægling som konfliktløsningsform er det 85 % del af parterne der nok vil eller bestemt vil anbefale retsmægling. Advokaterne er også positive ved metoden og 81 % vil nok eller bestemt anbefale det.⁴⁸

Tabel 2. Parternes og partsadvokaternes vurdering af retsmægling som konfliktløsningsform

	Parter	Advokater
Vil bestemt anbefale det	54 %	51 %
Vil nok anbefale det	31 %	30 %
Ved ikke	11 %	11 %
Vil næppe anbefale det	3 %	6 %
Absolut ikke	1 %	2 %
I alt	100 %	100 %

⁴⁷ Evalueringsrapporten s. 78-79

⁴⁸ Evalueringsrapporten s. 88-90

Retssikkerhedsmæssige problemstillinger

Der er nogle af de deltagende retsmæglere, som finder det problematisk, at man sidder bag en lukket dør uden en retlig regulering af processen og det mener man er vigtigt at holde sig for øje, hvis retsmægling bliver gjort permanent. Der er ligeledes nogle betænkeligheder ved at man som mægler kan komme til at presse en løsning igennem ved parterne, så det får karakter af at være en afgørelse, der er truffet på et ufuldstændigt grundlag.

En af fordelene ved retsmægling er fortroligheden under retsmæglingen der betyder at hvad der fremkommer under retsmæglingen ikke må bringes ind i en eventuel retssag senere. Det har dog potentiale til at skabe nogle problemer i den følgende retssag, hvis advokaten, fordi han kender noget information fra retsmæglingen, forsøger at lokke informationen ud af den modsatte part. Desuden kan det give anledning til, at en part kan spekulere i at fortælle informationer i en retsmægling, for at undgå at det kommer frem i en retssag.⁴⁹

Andet

Når det kommer til den økonomiske side af retsmægling er udgangspunktet at parterne selv skal betale for udgifterne, men der opstår et problem, hvis den ene part har fået fri proces eller er omfattet af en retshjælpsforsikring. Problemet opstår fordi det i disse tilfælde er den anden part der bliver pålagt at betale hele sagens omkostninger. Der har været flere af disse situationer og det har været til stor frustration for de berørte parter.⁵⁰

I forhold til hvem der skal fungere som retsmæglere, er der flere forskellige synspunkter. Nogle retsmæglere mener at det ikke er hensigtsmæssigt at det er dommere, fordi det vil forstyrre billedet af hvad en retsmægler er. Det kan undergrave domstolenes troværdighed, hvis en dommer også fungerer som retsmægler, hvilket er markant anderledes end dommerjobbet.

Det vil være svært for parterne at forlige sig med at dommeren træder ud af sit erhverv og ind i et andet. Parterne vil måske have en forventning til at dommeren, i kraft af sit erhverv som dommer,

⁴⁹ Evalueringsrapporten s. 99-100

⁵⁰ Evalueringsrapporten s. 100

vil udtale sig eller de kan vægte hans udtalelser som et udtryk for hvordan sagen ville falde ud, hvis den kom for retten.

Modsat disse synspunkter er der også nogle der mener at det kun bør være dommere, fordi sagen allerede er indenfor domstolens døre.

Der er synspunkter der taler for at det kun bør være advokater der er retsmæglere. Under forsøgsordningen modtog advokatmæglerne ikke honorar og ved at gøre ordningen permanent med advokater som retsmæglere, vil det rent forretningsmæssigt være en fordel.

De fleste i forsøget er dog enige om, at det er bedst med et mæglerkorps der indeholder både dommere og advokater, fordi de med deres forskellig erfaring med forskellige fagområder, vil kunne favne bredt.

Andre mener at det ikke burde have nogen betydning, fordi kernen i mæglingen er, at man bruger sin personlighed frem for sin juridiske faglighed. Der er dog heller ingen statistisk analyse der kan bakke op om, at den ene er bedre end den anden som retsmægler.

Med hensyn til om andre faggrupper ville kunne inddrages i mæglerkorpset, er der bred enig om at det er bedst at det er en med juridisk baggrund der tager sig af retsmæglerne, fordi der er udtaget stævning og hvis det ikke lykkes at lave en aftale, sendes sagen retur til retten til domsforhandling.

Der kan dog være relevant at inddrage enkelte andre faggrupper som feks. psykologer i familiekonflikter, men der er stor forskel på advokaternes interesseområder og nogle advokater trives bedre med at være retsmæglere i familiesager, end sager af erhvervsretlig karakter.

Evalueringsrapporten gør sig overvejelser om, at det er relevant at diskutere om retsmæglerne skal specialiseres ,så man kan tilbyde parterne en retsmægler med kendskab til deres sagstype.⁵¹

⁵¹ Evalueringsrapporten 105-109

Tidspunktet og sted

Det er en ulempe at retsmæglingen finder sted så sent i konflikten, fordi parterne allerede er dybt inde i deres konflikt. Det mener næsten halvdelen af retsmæglerne og de henviser til, at det ville være bedre hvis man fik retsmæglingen på banen allerede inden stævningen er blevet udtaget. Det er ud fra et ret økonomisk synspunkt en fordel for parterne, da de undgår at skulle betale for koorspondencen mellem advokaterne samt udarbejdelse af stævning og svarskrift. En advokatmægler skriver endda, at det vil være bedst at sætte ind med retsmægling allerede inden parten overhovedet kontakter sin advokat også for at de ikke er blevet låst i deres påstande og krav og som følge heraf kan virke urokkelige.

Det kan omvendt være en fordel at retsmæglingen først indtræder efter stævningen er udtaget, fordi man derfor har fastsat rammen for hvad man skal forhandle om. Det kan betyde, at parterne er mere klar til at finde et forlig, fordi det ved stævningen klart signalerer sagens alvor.

I rapporten lægger man op til, at der kan være forskel alt efter sagstype, hvor tidligt man bør retsmægle, fordi der er nogle sagstyper der kunne forliges hurtigere, hvis man var i gang med retsmæglingen tidligere i forløbet.

I forhold til sted for afholdelse af retsmæglingen, er der betænkeligheder ved at afholde dem i retsbygningerne, da det kan signalere at domstolene løser konflikter på flere måder. Det kan potentielt udvikle sig til nogle gråzoner, fordi det sender et signal til parterne om at retsmæglingen ligger tæt op af en traditionel retssag.

Flere retsmæglere har foreslået at man kunne oprette retsmæglingsinstitutter og en advokatmægler har desuden foreslået en tanke om at fusionere et sådant institut med voldgiftsinstituttet.

Der vil, i forbindelse med en sådan adskillelse fra domstolene være en række fordele,⁵²

- *”Det vil kunne signalere en klar adskillelse mellem retsmæglingsproces og domstolsproces.*
- *Det vil gøre det lettere at søge sin konflikt løst ved mægling, inden der udtages stævning.*

⁵² Evalueringsrapporten s. 109 – 111.

- *Det vil i højere grad kunne sikre, at de fysiske rammer er i orden.*
- *Det vil kunne sikre, at advokatmæglere og dommermæglere fungerer på samme præmisser.*
- *Det vil lettere kunne åbne for, at også andre faggrupper vil kunne fungere som retsmæglere.*
- *Det vil kunne give mæglerne et fælles miljø, der kan danne ramme om erfaringsudveksling.*
- *Med regionale centre med et stort opland vil man i højere grad kunne undgå de habilitetsproblemer, der forbundet med, at mægler færdes i samme kredse som parter og partsadvokater.* ⁵³

2.2.2.1 Delkonklusion

Forsøget blev foretaget på baggrund af interviews og spørgeskemaer til både retsmæglere, parter og partsadvokater.

Det viste sig, at retsmægling er et tidsbesparende redskab, der havde potentiale til at lette presset på domstolene. Med en forligsprocent på 72% for entrepreneursagerne og en gennemsnitlig mødetid på kun 2,5 timer og et samlet retsmæglingsforløb på gennemsnitligt 70 dage, viste forsøget at parterne hurtigere kan få deres afsluttet deres konflikt end retssystemet kan tilbyde.

En af fordelene ved retsmæglingen er frivilligheden, som betyder at parterne kan forlade mødet på et hvilket som helst tidspunkt, uden at være bundet. Det har den fordel, at man kan være mere tilbøjelig til at møde op og indgå i forløbet, selvom man i udgangspunktet ikke har lyst.

En anden fordel er fortroligheden, der betyder at intet fra mødet må genfortælles udenfor møderummet, med mindre parterne har aftalt det. Det er på den anden side også problematisk, da det kan misbruges.

Der er i det store hele enighed om, at man ønsker et bredt mæglerkorps, som både er omfattet af advokatmæglere og dommermæglere. Desuden bør det overvejes om man kan placere retsmæglingerne i et andet regi end hos domstolene. Det kunne eksempelvis være et institut i samarbejde med voldgiftsinstituttet. Alt i alt er der en positiv stemning overfor retsmægling.

⁵³ Evalueringsrapporten s. 112

2.2.3 Retsplejerådets betænkning

I februar 2005, ønsker regeringen i forbindelse med regeringsgrundlaget (Nye Mål), at man vil udbrede retsmægling til alle landets domstole og på denne baggrund anmoder Justitsministeriet Retsplejerådet om at overveje udformningen af en permanent ordning og omfanget af lovregler.

Retsplejerådet var en sammensætning af dommere, advokater, professorer og en direktør og man afholdt 10 møder og 2 heldagsmøder.

Opgaven var således alene at overveje, hvordan en ordning om retsmægling skal udformes, og Retsplejerådet bemærker, at de tilslutter sig at ordningen med retsmægling, på baggrund af den positive evaluering, gøres permanent og udbredes til at omfatte hele landet.⁵⁴

Retsplejerådet finder at;

”... at lovregler om en permanent, landsdækkende ordning med retsmægling bør begrænses til navnlig at angå visse centrale spørgsmål, herunder navnlig processen ved indledning af retsmægling, hvem der kan udpeges som retsmægler, retsmæglingens fortrolighed, afslutning af retsmæglingen, sagsomkostninger ved retsmæglingen og forløbet herefter. Efter Retsplejerådets opfattelse er der derimod ikke behov eller grundlag for at fastsætte detaljerede regler om f.eks. retsmæglerens rolle.”⁵⁵

Herudover bør der ikke laves regler med præcis definition af retsmægling som metode, men til gengæld er det vigtigt, at man beskriver retsmægling ved indledningen, for at fastlægge, at retsmægling adskiller sig fra anden indenretlig eller udenretlig mægling.⁵⁶

2.2.3.1 Delkonklusion

Under udarbejdelse af betænkningen har Retsplejerådet generelt henvist til evalueringsrapporten og herfra foretaget sine overvejelser og beskrevet yderligere bemærkninger til de enkelte afsnit i evalueringsrapporten. Det er derfor tydeligt, at forsøgsordningen og efterfølgende evalueringsrapport har haft stor betydning for udformningen af Retsplejerådets lovudkast.

⁵⁴ Bet. 1481/2006 s. 13-14

⁵⁵ Bet. 1481/2006 s.134

⁵⁶ Bet. 1481/2006 s. 135

Lovforslaget blev efterfølgende sendt i høring hos en lang række foreninger og råd samt til domstolsstyrelsen og retter. Der var generel positiv stemning for indførelse af retsmægling som permanent ordning i retsplejeloven.⁵⁷

Ordnningen om retsmægling blev gjort permanent ved indsættelse af kapitel 27 i retsplejeloven i lovbekendtgørelse nr. 594 af 20/06/2008 med ikrafttræden d. 1. januar 2008, jf. § 47 i denne lovbekendtgørelse.⁵⁸

2.2.4 Forligsrater i 2017 og 2018

Ifølge RPL § 273, stk. 1., er kan både en dommer, dommerfuldmægtig og en advokat indsættes som retsmægler. Advokaternes brancheforening Danske Advokater har i samarbejde med foreningen Danske Mediatoradvokater foretaget en spørgeundersøgelse, hvor man bad landets advokatmediatorer om, at indberette deres retsmæglings i perioden 2017-2018. De indberettede i alt 908 retsmæglings og resultaterne udkom efterfølgende i en rapport.

For entreprise var der 34 sager i 2017 og 24 sager i 2018.

Resultatet blev delt op i procentvis fordeling på forlig, delvist forlig og intet forlig.

Resultatet for 2017 var for entreprise at 68% endte med forlig, 9% med delvist forlig og 24% uden et forlig. Dette var området med den anden største forligsprocent af hele undersøgelsen, der omhandlede områderne for ansættelsesret, entreprise, erhverv i øvrigt, erstatning og forsikring, familie og arveret, fast ejendom og lejeret og andet.

Resultatet for 2018 var for entreprise, at 79% endte med et forlig, 0% med delvist forlig og 21% uden et forlig. I 2018 var entreprise klart det område med den højeste forligsprocent⁵⁹, hvilket gør retsmægling til et yderst effektivt værktøj, der er særdeles egnet til behandling af tvister i entrepriseforhold.

⁵⁷ Kommenteret oversigt over høringssvar vedrørende Retsplejerådets betænkning nr. 1481/2006 om reform af den civile retspleje V (Retsmægling)

⁵⁸ LBK nr. 594 af 20/06/2008

⁵⁹ Danske Advokater og Danske Mediatoradvokater, Retsmæglingsrapport fra 2017-2018.

3 Behov

Forsøgsordningen for indsættelse af retsmægling og forligsraterne i 2017 og 2018, viste med al sin tydelighed, at der er potentiale ved processen, men det er kun ganske få der benytter sig af ordningen i dag. Det er derfor interessant at undersøge om der faktisk er et behov for mediation, hvorfor den ikke er mere udbredt og hvis der bør laves en lov, hvordan den så bør udformes.

3.1 Mediation – et struktureret forløb

Mediationsprocessen er struktureret og det er mediator der leder parterne igennem, med øje for at kravene til mediators upartiskhed bliver respekteret hele vejen igennem mediationens faser. Disse faser er fastlagt i teorien, men vil i praksis overlappe hinanden.⁶⁰ Det er relevant at se på disse faser, da processen er væsentligt anderledes end den almindelige retssag eller voldgiftssag. Faserne er en processuel ramme, der skal hjælpe parterne fra låste standpunkter, til en opblødning, så der potentielt kan komme en aftale ud af det i den anden ende.

3.1.1 Åbningfasen

Åbningsfasen er den første fase og her introduceres mediator for parterne den første gang. Mediator har forinden besluttet hvordan parterne skal sidde. Ofte sidder de overfor hinanden, nærmest mediator og med deres partsadvokater længst væk. Dette understøtter mæglingens princip om, at det er parterne der skal tale sammen og finde frem til en løsning på deres konflikt og efterfølgende aftale. Partsadvokaterne er kun tilstede for at give informationer af oplysende karakter og ikke fremsætte forslag til parterne.

Mediator præsenterer parterne for processen, og man aftaler rammen for fortrolighed. Det kan være særligt vigtigt at få fastlagt helt klare rammer omkring eksempelvis sag, der har stor mediebevågenhed. Her kan det være betryggende for parterne at der foreligger en helt klar aftale om, hvad der må fortælles til offentligheden. Når denne ramme er fastlagt, vil der være rum til mere åbenhed i mediationsprocessen, hvilket kun vil gavne den endelige aftale.

⁶⁰ Konfliktmægling s. 52

Det er i udgangspunktet ikke det bedste for opstarten, at man starter med separate møder, da disse kan cementere konflikten og fastholde parterne i deres fjendtlighed overfor hinanden allerede fra begyndelsen. Når parterne starter mødet i sammen rum ved første møde, kan de starte på en frisk sammen.

Ved velkomsten præsenterer mediator sig selv, hvad vedkommende står for og hvilken baggrund vedkommende har. Herefter forklarer mediator om processen, herunder faserne samt at det er parterne der skal tale sammen og at bisidder/partsadvokat kun skal bidrage med informationer af oplysende karakter. Det er ved introduktion af processen vigtigt, at mediator fortæller at vedkommende ikke kommer med løsningsforslag undervejs, da dette er en kerneværdi for processen. Dette er særlig vigtigt at gøre opmærksom på, da parterne kan ønske at få nogle løsningsforslag fra mediator. Desuden skal mediator, hvis vedkommende er jurist, forklare at vedkommende er der i kraft af sit job som mægler og ikke kan komme med juridiske svar og løsninger. De juridiske spørgsmål skal besvares af deres partsadvokater, ellers mister mediator parternes tillid til

Derudover skal spillereglerne fastsættes. Tidsramme, pauser og information om separate møder. Det kan også være en god idé at fortælle parterne om, at hver part har taletid der ikke må afbrydes. Dette er dog ikke altid hensigtsmæssigt for processen, hvorfor mediator må fornemme om det er bedst senere i processen, hvis parterne afbryder hinanden, at komme med en bemærkning om at man skal have lov at tale færdig.⁶¹

3.1.2 Oplysende fase hvor behov og interesser afdækkes

Den anden fase er oplysningsfasen og det er i denne fase parternes redegørelse og dialog finder sted.

Vibeke Vindeløv beskriver formålet med denne fase som;

⁶¹ Konfliktmæglings. 201-208

”... at de forskellige problemstillinger afdækkes, at de bagvedliggende behov og interesser kommer frem i lyset, og at der opnås en følelsesmæssig lettelse hos parterne, så opmærksomheden kan flyttes til fremtiden”

Mediator kan her indledningsvis beskrive konflikten. At vedkommende har forstået, at parterne har været handelspartnere gennem mange år, men at der nu er opstået en konflikt. Det er herefter mægler der lægger op til hvem der starter, enten ved at beslutte ud fra eksempelvis hvilken part der er mest nervøs, eller lægge op til at parterne selv beslutter hvem der starter. Her bør hver part tale i maksimalt 5-10 min, hvorefter den anden skal have tid til at fortælle sin side af konfliktens indhold. Det er vigtigt at man holder sig indenfor denne tidsramme, da det er anstrengende for den ene part, at skulle sidde længe og høre på en historie hvor man ikke er enig i forløbet af den.⁶²

Processen skal give parterne mulighed for, at mærke at de bliver lyttet til med respekt og dermed finde fælles enighedspunkter, så man løsner op og kan se den anden part i et andet lys.⁶³ Herefter er samtalen i gang og herefter er det mæglers rolle at være bevidst om både kommunikationsform vedkommende anvender, men også at fremstå professionel, men lade sin personlighed skinne igennem.

Til formålet med kommunikationen skriver Vibeke Vindeløv;

”... at parterne ud over at få klarhed over de faktuelle forhold i konflikten også får indsigt i de følelser, der ligger bag, på ordentlig vis for at kunne komme videre.”⁶⁴

Advokat Benjamin Lundström beskriver formålet;

”... at få dem til at fokusere på deres interesser og behov, alt det, der ligger bag positionerne som kan være med til at få dem til at bevæge sig væk fra en lineær tænkning, hvor de siger: ”Det jeg får, tager jeg fra dig.” Nogle gange er kagen større”⁶⁵

⁶² Konfliktmægling s. 209-211

⁶³ Løsningens Labyrinth – Advokat Benjamin Lundström. s.43

⁶⁴ Konfliktmægling s. 211.

⁶⁵ Løsningens Labyrinth – Advokat Benjamin Lundström. s.43

Der gælder det særlige, for den refleksive model, at mægler ikke må udtale sig om konsekvenserne ved en mægling der ikke ender med en aftale, fordi det kan få karakter af en trussel overfor parterne. Dette kan gøre dem utrygge og føle de er under pres, hvilket ikke er gavnligt for processen.⁶⁶

Parterne kan komme med følelsesudbrud i denne fase, hvilket der skal være plads til uden de bliver afbrudt af mægler, da det er en vigtig del af den refleksive tilgang, at mægler ikke standser dem. Det kan være gavnligt at genopleve frustrationen, hvorefter man kan være mere konstruktiv i sin måde at tale til den anden på.⁶⁷

Ved afdækning af parternes underliggende behov, kan mediator gøre brug af forskellige teknikker. En af de vigtigste er aktiv lytning, som er et af de vigtigste redskaber en mediator har. Det kræver indlevelse og nysgerrighed for at sætte sig ind i parternes historier og det er vigtigt, at man evner at stille relevante spørgsmål, der kan få den fulde historie frem. Men det er også særlig vigtigt fordi, at man ved at stille de rette spørgsmål, kan få parten til at se sin egen del i konflikten, og det kan have en afvæbnende virkning for begge parter.⁶⁸

3.1.3 Problemet konkretiseres

Når parterne gennem den oplysende del har fået afdækket hinandens interesser og behov kommer den problemformulerende fase. Det kan være svært at gå finde en løsning på et problem, der ikke er helt konkret formuleret. Det er derfor denne fase skal gennemføres inden man kommer til løsningsfasen. Når et konkret problem er formuleret, er det helt tydeligt for parterne at se hvad det er man er i konflikt omkring. Så der ikke opstår tvivl eller tvister om dette senere hen, eller man kommer til at lave en uholdbar aftale, fordi sagens egentlige kerne ikke er blevet belyst. Risikoen herved er, at et muligheden for et fremtidigt fortsættende samarbejde brister. Det

⁶⁶ Konfliktmægling s. 207.

⁶⁷ Konfliktmægling s. 213

⁶⁸ Konfliktmægling s. 214

er muligt, at der bliver behov for at behandle flere problemstillinger og det er derfor relevant at man får systematiseret disse gennem opsætning af eksempelvis rækkefølgen.⁶⁹

3.1.4 Brainstorm på løsninger

Efter der er formuleret et konkret problem eller problemer, går de ind i den mest kreative fase af dem alle. Det er her parterne skal finde løsninger i fællesskab. Det er her meningen parterne brainstormer og det kan være både realistiske og urealistiske løsninger. Det kan virke underligt, at man skal brainstorme urealistiske løsninger, men Vibeke Vindeløv beskriver det således, at man aktiverer parternes kreativitet og en urealistisk løsning, kan være primer til en mere realistisk løsning.

Også her er det vigtigt, at mediator bruger nogle af sine værktøjer. Således at han kan ændre stemningen i rummet. Blandt andet ved at fysisk få parterne til at sidde ved siden af hinanden med ansigterne mod tavlen, så de kan føle at det er et fælles projekt de er i gang med. Mediator skriver løsningsforslagene op på en tavle, for at synliggøre og konkretisere dem.

Det er ikke en del af mediators opgave at komme med løsningsforslag. Det er vigtigt at han afholder sig fra det, da der er tendens til, at aftalen ikke bliver holdbar, hvis den er presset igennem eller givet. Parterne skal selv finde løsningen.⁷⁰

Konsekvensen af, at mediator kommer med løsningsforslag kan også være, at parterne begynder at se mediator i et andet lys. I stedet for at han er neutral og upartisk, gælder det om at overbevise han om at man har ret. Dermed kan parterne holde vigtig information tilbage, fordi parten mener dette kan skade ham. Det undergraver idéen med mediationen, da det kan føre til en uholdbar løsning der er baseret på noget andet end parternes egentlige bagvedliggende behov.⁷¹

Det kan være en mulighed for mediator, at afholde separate møder med parterne, men det stiller krav til mediator om at kunne fastholde neutraliteten. Mediator må ikke lade sig forføre af en bestemt løsning og så gå til den anden part og forsøge at overbevise denne part om at den

⁶⁹ Konfliktmægling s.227-230

⁷⁰ Konfliktmægling s. 231-235

⁷¹ Løsningens labyrint, interview med Benjamin Lundström.

pågældende løsning er den bedste. Det er vigtigt der er plads til, at parterne kommer med så mange forskellige løsningsforslag som muligt.⁷²

3.1.5 Udvælgelse af passende aftale eller kombination af aftaler

I denne fase, skal parterne se på de forskellige løsningsforslag de har fremkommet med, for herefter at finde en passende eller en kombination af nogle af dem. Det er her parterne møder hinanden i den fælles løsningen.⁷³

Her kan mediator fremhæve både sammenfaldende og modstridende interesser for parterne, så de kan se om løsningen passer til det, de i første omgang var uenige om. Forslagene kan grupperes for overblikkets skyld og parterne kan få lejlighed til at komme med kommentarer til hvert af dem. Den endelige aftale, skal herefter vurderes ved fordele og ulemper og mægler kan lade parterne vurdere, om aftalen er bedre end alternativet. BAF og VAS bruges i mediation og beskriver bedste og værste forhandlingsresultat.⁷⁴

Mediator undersøger hos parterne om man har opnået et bedre resultat end man ville have kunnet opnå på anden vis. Her kan faktorer som tidshorizonten, stress og ødelagte relationer være en del af det, men også det økonomiske aspekt.

Da denne fase kan være meget anstrengende for parterne, kan det opstå at de ikke ser sig i stand til at gennemføre resten. Her skal mediator ikke følge med parterne og haste en aftale igennem, men afvente og eventuelt gennemføre en pause eller opsummere.

Vibeke Vindeløv mener, at der altid bør være mulighed for, at parterne kan konferere med deres advokat, inden underskrivelse af den endelige aftale. Både for at sikre sig, at parterne kender deres retsstilling efter aftalen, og dermed kender konsekvenserne. Men også for at mediator kan afholde sig fra, at skulle fortælle om de retlige konsekvenser, da mediator skal bibeholde sin

⁷² Konfliktmægling s. 232

⁷³ Konfliktmægling s 239-244

⁷⁴ BAF (Bedste Alternativ til et Forhandlingsresultat) er den danske udgave af det engelse BATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement) og VAF (Værste Alternativ til et Forhandlingsresultat) er en dansk udgave af det engelske WATNA (Worst Alternative to a Negotiated Agreement) Begge udtryk er en kendt del af forhandlingslitteraturen, ifølge Vibeke Vindeløv, Konfliktmægling s. 241.

neutralitet. Hvis mediator fortæller om de retlige konsekvenser, kan han miste parternes tillid, dersom han skal fungere som mediator og ikke jurist.⁷⁵

Advokat Kurt Helles Bardeleben mener dog, at mediation har sin egen dynamik, og at man ind imellem kan møde meninger og holdninger der er langt fra gældende ret, så man føler sig kaldet til at fremkomme med ledende spørgsmål, således man åbner partens øjne for, at den pågældendes holdning ikke ville kunne bevises i retten.⁷⁶

3.1.6 Godkendelse af aftale

Den sidste fase er hvor parterne underskriver den endelige aftale. Det er her vigtigt, at partnerne får skrevet alle detaljer ned. Både mødetider og sted for næste møde, for at der ikke opstår tvivl som kan give anledning til irritation. Det kan parterne løsne op for senere, når de er lidt længer fra deres konflikt og er blødet lidt mere op.

Det er også vigtigt her, at parterne får drøftet endnu engang, hvordan information til andre skal gives, og i hvilket omfang.

Her skal mediator hjælpe parterne med at finde hinanden og blive enige. Det er vigtigt at det sidste trin i processen ikke hastes igennem, for det skal være en holdbar aftale fremadrettet for parterne. I særdeleshed, hvis de skal fortsætte deres samarbejde fremover.

Herefter skal aftalen nedskrives og godkendes. En mediationsaftale er ikke nødvendigvis retligt bindende, men fungerer som en hensigtserklæring. Herefter er det kan den gode aftale beskrives som at have tilfredsstillende resultat på henholdsvis det processuelle område. At parterne dukkede op og var aktive i processen, samt efterlades med en følelse af at de blev set og hørt.

Herefter den psykologiske tilfredshed, hvorefter parterne har følt, at de har fået lov at lukke deres frustrationer ud til fulde. Til sidst den indholdsmæssige tilfredshed, som blandt andet handler om, hvorvidt parterne føler, at den endelige aftale er afbalanceret, og præcis formueret.⁷⁷

⁷⁵ Konfliktmægling s. 245

⁷⁶ Løsningens labyrint - Advokat Kurt Helles Bardeleben.

⁷⁷ Konfliktmægling s. 256

3.1.7 Delkonklusion

Mediation er i høj grad en process, hvor der er metodefrihed for mediatorerne.

Vibeke Vindeløv mener det er vigtigt at man afholder sig fra at fortælle parterne om de retlige konsekvenser det vil have ikke at indgå et forlig. Det er Kurt Helles Bardeleben ikke enig i, for hvis en part har et helt absurd forhold til hans retlige ståsted og til hvad der ville blive resultatet ved en retssag, så er det svært ikke at komme med et ledende spørgsmål.

Disse modsatrettede holdninger tydeliggør, at mediation er en metode der ikke er en fuldstændig rammefast, men giver plads til den pågældende mediators egen stil. Men også at det kræver indsigt og veludviklede analytiske evner, at vurdere hvornår det er passende eller nødvendigt, at komme med ledende spørgsmål i processen. Mediation er på denne måde en balancegang.

Alle faserne har hver sin vigtighed for processen, men det er muligvis den oplysende fase der er vigtigst. Det er her parterne får lejlighed til uden filter, at lukke den opbyggede frustration de måtte have ud. Det er også her, konfliktniveauet kan falde lidt, bare på grund af at parterne får sagt hvad de ønsker helt uden afbrydelser. Det er også i den oplysende fase, mediators uddannelsesmæssige baggrund med mediation kommer til udtryk gennem de forskellige tillærte teknikker. Den aktive lytning får parterne til at føle sig mødt i deres frustration. Den aktive lytning fra mediator har stor betydning for processen, da det kan tage toppen af anspændte situation. Parterne kan herefter arbejde konstruktivt efter at finde et fælles ståsted der omfavner begges behov og interesser.

3.2 Voldgiftsinstituttets forslag til mediation

Voldgiftsinstituttet udkom i 2018 med en redegørelse over behovet for en lov om mediation, og hvordan en sådan skal indrettes.

Udvalget bestod af en række personer, herunder advokater og postdoc Johan Tufte-Kristensen som udvalgets formand. Alle med stor erfaring indenfor mediation, men med forskellig indfaldsvinkel til området.

Udvalget kom frem til det resultat, at der bør laves en lov om mediation i kommercielle, dispositive tvister, hvorefter man udarbejdede et udkast hertil.

Redegørelse og udkast blev afleveret til Justitsministeriet i slutningen af 2018, og nu afventes det videre forløb.⁷⁸

Da mediation ikke er omfattet af reglerne i RPL kap. 27 om retsmægling, finder de aftaleretlige regler anvendelse på mediationsområdet.

Dermed er det relevant at en lov skal indeholde regler om mediationsaftalen og dens processuelle virkning. Desuden bør der;

”Stilles krav til mediators upartiskhed, uafhængighed, tilgængelighed og kvalifikationer. Den bør sikre processens fortrolighed og indeholde regler om fastsættelse og fordeling af omkostninger og mediators mulighed for at kræve sikkerhedsstillelse. Endelig bør det udtrykkeligt fremgå af loven, at parterne kan gøre deres forlig eksigibelt ved at få det stadfæstet som en voldgiftskendelse på aftalte vilkår.”⁷⁹

I undersøgelsen så man blandt andet på hvordan lovene, for mediation i udlandet, er indrettet. Herunder eksempelvis Sverige, som gennem en mediationslov, har regler om fortrolighed, forældelse og fuldbyrdelse. Tyskland har også en mediationslov, der indeholder detaljerede regler om selve mediationsprocessen, hvilket Sverige ikke har. Den irske mediationslov er endnu mere omfattende end Tysklands og Sveriges. Singapore har også en mediationslov, der dog ikke er så omfattende som Irlands, men som ligesom Sveriges indeholder regler der gør mediationen eksigibel.⁸⁰

I forslaget til en lov om mediation, anbefalede man en lov indeholdende 22 paragraffer, fordelt på 6 kapitler.

Det kan særligt fremhæves her, at uden en lov om mediation, er der ingen krav om upartiskhed, uafhængighed, uddannelse og kvalifikationer hos mediator. Mediator er heller ikke forpligtet til at

⁷⁸ U2019B.206 Peter Arnt Nielsen, Bør udenretlig mediation reguleres ved lov?

⁷⁹ Behovet for en lov s. 17-18.

⁸⁰ Behovet for en lov s. 17

oplyse om eventuel inhabilitet og han er heller ikke forpligtet til at undersøge om han er det. Ej heller krav om ligebehandling af parterne.

Hvis mediator er advokat er han underlagt de advokatetiske regler, hvorefter mediator ikke må virke som mediator hvis han tidligere har virket som partsrepræsentant for den ene af parterne, jf. pkt. 12.3., men denne regel er kun gældende for advokater og kan ikke direkte overføres til parter der ikke er advokater.⁸¹

Domstolene har kun kompetencer i forbindelse med retsmægling, men dette finder kun anvendelse ved verserende sager. Desuden er der, som tidligere nævnt, en række krav til retsmægleren. Disse regler finder ikke anvendelse på udenretlig mediation.

I forbindelse med tvangsfuldbyrdelse, findes der flere muligheder. For det første er der mulighed for parterne kan indgå et forlig om betaling af forfalden gæld, men de skal lave en eksekutionspåtegning som gør forliget eksigibelt. Et forlig uden en påtegning, kan ikke tvangsfuldbyrdes og hvis de har påtegningen, er det stadig først ved anlæggelse af en rets- eller voldgiftssag forliget kan indgå som et bevis til inddrivelse af gælden. Det er dommen eller voldgiftskendelsen, der herefter kan tvangsfuldbyrdes, jf. RPL § 478, stk. 1. nr. 1 og VL § 38, stk. 1. Alternativet er at stadfæste aftalen på aftalte vilkår, jf. VL §§ 30 og 31.⁸²

Udvalget er overvejende positive, men de nævner også enkelte negative ting ved mediationen. Der er risiko for, at der er en svag part, der indgår i et mediationsforløb, hvor resultatet er kommet i stand på baggrund af en forhandlingsmæssig overlegen part. Der er desuden flere retssikkerhedsgarantier der virker under retsplejeloven og voldgiftsloven, der ikke virker under mediationsprocessen. Særligt nævner udvalget at principperne om kontradiktion og partsoffentlighed ikke finder anvendelse i mediation, fordi mediator kan afholde separate møder med parterne uden den anden part får at vide, hvad der er blevet sagt og derfor ikke kan svare direkte på det.⁸³

⁸¹ Behovet for en lov s. 18

⁸² Behovet for en lov s. 26

⁸³ Behovet for en lov s. 44.

Ifølge udvalget, lider mediationen under det manglende retsgrundlag. Processen er ikke klart nok defineret og brugerne ved reelt ikke hvordan de står og hvad fordele og ulemper er, ved at bruge processen.⁸⁴

Retsmægling løser ikke problemet og har da også vist, at selvom det har vist sig at være en særdeles effektiv proces, så er der ikke særlig mange der bruger det. og jf. ovenstående afsnit 2.2.3 om forligsrater i 2017 og 2018. For entreprise var der 34 sager i 2017 og 24 sager i 2018, med forligsprocent på hele 79% i 2018. Ved Voldgiftsnævnet for byggeri og anlæg blev der anlagt 8 i 2017 og 4 i 2018, jf. Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlægs statistik over indgåede og afsluttede sager. Til forskel herfra, anlægges der over 400 sager om voldgift hos Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlæg, hvert år.⁸⁵

Vedtagelsen af en lov, med fastlagte regler for blandt andet domstolenes kompetence og udpegning af mediatorer og dennes håndtering af processen, vil som følge heraf, gøre processen mere attraktiv. Loven bør være deklatorisk og den bør gøre processen forudsigelig for parterne. Regler der er udarbejdet af et institut, eksempelvis mediationsinstituttet, bør loven vige for. Det skal være mulighed for at aftale sig fra en række af reglerne i den nye lov. Men institutterne kan ikke lave regler for domstolenes håndtering af mediationsaftalen, hvorfor det vil være godt med et fastlagt regelsæt.

Dette nye regelsæt bør begrænse sig til kun at behandle mediation i kommercielle, dispositive tvister. En kommerciel tvist kan angå køb og salg af varer og tjenesteydelser, bygninger, anlæg, virksomheder, forsikringsydelser, transport og information.⁸⁶

Der bør ikke gælde særlige formkrav for mediationsaftaler, men de processuelle retsvirkninger er særdeles vigtige for udbredelse og effektivitet. Det følger af U.2015.1412S, som behandles nedenfor, at en aftale om mediation ikke blev afvist i retten, selvom man ikke havde afholdt

⁸⁴ Behovet for en lov s. 45

⁸⁵ Afsnit 2.2.3 og Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlægs statistik over indgåede og afsluttede sager.

⁸⁶ Behovet for en lov s 45-46

mediation. Der bør derfor være en lov der klart definerer, at retten eller voldgiftsretten skal afvise en sag, så længe en aftale om mediation ikke er afsluttet.⁸⁷

Frivilligheden, er en central del af mediation, og derfor bør man ikke tvinge parterne til at afholde mediation. Dog mener udvalget at man skal lave en regel, der betyder at parterne skal afholde mediation inden adgang til domstolene eller for voldgiftsretten. Ved deltagelse, definerer man ikke konkret hvad det betyder, men der vil formentlig blive tale om et enkelt møde. Hvis parten på mødet gør det klart, at han ikke ønsker mediation, vil han herefter kunne fortsætte sagen ved domstolene eller for en voldgiftsret.⁸⁸

Ud over krav til mediators upartiskhed, uafhængighed og uddannelsesmæssige baggrund, bør der også laves regler om processens fortrolighed, den generelle tavshedspligt og vidneudelukkelse. Særligt vidneudelukkelse er vigtigt for parterne, så de ikke risikerer, at den anden part indkalder mediator som vidne i en efterfølgende retssag. Dette er en væsentlig begrundelse for at parterne fravælger udenretlig mediation.⁸⁹

3.2.1 Delkonklusion

Ved Voldgiftsinstituttets undersøgelse bliver det tydeligt, hvorfor en lov om mediation er ønskværdigt. Der er ingen retssikkerhed for parterne, når de aftaler en udenretlig mediation, så området fremstår uklart. Det er både problematisk, at der ingen regler er for mediators habilitet, fortrolighed, tavshedspligt og vidneudelukkelse. Dette har man indskrevet i forslaget til loven, så reglerne for både processen og mediator kommer til at fremstå klart og utvetydigt.

⁸⁷ Behovet for en lov s. 50

⁸⁸ Behovet for en lov, s. 51

⁸⁹ Behovet for en lov s. 60

4 Processuel uklarhed ved forældelse

I medfør af forældelseslovens § 3, stk. 1., er forældelsesfristen 3 år, med mindre andet følger af andre bestemmelser.⁹⁰

Det følger af forældelseslovens § 21, stk. 5., at

”Er der inden forældelsesfristens udløb indledt forhandlinger om fordringen mellem skyldneren og fordringshaveren, eventuelt under medvirken af en uafhængig tredjemand, indtræder forældelse tidligst 1 år efter det tidspunkt, hvor forhandlingerne må anses for at være afsluttet.”⁹¹

Retsmægling og indbringelse til private klage- og ankenævn herunder voldgift er ikke omfattet af § 21, stk. 5., men af lovforslagets § 16, stk. 3, såfremt det fører til bindende afgørelse.⁹² Dermed er det her fastlagt, at forældelsesfristen på 1 år indtræder, når fordringshaver foretager retslige skridt, med henblik på at inddrive gælden fra skyldneren. Så i disse tilfælde vil der ikke opstå spørgsmål vedrørende forældelsesfristsforlængelse, da regelsættet her er klarlagt.

Udenretlig mediation er omfattet af FOL § 21, stk. 5., men hvad der forstås ved forhandlinger er uklart.

I forslag til lov om mediation angiver man at egentlige forhandlinger nok kan være en samtale vedrørende muligheden for at kunne løse konflikten ved mediation.⁹³

Under udvalgets overvejelser i forslaget til lov om mediation, er kravene til egentlige forhandlinger ikke helt klarlagt.

Hvis parterne vælger at lave en aftale om mediation forud for sagsanlæg ved enten voldgiftretten eller byretten, kan man forestille sig at domstolene vil afvise en sag, hvis parterne ikke har foretaget mediation efter aftale.

Dette spørgsmål, er dog uklart, da Sø- og Handelsretten i U.2015.1412S ikke afviste en sag hvori man ikke havde foretaget mediation forinden sagsanlægget, trods aftale herom.

⁹⁰ LBK nr. 1622 af 28/08/2013, Forældelsesloven, herefter FOL

⁹¹ FOL § 21, stk. 5

⁹² FOL § 16, stk. 3

⁹³ Behovet for en lov s. 22

4.1 Dom U.2015.1412S

Sagen omhandlede transport af narceller, en part af en vindmølle, fra Danmark til Irland. Aftalen blev indgået mellem S og F, med en rammeaftale der beskriver at man skulle foretage mediation efter dansk praksis for mediation inden en sag blev anlagt hos Sø- og Handelsretten.

Under transport på en smal vej overhaler én af lastbilerne, men da vejen var ujævn, kørte han i grøften. Narcellen på ladet faldt af med stor skade til følge.

Der opstod herefter uenighed om skyldsspørgsmålet og S anlagde sagen ved Sø- og Handelsretten med krav om erstatning, samt for at forhindre forældelse, da kravet først var anmeldt sent.

Forinden havde der i forbindelse med stævning hos London Court of Justice, som dog blev afvist ved anlæggelse af sagen hos Sø- og Handelsretten, været foretaget et forligsmødet på S' opfordring og der deltog 15 mennesker og en mediator. F har beskrevet det således, at han ikke anså det for at have karakter af at være en egentlig mediation og han kun kom fordi han var blevet inviteret, og havde i øvrigt ingen forventning om, at det ville ende med et forlig.

Der blev kun afholdt 2 møder med mediator under mediationen og da F havde forladt mødet, var der mellem S og de kontraherende transportfirmaer A og M indgået forlig.

F gjorde herefter gældende, at sagen skulle afvises af Sø og Handelsretten, med den begrundelse, at S ikke havde fulgt den tvisteløsning der var aftalt i rammeaftalen. Hvis mediationen var gennemført som aftalt, ville den have afbrudt forældelsesfristen.

Sø- og Handelsretten udtalte, at S skulle have fulgt aftalen om mediation i rammeaftalen, men at retten til at anlægge en sag for at afbryde forældelse ikke kan tilsidesættes på baggrund af en sådan aftale. Retten lagde dog vægt på at der havde været foretaget en vis form for mediation i forbindelse med den mediation der var foretaget i England. Dermed blev F's påstand om afvisning af den af S anlagte sag ikke taget til følge.

4.1.1 Delkonklusion

Denne dom viser at en aftale om mediation, inden sagsanlæg, ikke kan fratage parterne muligheden for, at anlægge en sag om forældelse ved domstolene hvis mediationen ikke er afholdt efter aftalen. Det følger heraf, at aftalen om mediationen ikke tager højde for alle situationer, hvilket får området for mediation til at stå uklart. For dommen viser også, at det er uklart hvad der er en mediationsproces. Sø- og Handelsretten tog med i deres overvejelser, at det møde der blev afholdt i London, som F ikke anså som mediation, havde karakter af mediation. Dermed, mangler der et regelsæt der definerer hvad en mediation består i.

Ifølge udvalget i forslag til lov om mediation, er det afgørende at mediationsaftalens processuelle retsvirkninger er fastlagt for at mediationsprocessen kan udbredes effektivt.⁹⁴ Dermed bliver dette et klart argument fra udvalget, til fordel for en separat lov om mediation.

5 AB18 løsningstrappe

I 2018 kom den nye AB18 vejledning for aftaler i bygge og anlægsbranchen. I betænkningen til vejledningen, anfører udvalget i sine overvejelser, at reglerne for tvisteløsning indeholder 2 væsentlige ændringer.

Hurtig afgørelse, efter AB18 § 68, er det første tvisteinstrument, der er tiltænkt til tvister af mindre værdi. Eksempelvis tvister om prisreguleringer, jf. § 68 d og sager med værdi under 200.000kr, jf. § 68, j. Afgørelsen træffes på skriftligt grundlag og den er bindende og endelig, med mindre man indbringer den for voldgiftsretten indenfor 8 uger.

Det er byggeriets parter, der har efterspurgt en hurtigere og billigere løsning, end de oftest meget omkostningstunge og tidskrævende voldgift.

Der er dog stadig tale om voldgift, hvor en tredjeperson træffer afgørelsen.

Den anden ændring er en løsningstrappe AB18 § 64, hvor parterne skal forsøge at løse deres tvist på 2 niveauer. Først på projektlederniveau og herefter på ledelsesrepræsentantniveau. Møderne

⁹⁴ Behovet for en lov

er korte forhandlingsmøder og parterne har pligt til at møde op. Herefter er mulighed for voldgift spærret i 4 uger.

Mediation og mægling kommer herefter på tale i den mellemliggende periode. Forløbet er hurtigt og billigere end voldgiftssystemet og det er erfaringsmæssigt, fra andre lande, at det ofte ender med forlig. Desuden er det udvalgets opfattelse at parterne ved deltagelsen afbryder forældelse.⁹⁵ Der kan kun gives tilladelse til mediation og mægling, såfremt de første 2 trin vedrørende hurtige forhandlinger, er gennemført, jf. AB18 § 64, stk. 4.

Voldgift, kan ikke iværksættes før mediation eller mægling er afsluttet, jf. AB18 § 65, stk. 5.

Mægling og mediation er forskellige i processen. Ved mediation, må mediator ikke, som tidligere nævnt ikke fremsætte forslag og fortælle parterne, om det mest sandsynlige udfald, ved en voldgiftssag. Det står i klar modsætning til mægling, hvor mægler netop vejleder om det sandsynlige udfald ved en voldgiftssag og bidrager med mulige løsningsforslag. Voldgiftsnævnet samarbejder med Mediationsinstituttet om, at sikre dygtige, veluddannede mediatorer og mæglere, med indsigt i bygge- og anlægsbranchen De kan f.eks. være jurister og advokater, men også arkitekter, ingeniører. Fordelen herved, er at man ved brug af flere mediatorer eller mæglere til en sag, kan kombinere fagtekniske og juridiske mediatorer og mæglere.⁹⁶

Voldgiftsnævnet for byggeri- og anlæg har udfærdiget et regelsæt for mediation og mægling i 2018⁹⁷. Dette regelsæt behandler sagens anlæg og mediators rolle i processen herunder bistand til parternes klarlægning af deres synspunkter, holdninger og interesser, så de selv kan nå en løsning af tvisten ved forlig, jf. § 4, stk. 2. Desuden at mediator ikke giver juridisk, økonomisk eller teknisk rådgivning, hverken til parterne i fællesskab eller individuelt, jf. stk. 3.

Regelsættet beskriver desuden, at der må afholdes separate møder, at mediator ikke kan fortsætte som voldgiftsdommer efter forgæves mediation.

Parterne kan oplyse ønske om mediators kvalifikation, og hvor mange mediatorer man ønsker, herefter udpeger Voldgiftsnævnet efter ønskerne.

⁹⁵ BET 2018-01-01 nr. 1570 s. 20

⁹⁶ Om mægling og mediation

⁹⁷ Voldgiftsnævnet for byggeri- og anlæg, regler for mediation og mægling, 2018.

Mæglers uddannelse og kvalifikation, upartiskhed og uafhængighed, samt at parterne selv fører ordet er også beskrevet i dette regelsæt, hvilket gør det sammenligneligt med Voldgiftsinstitutets

5.1 Delkonklusion

Den nye AB18 løsningstrappe, og særligt den del der omhandler mediation og mægling, er væsentligt mere detaljeret end RPLs regler for retsmægling, trods metoden i sin grundform er den samme. Da regelsættet for mediation i AB18 er så detaljeret, kan man forestille sig at parterne vil være mere tilbøjelige til at vælge mediation, da de ved hvad de kan forvente af både mægler og selve processen.

Til forskel fra RPL, hvor parterne allerede har indgivet stævning og svarskrift, skal parterne ved AB18, igennem løsningstrappen. Særligt de 2 indledende forhandlingsmøder afviger væsentligt fra både Retsplejelovens retsmægling, og udenretlig mediation.

6 Erfaringer fra branchen

6.1 Mediatoradvokaternes erfaringer

Det er kun ganske få sager der behandles ved retsmægling og det kan skyldes flere ting. Advokat Carsten Juul fortæller, at det skyldes at der er sager hvor parterne bare ønsker at vinde sagen fuldt ud, fordi man er kørt helt fast i sin konflikt, og ikke ser andre udveje. Klienten er sikker på at vinde sagen og når det sker, går han fra retsbygningen med rensed sind. Her bemærker Advokat Benjamin Lundström, at mediation kun kan lykkes i et retssystem, for når mediationen ikke lykkes, skal der være et sted parterne kan gå hen og få løst deres konflikt. Han mener retssystemet og mediation skal være hinandens forudsætninger.

Modstanden for retsmægling og mediation mener han skyldes 2 ting. For det første, at advokaterne har svært ved at give slip på juraen og lade parterne selv bestemme, så juraen tilsidesættes. Advokaterne sidder på sidelinjen og har en tilbagetrukket rolle, hvor i retssagen har de kontrollen over sagens fremdrift. For det andet fordi man, når man skal tage stilling i

retssagsportalen om hvorvidt man ønsker retsmægling, skal sætte flueben i en boks. Her er der fortrykt et kryds i nej-boksen. Systemet har altså allerede truffet beslutning om at der ikke skal retsmægles i sagen. Dette bør være fortrykt i ja-boksen.

Lundström mener desuden at den advokatetiske ramme for god advokatskik på området for retsmægling skal håndhæves ved nogle kendelser fra Advokatnævnet, for han mener advokaterne i højere grad skal kunne dokumentere at de har rådgivet deres klienter om andre muligheder end en retssag.⁹⁸

Nogle mæglere nævner muligheden for at indføre obligatorisk retsmægling i visse sager, men medgiver dog, at tvang nok ikke vil være det bedste udgangspunkt for en mægling. Den altovervejende holdning hos retsmæglerne er da også, at retsmægling bør bygge på fuldstændig frivillighed fra parternes side.⁹⁹

Advokat Finn Lænkholm er mediator og retsmægler. Næsten alle hans sager er erhvervsforhold, hvoraf en tredjedel er entrepris sager. Han mener fordelene ved mediation er, at parterne får mulighed for at vise sagen, som de ser den. Dermed får de en større forståelse for den anden part. Han ser mediation som en tretrinsskridt, hvor det første trin handler om at gøre parterne klar til forhandling. Det andet trin handler om at parterne drøfter indholdet af forliget. Herunder oftest informationer om økonomi, fremtidig samarbejde og afhjælpning af mangler. Tredje trin er selve forhandlingen, hvor mediator har et større ansvar for at holde fremdrift i forhandlingen.¹⁰⁰

Advokat Malene Eigtved er tidligere konstitueret dommer ved Østre Landsret og nævner, at domstolene har nogle begrænsninger, fordi man kun forholder sig til fortiden. Man spørger ikke parterne hvad deres bevæggrunde er og hvad de føler. Folk kommer ind, får en dom og så kan man anke eller lade være. Hun mener at mange dommere bliver retsmæglere, fordi de ser nogle sager, som retten ikke kan træffe en retfærdig afgørelse om og hvor alle bliver kede af det.

⁹⁸ Løsningens labyrint, Benjamin Lundström s.36-41

⁹⁹ Evalueringsrapporten s. 105

¹⁰⁰ Løsningens labyrint, Finn Lænkholm s. 72.

Hvis hun i dag skulle vælge mellem jobbet som advokat eller mediator, ville hun vælge mediator, hvis ikke det var så mentalt hårdt. Det er en hård proces, fordi man som mediator skal være på hele tiden med fuld energi på begge parter.

Men hun er også bevidst om, at ikke alle sager er egnet til mediation, så retssystemet er uundværligt.

Både hun og Thomas Samsøe Bloch har oplevet advokater, der har ønsket mediationsklausuler ud af kontrakterne, hvilket de mener er besynderligt, da det bare er et processkridt.¹⁰¹

6.2 Større udbredelse

6.2.1 Mediationsinstituttet, dansk industri og dansk byggeri

Mediationsinstituttet har indgået samarbejde med Dansk Industri og Dansk Byggeri om at udbrede kendskabet til mediation. Man tilbyder mediation som en gratis prøveordning til 30 erhvervs- og byggevirksomheder.

Ifølge en hvidrapport om mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, bruger virksomhederne i Danmark 8,2% af deres resultat efter skat på konflikter¹⁰² Trods forligsrater på på med 80%, har mediation ikke vundet særlig popularitet i Danmark, som i udlandet.

I hvidrapporten anbefaler man desuden en lov om mediation, der regulerer fuldbyrdelse, forældelse og fortrolighed.¹⁰³

Forsøgsprojektet indeholder 20 medationer i byggeri- og anlægsbranchen for at kunne skabe mere forankring som konflikthåndteringsmulighed. Projektet er støttet af Dreyers Fond, Grundejernes Investeringsfond og Realdania.¹⁰⁴

Mediation og retsmægling er en metoder der er langt billigere end domstolsbehandling og voldgift. Professor Peter Arnt Nielsen har indsamlet priserne for henholdsvis retsmægling, mediation ved Mediationsinstituttet, Voldgiftsinstituttet og Voldgiftsnævnet for byggeri og anlæg:

¹⁰¹ Løsningens labyrint, Malene Eigtved s. 56-67

¹⁰² Thomas Westergaard-Kabelmann og Mediationsinstituttet, Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, udarbejdet med støtte fra Dreyers Fond, herefter Hvidbogen . s. 9

¹⁰³ Hvidbogen s. 65

¹⁰⁴ Mediationsinstituttet om lancering af nyt projekt for udbredelse af mediation i byggeri- og anlægsbranchen

”En advokatretsmægler får 8.570 kr. i salær ekskl. moms for en retsmægling på tre timer inkl. forberedelse. Efterfølgende timer koster 1.755 kr. ekskl. moms. Sagsøger skal også betale retsafgift. Ved Mediationsinstituttet koster en mediation på op til otte timer mellem erhvervsdrivende 25.000 kr., mens en mediation på op til otte timer, hvor den ene eller begge parter er private personer, koster 15.000 kr. Priserne dækker mediators honorar og et gebyr til instituttet (hhv. 16.000 og 9.000 kr. ekskl. moms i erhvervstvister) samt lokaleleje. Efterfølgende timer koster 2.500 kr. ekskl. moms. Timetaksten ved Voldgiftsinstituttet for en mediator aftales med parterne, men ligger som regel i omegnen af 2.500 kr. ekskl. moms, hvortil kommer et gebyr på 9.700 kr. Ved Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlæg (VBA) er timetaksten fastsat konkret på baggrund af mediators kvalifikation, profil og erfaring og ligger typisk i niveauet 1.500-3.000 kr. ekskl. moms.”¹⁰⁵

6.3 Covid-19

Den tid vi befinder os i lige nu, er en helt særlig tid hvor Covid-19 virussen raser og hele samfund lukkes ned af frygt for smitte og som følge heraf sygdom og død. Særlig lande som Kina, Italien og Spanien har rystet hele verden, der med massiv smitte har vist os alle, hvor vigtigt det er at holde afstand til hinanden.

Derfor har den danske regering pålagt befolkningen en række begrænsninger for befolkningen og i en periode lukket retterne rundt om i landet.

Det har betydet, at retterne ved genåbningen har en stor arbejdsbyrde pga. de mange udsættelser, der nu står til sagsbehandling. Derfor anbefaler underdirektør i Dansk Industri, at mediation kan være løsningen, fordi det alligevel for mange ikke giver mening, at man skal den lange vej igennem et retsforløb. Det vil både spare parterne og retssystemet for økonomiske og tidsmæssige byrder.

Mediationsinstituttet har derfor åbnet for online mediation for her mener man, at man bør komme i gang med mediationerne, allerede inden genåbningen af landet.¹⁰⁶

¹⁰⁵ U2019B.206 Peter Arnt Nielsen, Bør udenretlig mediation reguleres ved lov?”, note 4.

¹⁰⁶ AdvokatWatch, Massivt retsligt efterslæb venter: Selskaber kan droppe domstolene og spare millioner. 26/03/2020. Sidst set d. 18.05.2020

7 anbefaling

Der findes i dag mange muligheder for at få håndteret tvister. Indenfor retssystemet findes der traditionel retssagsbehandling men forinden dette kan man blive anbefalet retsmægling. Dette er billigere og tidbesparende.

Der findes desuden voldgift, som behandles ved voldgiftsretterne, hvor Voldgiftsnævnet for byggeri- og anlæg er den mest brugte for byggeriet.

Retsmægling er ifølge forarbejderne en mediationsmetode, hvor mediator følger en processuel rækkefølge, for at få belyst parternes behov og interesser. Men i Retsplejeloven er der ikke fastlagte regler for processen. Det fravalgte man bevidst, efter Retsplejerådets anbefaling om at retsmægling bør begrænses til centrale spørgsmål, herunder processen ved indledning af retsmægling, fortrolighed, afslutning, sagsomkostninger og forløbet derefter. Man angav at der ikke var behov for detaljerede regler om retsmæglerens rolle. Det gør området overfladisk, og svært for parterne, at se formål og resultat, hvorefter de har tendens til at fravælge retsmægling. Det er ærgerligt, da retsmægling har vist sig at være yderst effektiv, særligt for entreprisområdet. Ved forsøgsordningen var forligsprocenten for entreprisområdet 72% med en gennemsnitlig mødetid på 2,5 time.

Desuden var der i rapport over retsmæglings 2017 og 2018 en forligsprocent for entreprisområdet på 68% i 2017 og 79% i 2018.

Ved den nye AB18, er der indført en mulighed inden voldgift. En hurtig behandling, som er en voldgift, der behandler sagen på skriftligt grundlag indenfor kort tid. Derudover er der indført en løsningsstrappe hvor parterne på 2 trin skal forsøge at forhandle. Lykkes dette ikke, er der 4 ugers ventetid, før man får adgang til voldgift.

I mellemtiden kan parterne forsøge sig med mediation eller mægling. Mediation og mægling er på mange måder både ens og uens.

Ens fordi begge metoder involverer en tredjepart der styrer processen og som er neutral og upartisk, samt uddannet i mediation og mægling.

Uens fordi en kerneværdi i mediation er, at mediator afholder sig fra at komme med løsningsforslag og udsigter for hvordan en sag eventuelt vil falde ud ved en senere retssag.

Det gør mægler i en mægling til gengæld.

Ved den udenretlige mediation indgår parterne en aftale om mediation enten før eller under konflikten. Den udenretlige mediation er ikke reguleret af et regelsæt som den institutionelle mediation hos eksempelvis Mediationsinstituttet, voldgiftsinstituttet og Voldgiftsnævnet for byggeri- og anlæg.

Det giver nogle processuelle betænkeligheder, herunder om de manglende krav til mediator. Som det er nu er området ureguleret og mediator er ikke bundet af hverken de metodemæssige regler om neutralitet, upartiskhed og vidneudelukkelse. Han skal ikke gøre opmærksom på inhabilitet og ej heller undersøge det. Det gør området retssikkerhedsmæssigt uklart og det er derfor anbefalet af Voldgiftsinstituttet, at der laves et regelsæt der behandler udenretlig mediation i kommercielle, dispositive tvister. Det er vigtigt at de processuelle retsvirkninger bliver klarlagt, så det eksempelvis bliver defineret at retten eller voldgiftsretten skal afvise en sag, så længe en mediation ikke er afsluttet.

Sammen med den nye AB18, blev der udarbejdet et regelsæt for mediation og mægling ved Voldgiftsnævnet for byggeri- og anlæg. Dette regelsæt er detaljeret og indeholder alle disse regler, der anbefales ved etablering af en separat lov om mediation. Desuden er Mediationsinstituttet i et samarbejde med Voldgiftsnævnet for byggeri- og anlæg om at sikre specialuddannede mediatorer med erfaring indenfor branchen. Dette regelsæt er meget lig det regelsæt Voldgiftsinstituttet anbefaler, hvilket er positivt, for parterne kan her se, hvad de kan forvente af mediationen.

Man kan derfor været tilbøjelig til at mene, at et regelsæt om udenretlig mediation er overflødiggjort som følge af det nye AB18 sæt. Parterne får dog ikke adgang til mediation efter AB18, før de har været igennem de første 2 trin på løsningstrappen, og det kan måske give anledning til irritation hos nogen.

Mediation kan aftales gennem institutterne hvorefter parterne er underlagt reglerne hos de pågældende institutter.

Mediation er i dag ikke blevet så populært, som man kunne ønske sig og derfor er der et behov for helt fastlagte rammer for området, så det kan blive en fasttømret del af konfliktbehandling på linje med den populære voldgiftsbehandling. Det vil ligeledes potentielt give en afsmitning til domstolene, så retsmægling kan blive mere brugt.

Mediationsinstituttet, Dansk Industri og Dansk byggeri ønsker at udbrede kendskabet til metoden for gennemsigtighed og af retssikkerhedsmæssige årsager, og som et forsøg på at gøre metoden mere populær.

Nærværende speciale tilslutter sig, ligesom Professor Peter Arnt Nielsen¹⁰⁷ derfor Voldgiftsinstituttets forslag om en separat lov om mediation..

8 Konklusion

Formålet med specialet har været at undersøge, hvorvidt der bør laves en separat lov om mediation og retssikkerhedsfordelene herved. Dette resultat skulle frembringes gennem belysning af mediation som konfliktmæglingsværktøj og ved at undersøge retstilstanden for retsmægling der er indsat i Retsplejeloven.

Herefter for, at kunne frembringe egen vurdering af, hvorvidt der bør laves en separat lov om mediation.

Mediation er et konflikthåndteringsværktøj der har vist sig at være særdeles effektivt, til at håndtere tvister, særligt i bygge- og anlægsbranchen.

Det er den refleksive model der har vundet mest indpas i Danmark, fordi den giver mediator frihed til at vælge sin egen måde at mediere, dog indenfor rammen af mediationsmetoden.

Parterne møder frivilligt og kan til enhver tid forlade processen. Der gælder ligeledes fuld fortrolighed.

Der findes flere metoder for tvisteløsning i Danmark, foruden domstolene og voldgift.

Retsmægling er en indenretlig konflikthåndteringsmetode der metodemæssigt ligner mediation, men er fastlagt efter tidsbestemte rammer. Parterne får først tilbudt retsmægling, når de har

¹⁰⁷ U2019B.206 Peter Arnt Nielsen, Bør udenretlig mediation reguleres ved lov?

anlagt en sag hos domstolene, hvilket har den betydning, at parterne allerede har brugt tid og penge på interne ressourcer og advokatbistand til stævning og svarskrift.

I 2003 blev en forsøgsordning for retsmægling iværksat. Den havde til formål, at undersøge om retsmægling skulle implementeres i Retsplejeloven.

Forsøget blev foretaget på baggrund af interviews og spørgeskemaer til både retsmæglere, parter og partsadvokater.

Det viste sig, at retsmægling er et tidsbesparende redskab, der havde potentiale til at lette presset på domstolene. Med en forligsprocent på 72% for entreprisesagerne og en gennemsnitlig mødetid på kun 2,5 timer og et samlet retsmæglingsforløb på gennemsnitligt 70 dage, viste forsøget at parterne hurtigere kan få deres afsluttet deres konflikt end retssystemet kan tilbyde.

En af fordelene ved retsmæglingen er frivilligheden, som betyder at parterne kan forlade mødet på et hvilket som helst tidspunkt, uden at være bundet. Det har den fordel, at man kan være mere tilbøjelig til at møde op og indgå i forløbet, selvom man i udgangspunktet ikke har lyst.

En anden fordel er fortroligheden, der betyder at intet fra mødet må genfortælles udenfor møderummet, med mindre parterne har aftalt det. Det er på den anden side også problematisk, da det kan misbruges.

Mediation er i høj grad en process, hvor der er metodefrihed for mediatorerne. Mediation er på denne måde en balancegang og det kræver veludviklede, analytiske evner og en håndfuld teknikker, at lede parterne igennem.

Alle faserne har hver sin vigtighed for processen, men det er muligvis den oplysende fase der er vigtigst. Det er her parterne får lejlighed til uden filter, at lukke den opbyggede frustration de måtte have ud.

Voldgiftsinstituttet udkom i 2018 med en redegørelse over behovet for en lov om mediation.

Ved Voldgiftsinstituttets undersøgelse blev det tydeligt, hvorfor en lov om mediation er ønskværdigt. Der er ingen retssikkerhed for parterne, når de aftaler en udenretlig mediation, så området fremstår uklart. Det er både problematisk, at der ingen regler er for mediators habilitet,

fortrolighed, tavshedspligt og vidneudelukkelse. Dette har man indskrevet i forslaget til loven, så reglerne for både processen og mediator kommer til at fremstå klart og utvetydigt.

Denne uklarhed, ses blandt andet i U.2015.1412S, hvor Sø- og handelsretten ikke afviste en sag, hvor der i rammeaftalen var aftalt mediation, men hvor denne ikke var blevet afholdt.

Det følger heraf, at aftalen om mediationen ikke tager højde for alle situationer, hvilket får området for mediation til at stå uklart.

Ifølge udvalget i forslag til lov om mediation, er det afgørende at mediationsaftalens processuelle retsvirkninger er fastlagt for at mediationsprocessen kan udbredes effektivt. Dermed bliver dette et klart argument fra udvalget, til fordel for en separat lov om mediation.

Den nye AB18 løsningstrappe, og særligt den del der omhandler mediation og mægling, er væsentligt mere detaljeret end RPLs regler for retsmægling, trods metoden i sin grundform er den samme. Særligt de 2 indledende forhandlingsmøder afviger væsentligt fra både Retsplejelovens retsmægling, og udenretlig mediation. Mislykkes disse to indledende møder, er der 4 ugers ventetid før man får adgang til voldgift. I mellemtiden kan parterne forsøge sig med mediation eller mægling, der er ens i processen, med den undtagelse, at mægleren både vil komme med løsningsforslag og fortælle hvordan en sag eventuelt vil falde ud ved en senere retssag.

Ved den udenretlige mediation indgår parterne en aftale om mediation enten før eller under konflikten. Den udenretlige mediation er ikke reguleret af et regelsæt som den institutionelle mediation hos eksempelvis Mediationsinstituttet, voldgiftsinstituttet og Voldgiftsnævnet for byggeri- og anlæg.

Det giver nogle processuelle betænkeligheder, herunder om de manglende krav til mediator. Som det er nu er området ureguleret og mediator er ikke bundet af hverken de metodemæssige regler om neutralitet, upartiskhed og vidneudelukkelse. Han skal ikke gøre opmærksom på inhabilitet og ej heller undersøge det. Det gør området retssikkerhedsmæssigt uklart og det er derfor anbefalet af Voldgiftsinstituttet at lave en ny lov.

Institutterne arbejder i dag på at udbrede kendskabet til mediation og forsøger at få bygge- og anlægsbranchen til at anerkende metoden, da det kan spare virksomhederne for både tid og penge og det kan lette arbejdsbyrden ved domstolene.

Derfor anbefales det også i denne speciale, at der bør laves en separat lov om mediation.

9 Abstract

The purpose with this thesis is to investigate whether a separate Act of Mediation should be made. Mediation is a non-regulated method for solving conflicts, and it has its own principle, and guidelines. It is a method that demand an understanding of conflicts and the psychology behind it. It is a process in which the Parties come to the solution themselves, with guidance from the mediator. Mediation has the advantage, that when the Parties come to an agreement, they will both feel like winners. This stands in opposition to court treatment, where the judge decides the outcome of the case. One part wins and the other part loses.

The principle and process of the non-regulated Mediation, will be examined in this thesis for basic understanding.

Mediation is a time- and money saving method. Besides saving money and time, it can save the Parties personal energy in dispositional disputes in the construction industry. But the method has not won popularity of its own.

“Retsmægling” is in-law mediation method of handling conflicts before court treatment, and is regulated in “Retsplejeloven” chapter 27. It has a history of its own, which started with a pilot scheme, including a group of mediators, lawyers and parties. They were to answer a survey about the mediations they participated in.

After the pilot scheme ended, the ministry of justice came with an evaluations report, which stated the overall satisfaction about the method. “Retsmægling” has lived a subtle life and has not been used as much as it was supposed to be, regardless of its popularity in the survey.

In 2018 the guidelines for the construction industry AB92, was revised. In the past, the method of handling conflicts was by arbitration, but with the new AB18, a new line of procedural steps for

handling conflicts was inserted. A part of these steps, was mediation. But only when the parties went through another two steps of unsuccessful negotiation before mediation was allowed.

In 2018 The Danish institute of Arbitration made a design proposal for a separate Act of Mediation. They pointed out that the unregulated Mediation, has some legal security issues. The Mediator is not obligated to be neutral and impartial, nor is he obligated to see that he is not incompetent.

Furthermore, with the lack of Act, the courts have no guideline regarding questions about expiration.

Today “Mediationsinstituttet” is working with full support from “Voldgiftsnævnet for byggeri- og anlæg”, “Dansk industri” and “Dansk byggeri” to get the construction industry to use this time- and money saving method even more.

10 Litteraturliste

Love

LBK nr 938 af 10/09/2019 Retsplejeloven

LOV nr 553 af 24/06/2005, Voldgiftsloven

LBK nr. 1238 af 09/11/2015, Forældelsesloven

LBK nr. 1252 af 27/11/2014, Retsafgiftsloven

Forarbejder

Bet. 1481/2006, Retsplejerådets betænkning; Reform af den civile retspleje

Justitsministeriets lovafdeling, Notat om en forsøgsordning med retsmægling, 06.02.2003.

Jakob Roepstorff & Britta Kyvsgaard: Forsøg med retsmægling – en evalueringsrapport, Justitsministeriet 2005

Kommenteret oversigt over høringsvar vedrørende Retsplejerådets betænkning nr. 1481/2006 om reform af den civile retspleje V (Retsmægling)

Bet. 2018-01-01 nr. 1570, Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed

Domme

U.2015.1412S

Vejledninger

Vejledning nr. 9632 af 10/08/2018, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed. (AB18)

Voldgiftsnævnet for byggeri- og anlæg, regler for mediation og mægling, 2018. Sidst set 14.05.2020 <https://voldgift.dk/wordpress/wp-content/uploads/2018/12/Regler-for-mediation-og-mægling-2018.pdf>

Rapporter

Johan Tuft-Kristensen m.fl.: Behovet for en lov om mediation, Voldgiftsinstituttet, 2018, Danske Advokater og Danske Mediatoradvokater, Retsmæglingsrapport fra 2017-2018. <https://mediationsinstituttet.dk/wp-content/uploads/2019/10/Retsmæglingsrapport-2017-og-2018.pdf>

Thomas Westergaard-Kabelmann og Mediationsinstituttet, Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, udarbejdet med støtte fra Dreyers Fond.

Litteratur

Vibeke Vindeløv, Konfliktmægling, 3. udg. Jurist- og Økonomiforbundet. 2013.

Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori. Jurist- og Økonomiforbundet, 1. udg. 1. oplag. 2014

Bo van Eyben, Juridisk ordbog, Forelaget Thomson, 13 udg. 2008

Carsten Juul og Thomas Samsø Bloch, Løsningens labyrint – advokaters erfaring med mediation, 1 udg. Djøf Forlag. 2019

Øvrigt

U2019B.206 Peter Arnt Nielsen, Bør udenretlig mediation reguleres ved lov?"

Danmarks domstole om Retsmægling. *Sidst set 18.05.2020*

<https://www.domstol.dk/alle-emner/anlaeg-civil-sag/retsmaegling/>

Voldgiftsinstituttet oversigt; Om voldgift, *sidst set 18.05.2020*

<https://voldgiftsinstituttet.dk/voldgift/>

Voldgiftsinstituttet, om mediation, *sidst set 18.05.2020*

<https://voldgiftsinstituttet.dk/mediation/>

Voldgiftsnævnet for Byggeri- og Anlæg, Om mægling og mediation. *Sidst set 18.05.2020*

<https://voldgift.dk/maegling-og-meditation/>

Mediationsinstituttets lancering af nyt projekt for at fremme mediation i byggeri- og anlægsbranchen, 27. november 2019. *Sidst set d. 18-05.2020*

<https://mediationsinstituttet.dk/vidensbank/mediationsinstituttet-lancerer-sammen-med-dansk-industri-og-dansk-byggeri-projekt-om-meditation/>

AdvokatWatch, Massivt retsligt efterslæb venter: Selskaber kan droppe domstolene og spare millioner. 26/03/2020. Sidst set d. 18.05.2020

<https://advokatwatch.dk/Advokatnyt/Tendenser/article12035723.ece>

Familieretshusets etiske retningslinjer for retsmægling 30.09.2019

11 Dokumentation for antal anslag

Brødtekst

Statistik:

Sider	53
Ord	14.683
Tegn (uden mellemrum)	80.114
Tegn (med mellemrum)	94.514
Afsnit	461
Linjer	1.468

Medtag fodnoter og slutnoter

Samlet

Statistik:

Sider	59
Ord	16.345
Tegn (uden mellemrum)	90.987
Tegn (med mellemrum)	106.980
Afsnit	671
Linjer	1.777

Medtag fodnoter og slutnoter