



Mediations
instituttet

Nye veje for byggebranchens konflikter

Hvordan kan vi spare milliarder ved øget brug af mediation i byggebranchen? Følg med i de seks delanalyser og bliv klogere på mediationens milliardpotentiale i byggebranchen.



Mediationsinstituttet
Vesterbrogade 32
DK-1620 Copenhagen V
+45 / 50778427

Analysen er udarbejdet med støtte fra Grundejernes Investeringsfond



INDHOLD

Nye veje for byggeindustriens konflikter	3
Forord.....	3
Udlandets erfaringer med mediation i byggebranchen	4
Notat 1.1: Datagrundlag.....	4
Notat 1.2: Overblik over udvalgte landes tilgang til mediation.....	11
Notat 1.3: Erfaringer fra Norge og England.....	23

NYE VEJE FOR BYGGEINDUSTRIENS KONFLIKTER

Forord

Byggeriet i Danmark er blandt verdens dyreste. Ifølge Klima-, Energi- og Bygningsministeriet er en væsentlig årsag til dette, byggeriets over 20 år gamle aftalesystem, AB-systemet, der er baseret på en forældet forståelse af byggeriets processer og aktører, og som vanskeliggør planlægningen, skaber forsinkelser og medfører mange tvister og uenigheder, der ender i dyre og tidskrævende voldgiftssager.

Konsekvenserne af tvisterne i byggeriet er mange og alvorlige. I en nylig analyse fra Mediationsinstituttet skønnes de samlede udgifter til løsning af juridiske konflikter inden for byggeriet i Danmark til 0,50% af byggeriets samlede omsætning, svarende til ca. 14,1% af deres resultat efter skat.

Når danske byggevirksomheder bruger ca. 0,50% af deres omsætning på løsning af deres juridiske konflikter, skal de i sagens natur have dækket disse omkostninger på en eller anden måde. I en situation med presset indtjening og en forholdsvis pæn grad af konkurrence er deres muligheder primært reduceret til at overvælte disse omkostninger på deres priser. Der er derfor alt mulig grund til at undersøge mulighederne for at sænke disse omkostninger og derigennem effektivisere og forkorte byggeriets processer til gavn for alle involverede og samfundet generelt.

I løbet 2017 vil Mediationsinstituttet med støtte fra Grundejernes Investeringsfond derfor belyse de særlige karakteristika, der kendetegner byggeriets konflikter, og, ikke mindst, hvordan disse konflikter kan afhjælpes på en mere omkostningseffektiv måde.

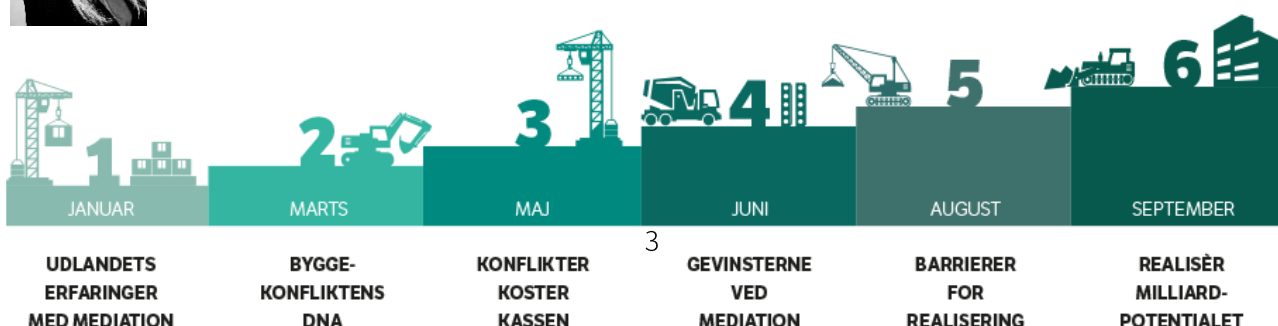
Projektet vil over 6 faser, fra januar til september, belyse mediation og byggeriets konflikter. Vi vil blandt andet fokusere på de økonomiske konsekvenser ved de eksisterende konfliktprocesser og de nuværende juridiske rammer for håndtering af konflikter. Derudover vil projektet estimere det økonomiske potentiale for virksomhederne og for samfundet ved øget brug af mediation inden for byggeriet. Analysen vil inddrage både nationale og internationale data og praktiske erfaringer med henblik på at vurdere mulige alternativer, nye konfliktløsningsprocesser og bedre juridiske rammer.

Dette dokument samler al den baggrundsdokumentation, der ligger til grund for de enkelte delanalyser. Dokumentet vil blive udbygget i takt med offentliggørelse af de seks delanalyseresultater.

Mediationsinstituttet, den 18. januar 2017



Louise Lerche-Gredal
Administrerende direktør



UDLANDETS ERFARINGER MED MEDIATION I BYGGEBRANCHEN

Notat 1.1: Datagrundlag

- Denne litteraturoversigt har til formål at kortlægge den eksisterende viden og erfaringer med brug af mediation som en alternativ konfliktløsningsstrategi i den europæiske byggebranche. Med henblik på at sikre størst mulig relevans og sammenlignelighed for den danske byggebranche er litteraturoversigten begrænset til EU. Det skal nævnes, at der også er lande uden for EU, der har gjort sig erfaringer med mediation i byggesektoren – herunder særligt USA, Canada, Hong Kong, Malaysia, Sydafrika og Singapore m.fl. – men disse lande medtages kun i denne oversigt, hvis fokus ligeledes er på et eller flere EU lande.
- Der er desforuden en betydelig mængde litteratur, der beskriver og analyserer byggeriets konflikter generelt (årsager, konsekvenser, karakter etc.), ligesom der er en betydelig mængde litteratur om mediationen og dens anvendelse på tværs af sektorer (definitioner, procesbeskrivelser, kompetencer, succesrater etc.). Disse, mere generelle, kildehenvisninger er med enkelte undtagelser (f.eks. en række generelle EU rapporter om mediationens udbredelse) ligeledes ikke medtaget i oversigten fra denne første delanalyse.
- Som det fremgår af oversigten, tager en betydelig del af den akademiske litteratur om mediation i byggebranchen afsæt i England. Dette skyldes sandsynligvis, at England siden 1998 har haft alternativ konfliktløsning, herunder eksempelvis mediation, som et påkrævet element af den udenretlige proces og altså dermed har samlet betydelige erfaringer på området. Der findes også redegørelser for andre EU lande, som har implementeret lignende retslige instanser for at fremme mediation, f.eks. Norge, men der er kun i begrænset omfang tale om akademiske publikationer og dybdegående undersøgelser på niveau med England.
- Bemærk at kilder eller links med følgende anmærkning i oversigten kræver betalt adgang: (*)

Forfatter og udgivelsesår	Titel og link	Kilde	Landefokus	Beskrivelse
Barbo, J.E. (2015)	Norske erfaringer med alternativ tvisteløsning i byggesaker	Konference om strategisk konflikthåndtering. Denne og flere præsentationer kan downloades her: www.konfliktstrategi.dk/konference	Norge	En gennemgang af de juridiske rammer, aftalevilkår og erfaringer med mediation i norske byggetvister ved advokat og mediator Jan Einar Barbo. I den norske pendant til AB 92 (NS 8407) er der bl.a. indført nye bestemmelser i 2011 om projektintegreret mediation (PRIME), og alternative konfliktløsningsformer, herunder mediation og retsmægling, er i dag mere udbredt i Norge – og med højere succesrater – end i resten af Skandinavien.
Brooker, P. (2007)	An investigation of evaluative and facilitative approaches to construction mediation	Structural Survey, Vol. 25 Issue: 3/4, pp.220 – 238 (*)	England og USA	Artiklen undersøger sammenhængen mellem mediators tilgang (evaluerende vs. faciliterende) og implikationerne for byggesektorens brug af mediatorer. Resultaterne viser bl.a., at repræsentanter fra den engelske byggesektor oplever et mix af evaluerende og faciliterende taktikker fra deres mediatorer. Dette ligner, iflg. Brooker, udviklingen fra bl.a. USA, hvor mediationen i stigende grad er blevet "advokatiseret" i den forstand, at den evaluerende taktik, som advokatprofessionen generelt foretrækker, bliver den dominerende.
Brooker, P. (2009)	Criteria for the appropriate use of mediation in construction disputes: Judicial statements in the English Technology and Construction Court	International Journal of Law in the Built Environment, Vol. 1 Iss: 1, pp.82 - 97 (*)	England	En undersøgelse af under hvilke forhold den engelske Technology and Construction Court (TCC), der specialiserer sig i byggekonflikter, vil acceptere, at de stridende parter afviser brug af mediation uden yderligere sanktioner. I en analyse af en række byggesektorsager fremlagt for TCC, vurderer dommerne, med afsæt i deres personlige erfaring med mediation, at størstedelen af sagerne er egnede til mediation. Dette vurderes som problematisk af forfatteren, da mediation ikke altid er den bedste løsning, og effekten således kan være, at der (unødigt) skabes negative opfattelser af mediationens effekt i byggesektoren.
Brooker, P. & Wilkinson, S. (2010)	Mediation in the construction industry: An international review	London: Spon Press (*)	Internationalt fokus, men med eksempler fra bl.a. England	Bogen gennemgår byggesektoren i en række lande og deres respektive tiltag i forhold til alternativ konfliktløsning (ADR: Alternative Dispute Resolution). Den beskriver de juridiske rammer og udfordringer forbundet med udbredelsen af mediation for byggesektorens parter og søger gennem interviews med eksperter at pege på løsninger, der kan begrænse denne usikkerhed.
Ceno, J. (2012)	A Process Account of Construction Mediation	Birmingham School of the Built Environment	England	Mens fordelene ved mediation (fx hurtigere ekspedition, lavere omkostninger) er velbeskrevne i den eksisterende litteratur, argumenterer forfatteren af denne artikel for, at de indirekte fordele ved at gennemgå en mediationsproces ofte overses. Særligt argumenteres det, at byggefaglige eksperter gennem aktiv deltagelse i mediationen vil

				kunne lære en række nye færdigheder (kommunikation, konfliktløsning etc.), som potentielt vil kunne være bidrage positivt til byggesektorens konfliktkultur.
Cheung, S. O., et al. (2002)	Fundamentals of alternative dispute resolution process in construction	Journal of Construction Engineering and Management Vol. 128, Issue 5 (*)	Hong Kong men med eksempler fra andre lande	Artiklen undersøger forskellige former for alternativ konfliktløsning og belyser den stigende kompleksitet forbundet med deres implementering i entreprisekontrakter. Baseret på udsagn fra eksperter peges der på behovet for at fokusere på de enkelte ADR processers unikke karakteristika og anvendelighed i en given konflikt for derved at sikre, at konfliktløsningen fortsat sker hurtigt og omkostningseffektivt.
Cheung, S., and Wong, P.S. (2010)	Use of alternative dispute resolution in construction: A comparative study	Challenges, Opportunities and Solutions in Structural Engineering and Construction, London	England, Hong Kong, New Zealand, Australien, Singapore	En sammenligning af alternative processer til konfliktløsning i byggesektoren i fem forskellige jurisdiktioner. Artiklen tegner en typologi over to grundlæggende former for konfliktløsning og beskriver de væsentligste juridiske årsager til denne forskellighed.
Europa-Parlamentet (2011)	Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis	Legal and Parliamentary Affairs, Bruxelles	EU-28 men med særlig fokus på Italien og Belgium	Rapporten beskriver omkostningerne forbundet med traditionel konfliktløsning på tværs af alle former for søgsmål i hhv. Italien og Belgien. Den identificerer den påkrævede succesrate for de to lande, og for EU generelt, hvis mediation skal spare hhv. tid og omkostninger i forhold til litigation. Resultaterne er bl.a., at hvis der kan opnås succes med mediation i blot 19% af tilfældene, vil alle EU lande kunne spare tid i forhold til konventionelle konfliktløsningsprocesser. Tilsvarende vil mediation blot kræve succes 24% af gangene for at kunne spare EU landene omkostninger. Sidst påpeger rapporten en række incitamenter, som kan hjælpe mediation undervejs i EU landene og opfordrer til en blanding af "hårde" og "bløde" virkemidler, herunder regulatoriske tiltag, skattemæssige incitamenter, "rabat" på sagsomkostninger samt stærkere incitamenter for domstolene.
Det Europæiske Parlament (2014)	‘Rebooting’ the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU	Legal and Parliamentary Affairs, Bruxelles	EU-28	Baseret på input fra 816 mediationseksperter i EU konkluderer rapporten, at EU mediationsdirektivet (2008/52/EC , red.) har haft begrænset effekt, og at kun Italien, som er et af de eneste lande, der har indført obligatorisk mediation, har opnået et betydeligt antal mediationer. "A thorough comparative analysis of the legal frameworks of the 28 Member States (...) shows that only a certain degree of compulsion to mediate (...) can generate a significant number of mediations" (se s. 7).
Donohoe, S. (2006)	“Is that not horrific?” – or “You have been warned!”	Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice Vol. 132, Issue 3 (*)	England	En undersøgelse af den såkaldte "ADR lov" i England og diskussion af implikationerne i kølvandet på Burchell v. Bullard sagen, hvor en engelsk domstol pålagde betydelige økonomiske sanktioner mod ægteparret Bullard, fordi de havde nægtet at mediere (se

				mere her , red). Artiklen konkluderer, at selvom den engelske domstol ikke vil tvinge f.eks. mediation på uvillige parter, så kan der være drakoniske omkostninger forbundet med at nægte alternative konfliktløsningsformer uden en gyldig grund.
Genn, H. et al., (2007)	Twisting arms: court referred and court linked mediation under judicial pressure	Ministry of Justice Research Series 1/07	England	En omfattende rapport fra det engelske justitsministerium, som evaluerer effekten af to midlertidige mediationsprogrammer i London Central Court. Evalueringen viser bl.a.: At parternes villighed til at indgå i mediation er afgørende for succes; at advokatstanden, trods et mere indgående kendskab til mediation end for 10 år siden, fortsat ikke ser mediation som et indlysende redskab; at der er behov for at kommunikere bredere til parterne om værdien af mediation; at der er behov for effektiv og dedikeret administrativ support ved domsstolsanviste mediationsprogrammer; at der pt. ikke er bottom-up efterspørgsel på mediation, men at dette kan skabes ved hjælp af uddannelse, sanktioner og incitamenter. Rapporten anbefaler således en kombination af mere information om mediation til de involverede parter og bedre administrativ support og uddannelses tilbud til mediatorer, men understreger også at en væsentlig udfordring fortsat er at gøre mediation mere attraktivt for advokatstanden, således at de vil anbefale processen til deres klienter.
Gotomediation. eu (2014)	"Pan-European Mediation Practices" - Survey on the Use and the Practice of B2B Mediation	EUROCHAMBRES	Italien, Frankrig, Tyskland, Kroatien, Cypern, Letland, Rumænien og Spanien	En undersøgelse af udbredelsen af mediation som løsning på konflikter mellem virksomheder i forskellige sektorer (herunder byggesektoren) i otte lande. Undersøgelsen beskriver de enkelte landes retssystemer og mæglingsdirektiver og, med input fra eksperter i de enkelte lande, kortlægger den en række forhold, bl.a. fordelingen mellem frivillig mediationer vs. mediationer påkrævet via domstolene/ved lov; hvilke sektorer der gør mest brug af mediation (byggesektoren er nummer to); samt omkostninger og tidsforbrug forbundet med mediation. Rapporten observerer derudover, at selvom normative mekanismer såsom retsmægling, obligatoriske processer og kontraktbestemmelser synes at have bidraget til at skabe en stærkere mæglingsskulturs i visse lande, så er mægling fortsat en snæver niche med begrænset udbredelse blandt europæiske virksomheder.
Gould, N. (1998)	Alternative Dispute Resolution in the UK Construction Industry	Masons Solicitors, London	England	Et af de første større studier af brugen af alternativ konfliktløsning i den engelske byggebranche. Artiklen bygger dens resultater på en survey med 490 respondenter og disses opfattelser af forskellige alternative konfliktløsningsmetoder. Resultaterne peger på, at mediation tilbage i 1998 gradvist var ved at vinde indpas i byggesektoren, men at parterne fortsat foretrak forhandling som den

				primære ikke-bindende konfliktløsningsform før voldgift eller litigation.
Gould, N. (2003)	Project Mediation	Fenwick Elliot, London	England	En definition af 'projektintegreret mediation' med reference til et eksempel fra Jersey Airport taxiway. Projektet, som havde en værdi af £15 millioner, nedsatte bl.a. et mediationspanel til en omkostning på £15.000, som tildeles en stor del af æren for, at projektet blev leveret en dag før skema og under budget. Forfatteren, som selv sidder med som ekspert i flere mediationspaneler/konfliktråd i den engelske byggesektor, fremhæver, at særligt for mindre projekter kan projektintegreret mediation være en bedre løsning end tilsvarende mekanismer (f.eks. Dispute Resolution Boards), som er mere bureaukratiske og omkostningstunge.
Gould, N. (2004)	Dispute Resolution in the Construction Industry: An Overview	Fenwick Elliot, London	England men også internationale betragtninger	Artiklen giver et overblik over de væsentligste elementer i den engelske konfliktløsningsmodel for byggesektoren, inkl. de juridiske og kontraktuelle rammer for mediation og conciliation, adjudication, voldgift og litigation.
Gould, N., King, C., and Britton, P. (2010)	Mediating Construction Disputes: An Evaluation of Existing Practice	King's College, London	England	Rapporten indeholder den største nyere kvantitative opgørelse over brugen af mediation i den engelske byggesektor. Den bygger på surveys fra juridiske repræsentanter i 800 byggekonfliktsager i England i perioden 2006-2008, som har været fremlagt den engelske Technology and Construction Court (TCC). Studiet undersøger bl.a., i hvilket omfang mediation er blevet brugt, hvornår i processen sagen blev afgjort samt de besparelser parterne har opnået ved brug af mediation. Resultaterne viser bl.a., at advokater udgør 75% af mediatorerne i byggesager, mens kun 16% har en byggeteknisk baggrund; at valg af mediator for det meste foretages af parterne selv uden en tredjepart (fx. en mediation support services provider (MSSP)); at parterne oftest kommer til enighed, hvis mediation startes tidligt i processen, dog med enkelte undtagelser; at selv de sager der ikke blev løst gennem mediation opnåede betydelige fordele efterfølgende i form af en kortere retssag; og at der kan være betydelige omkostningsbesparelser at hente ved brug af mediation i byggesektoren.
Gregory-Stevens, J.G., Frame, I. and Henjewe, C. (2016)	Mediation in construction disputes in England	International Journal of Law in the Built Environment, Vol. 8 Iss: 2, pp.123 - 136 . (*)	England	Siden den obligatoriske indførelse af 'adjudication' i England i 1996 som svar på de lange og omkostningstunge sagsbehandlingstider i det juridiske system, er omkostningerne og varigheden af denne løsning steget markant, hvorfor der i stigende grad er behov for alternative løsninger såsom mediation. Ikke desto mindre er mediation fortsat ikke udbredt blandt byggesektorens parter, og artiklen belyser derfor de barrierer,

				der er forbundet med dens succesfulde implementering i branchen.
Heneghan, J. and Byrne, C. (2013)	ADR in Construction: Ireland	IBA International Construction Projects Committee	Irland	En kortlægning af konfliktløsningsprocesser og traditioner i den irske byggesektor. Mediation er reguleret via en særskilt lov (Mediation Regulation) i Irland, men er ikke et lovkrav. Alligevel er mediation sammen med forligsförhandlinger meget udbredt i byggebranchen. Interessante nedslag fra undersøgelsen er bl.a., at den irske mediationslov giver parterne mulighed for at få den skriftlige mediationsaftale godkendt af den irske domstol, ligesom et lovforslag fremadrettet vil gøre det obligatorisk for advokater og sagførere at informere deres klienter om mediation, inden de påbegynder en retssag.
Hillig, J.B., & Huhn, M. (2010)	Impact of the EU Mediation Directives on the German Construction Sector	Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction Vol. 2, Issue 3 (*)	Tyskland	Tyskland opfylder allerede størstedelen af kravene i EU's mæglingsdirektiv (2008/52/EC, red.), med undtagelse af direktivets bestemmelser om kvaliteten af processen og mæglerens ret til at nægte at fremlægge beviser. Artiklen beskriver de forventede konsekvenser for den tyske byggesektor, som forventes at have størst effekt i forbindelse med projekter på tværs af landegrænser.
Norwegian Tunnelling Society (2012)	Contracts in Norwegian Tunnelling – Chapter 10: Project Integrated Mediation (PRIME)	Norwegian Tunnelling Society, Publication no. 21	Norge	En introduktion til <i>Project Integrated Mediation</i> (PRIME) generelt og i den norske byggebranche. Artiklen beskriver PRIME som en forholdsvis ny praksis, der bl.a. tager sit afsæt i brugen af Dispute Resolution Boards. Grundlæggende er PRIME kendetegnet ved tre elementer a) en eller flere mediatorer b) drages ind i projektet fra dets opstart c) for at fastholde en løbende kontakt mellem parterne selvom der, i princippet, måtte opstå konflikter undervejs. Artiklen fremhæver, at PRIME bl.a. er blevet brugt af Norwegian Public Roads Administration i et større projekt i Oslo ('Bjørsvika'), og at erfaringerne med PRIME primært er positive.
Spillane, J. P., et. al. (2011)	Mediation within Irish construction industry: Identifying success factors for appropriate competencies and processes	Journal of Law and Conflict Resolution Vol. 3(8), pp.142-150	Irland	Med afsæt i eksisterende litteratur og eksperter fra den irske byggesektor identificerer artiklen, hvilke faktorer der er afgørende for en succesfuld mediationsproces. Artiklen peger på "faciliterende mediation" som den bedst egnede strategi for den irske byggesektor. Derudover identificerer den 13 adfærdsmæssige, tekniske og intellektuelle kompetencer som mediatoren bør besidde og 17 procesmæssige elementer, som vil øge chancen for en succesfuld mediation.
Steffek, F. and Unberath, H. (2013)	Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads	Hart Publishing (*)	Norge, Østrig, Belgien, Danmark, England, Frankrig, Tyskland, Italien, Japan,	Denne bog er et bidrag til udviklingen af de juridiske rammer for alternativ konfliktløsning, på nationalt såvel som internationalt plan. De 12 caselandes juridiske og kulturelle rammer for konfliktløsning beskrives ved hjælp af interviews med en række eksperter på området, og forfatterne præsenterer på

			Holland, Schweitz og USA	baggrund heraf en transnational guide til alternativ konfliktløsning med både politiske og juridiske implikationer.
Tembo, C., et. al. (2010)	Practice and Procedure in the Mediation of Construction Industry Disputes: An Exploratory Study	CIB world congress paper, UK	England	Gennem interviews med en 16 professionelle mediatorer, der har specialiseret sig i konfliktløsning i den engelske byggebranche, tegner artiklen et overordnet billede af byggesektorens "mediationsmodel", herunder hvorledes mediatorer udvælges; hvilken mediationsstil der tilbydes; hvordan mediationsprocessen forløber; varighed af en gennemsnitlig mediation; barrierer for at nå til enighed; træning og uddannelse af mediatorer samt succesrater for mediation i den engelske byggesektor (68-100%).

Øvrige kildehenvisninger (avisartikler, juridiske bestemmelser, relevante links etc.)

- Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 92): <http://www.byggerietsregler.dk/regler/ab-92/>
- Almindelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser, NS 8407 (*): <http://www.standard.no/no/Nettbutikk/produktkatalogen/Produktpresentasjon/?ProductID=496100>
- Dispute resolution, DLA Piper. Anvendt d. 4. januar 2017: <http://www.dlapiperrealworld.com/law/index.html?t=construction&s=dispute-resolution&q=dispute-resolution-in-the-courts&c=NO>
- CEDR Project Mediation Protocol and Agreement, 2016: https://www.cedr.com/about_us/modeldocs/?id=22
- EU Mediation Directive (2008/52/EC): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>
- ICC Dispute Board Rules 2015: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>
- ICC Mediation Rules, 2014: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/>
- Litigation and dispute resolution, Global legal insights. Anvendt d. 4. januar 2017: <http://www.globallegalinsights.com/practice-areas/litigation-and-dispute-resolution/global-legal-insights---litigation-and-dispute-resolution-5th-ed>
- Mediation in member states, European Justice. Anvendt d. 5. januar 2017: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ew-en.do?member=1
- Mediation in Norway – An Outline, Simonsen VogtWiig: http://svw.no/contentassets/01632d17236247fbadc62da60ea17f29/ec9d82d68079b549bbb9632140efae66_13999896261.pdf
- Roschier Disputes Index, 2014: http://www.roschier.com/sites/default/files/roschier_disputes_index_2014.pdf
- Seehusen, J., TU (2013): "Unikt system for konfliktløsning har gitt null rettssaker i Bjørvika-prosjektet": <http://www.tu.no/artikler/unikt-system-for-konfliktlosning-har-gitt-null-rettssaker-i-bjorvika-prosjektet/233861>
- Strategisk konflikthåndtering i byggeri og anlæg (2015), diverse præsentationer: <http://www.konfliktstrategi.dk/konference/>
- The JCT Standard Building Contract, Law and Administration, 2009: <http://www.hvtc.edu.vn/Portals/0/files/6358144445374289821.pdf>

Notat 1.2: Overblik over udvalgte landes tilgang til mediation



NORGE

Juridiske rammer for mediation

Der er ikke en specialiseret domstol, der varetager byggetvister i Norge. Konfliktløsning i byggesektoren løses primært ved den ordinære domstol og er reguleret af den norske tvistelov fra 2005 (se [Kapitel 5-8](#)), hvor det bl.a. stipuleres, at enhver sag, som fremlægges retten først skal have søgt en mindelig løsning. Dette kan i Norge enten ske gennem forligsforhandlinger ('conciliation'), udenretlig mediation eller ved at bringe sagen for et udenretligt konfliktløsningsnævn. Domstolen vil ligeledes på ethvert stadie i en retssag tage stilling til, om konflikten kan løses ved udenretlig mediation og/eller via retsmægling. Forskellen på de to processer er bl.a. at ved retsmægling udpeges mediator af domstolen, hvilket ifølge den norske advokat og mediationseksperter, Jan Einar Barbo, nogle gange taler til fordel for udenretlig, særligt hvis der er tale om komplicerede byggesager.

Retslige incitamenters og sanktioner for udbredelse af mediation

De norske domstole har ikke beføjelser til at tvinge parterne i en byggekonflikt til udenretlig mediation eller anden alternativ konfliktløsning, hvis de ikke ønsker dette. Det kan dog, ligesom i England, have omkostningsmæssige konsekvenser for den part, der afviser at søge en mindelig løsning, inden sagen går til domstolen. I forhold til retsmægling kan domstolen i visse tilfælde beslutte dette, også uden parternes accept.

Håndhævelse af aftaler opnået gennem mediation

Når en mediation er afsluttet, er det afgørende for aftalens status, om den er kørt uden for domstolen (extra-judicial settlement) eller som en del af retssagen (judicial settlement). Førstnævnte vil have samme status som en kontrakt, mens sidstnævnte har samme status som en dommerkendelse.

Adoption og erfaringer med mediation i byggesektoren

En undersøgelse fra Roschier Disputes Index (2014) viser, at alternativ konfliktløsning generelt er mere udbredt i norske erhvervstvister end i Danmark, Finland og Sverige og med højere succesrater. Særligt retsmægling er i dag meget udbredt i Norge hvilket ifølge den norske advokat og mediationseksperter, Jan Einar Barbo, også har haft en afsmittende effekt på udenretlige mediationer, selvom der dog ikke findes opgørelser over sidstnævnte. I 2011 blev der indskrevet en række nye bestemmelser i industriens aftalegrundlag for totalenterpriser (NS 8407), herunder et krav om et konfliktløsningsmøde samt om projektintegreret mediation (PRIME). Der findes ingen samlede optegnelser over udbredelsen af mediation i

byggesektoren, men . En af de førende eksperter på området, Jan Einar Barbo, mener, at anvendelsen af mediation i byggebranchen er steget stødt over de sidste 10-15 år og angiver en succesrate på mindst 50%.

Mediations- professionen

Norge har ikke et generelt mediationsinstitut eller lign. til at fremme mediation som en særegen disciplin. Advokatforeningen og Juristforeningen arbejder dog for at fremme mediation, og der er mere end 600 mediatører i Norge, primært med advokatbaggrund. Der er i Norge ingen krav til kompetence- eller uddannelsesniveau for udenretlige medationer (enhver kan kalde sig mediator). Det er værd at bemærke, at beskrivelsen af mediation i den norske tvistelov – f.eks. *”Mekleren kan sette fram forslag til løsning og gi uttrykk for styrke og svakhet i parternes rettslige og faktiske argumentasjon”* – har betydet, at begrebet i praksis mest har karakter af de forligsforhandlinger (conciliation), hvor mediatøren tager en mere evaluerende tilgang. Således varetages mediation i dag også primært af norske advokater.

Kilder:

Barbo, J.E. (2015), [Norske erfaringer med alternativ tvisteløsning i byggesaker](#)

[DLA Piper: Dispute resolution](#) (Norge). Anvendt d. 4. januar 2017

[Global legal insights: Litigation and dispute resolution](#) (Norge). Anvendt d. 4. januar 2017

[Lov om mekling og rettergang i sivile tvister \(tvisteloven\)](#)

[Mediation in Norway – An Outline](#), Simonsen VogtWiig

[NS 8407: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser](#)

[Roschier Disputes Index, 2014](#)

Steffek, F. and Unberath, H., (2013), [Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads](#)



ENGLAND & WALES

<i>Juridiske rammer for mediation</i>	I England & Wales jurisdiktionen afgøres større byggekonflikter primært gennem den specialiserede domstol, Technology and Construction Court (TCC) med House of Lords som sidste appelinstans. Med henblik på at nedbringe antallet af retssager i byggebranchen, introducerede man i 1996 den såkaldte adjudicationsproces i byggebranchen, som skulle nedsætte tiden og omkostningerne forbundet med voldgift og litigation. Sidenhen fulgte de såkaldte Civil Procedure Rules (CPR) i 1998, som opfordrede parterne i en given sag til at finde en mindelig løsning på en konflikt før en eventuel retssag. Det er bl.a. tiltag som disse, der har resulteret i en halvering af antallet af søgsmål ved den engelske domstol (se f.eks. Donohoe, 2006).
<i>Retslige incitamenters og sanktioner for udbredelse af mediation</i>	Den juridiske ramme for mediation i England kan bedst beskrives som "blid tvang" i den forstand, at mens domstolen ikke kan påtvinge parterne at indgå i mediation, har domstolen hjemmel til at pålægge parter, der måtte nægte dette, betydelige sanktioner i form af sagsomkostninger. Denne hjemmel blev bl.a. udnyttet i en mindre byggetvist (Burchell v. Bullard, 2005), og selvom størstedelen af mediationser i England fortsat foregår på frivillighedsbasis, mener eksperter, at sådanne sager har haft en adfærdsbestemmende effekt i retning af mere mediation og færre retssager (se f.eks. Gould, 2010; Ceno, 2012; Donohoe, 2006).
<i>Håndhævelse af aftaler opnået gennem mediation</i>	En underskrevet aftale opnået gennem udenretlig mediation har i England samme status som en kontrakt og kan derfor også håndhæves af retten som sådan, selvom dette endnu ikke er sket i praksis. Aftaler opnået gennem mediationsprocesser som forløber inden for domstolens egen administration (court-annexed mediation) kan dog få samme status som en dommerkendelse, hvis parterne ønsker dette, og hvis dommeren indvilliger (Doyle, 2000).
<i>Adoption og erfaringer med mediation i byggesektoren</i>	Der er i dag bredt kendskab til mediation som alternativ konfliktløsning blandt alle parter i den engelske byggesektor og i den engelske advokatpraksis iflg. den engelske advokat og mediationseksperter Nicholas Gould. Der er tilsvarende gode erfaringer fra de parter, der har anvendt mediation i byggekonflikter med høje succesrater. Ikke desto mindre er udbredelsen af mediation stadig mindre i praksis end f.eks. brugen af adjudication (se f.eks. Gregory-Stevens, 2016).

*Mediations-
professionen*

Mediatorer i den engelske byggesektor kommer primært fra advokatstanden (75%) mens 16% kommer fra industrien selv og 7% er TCC dommere (Gould, 2010). Der udføres i England ingen statslig indblanding eller kontrol i forbindelse med mediatorers træning, udpegelse eller kvalitet. I praksis gøres der dog ofte brug af akkreditering gennem en række specialiserede organisationer såsom CEDR. Det forventes ofte, at en mediator har tilegnet sådanne akkrediteringer for at vinde nye klienter, men dette er udelukkende en markedsdrevet mekanisme.

Kilder:

Ceno, J. (2012): [A Process Account of Construction Mediation](#)

[DLA Piper: Dispute resolution](#) (England og Wales). Anvendt d. 4. januar 2017

Doyle, M. (2000): *Advising on ADR: The Essential Guide to Appropriate Dispute Resolution*. Advice Services Alliance. (*)

Donohoe, S. (2006): [“Is that not horrific?” – or “You have been warned!”](#)

[Global legal insights: Litigation and dispute resolution](#) (England). Anvendt d. 4. januar 2017

Gould, N. (2010): [Mediating Construction Disputes: An Evaluation of Existing Practice](#)

Gregory-Stevens, J.G., Frame, I. and Henjewe, C. (2016): [Mediation in construction disputes in England](#) [Mediation in member states](#), European Justice (England og Wales). Anvendt d. 5. januar 2017



<i>Juridiske rammer for mediation</i>	Der er ikke en specialiseret domstol, der varetager byggetvister og konflikter i Irland. Den irske lovgivning kræver ligeledes heller ikke, at alternativ konfliktløsning afprøves før en retssag kan rejses, som den engelske lovgivning gør det. Alternativ konfliktløsning bruges dog alligevel i vidt omfang i industrien og er en fast del af industriens standardkontrakter. I Irland er mediation reguleret via en særlig mediationslov ('Mediation Regulations'), som gør sig gældende for alle sektorer, inklusiv byggebranchen.
<i>Retslige incitamenters og sanktioner for udbredelse af mediation</i>	I 2013 fremlagdes der et lovændringsforslag af den irske mediationslov med en række punkter. Et af disse punkter gav retten lovmæssig hjemmel til at "invitere parterne" til at overveje mediation og til at sætte retshøringerne på pause, mens mediationen pågår. Samtidig pålagde lovændringen advokater og sagførere at informere deres klienter om muligheden for at mediere, inden retssagens opstart.
<i>Håndhævelse af aftaler opnået gennem mediation</i>	Det er værd at bemærke, at mediationsloven i Irland giver mulighed for, at alle skriftlige mediationsaftaler kan blive håndhævede af den irske domstol og således få bindende karakter. Der er en tidsgrænse for at ansøge om dette (senest seks år efter mediationen er afsluttet), og samme proces gør sig gældende for beslutninger taget ved forligsforhandlinger (conciliation) og ekspertafgørelser.
<i>Adoption og erfaringer med mediation i byggesektoren</i>	I Irland er conciliation den mest udbredte form for alternativ konfliktløsning, men mediation er også blevet et populært alternativ, særligt i byggebranchen. Iflg. en spørgeundersøgelse af den irske byggesektor i 2010 foretrækker industriens parter mediation (52%) efterfulgt af conciliation (45%) og voldgift (3%) (Heneghan & Byrne, 2013). Byggesektoren i Irland har desforuden oftest en "konflikttrappe" i deres standardkontrakter, hvor alternative processer såsom forhandling, conciliation og mediation skal afprøves først med voldgift som sidste udvej.
<i>Mediations-professionen</i>	Irland har en række faglige akkrediteringsorganisationer med fokus på mediation. Modsat internationale akkrediteringsorganisationer såsom ICC påtager de irske organisationer sig dog ikke en monitorerende rolle i forhold til de irske mediatorer. En survey fra 2013 bemærkede i den forbindelse, at over en fjerdedel af de medvirkende mediatorer ikke var akkrediterede ved en relevant faglig organisation. Dette billede har dog muligvis ændret sig sidenhen ved gennemførslen af et

lovforslag fra 2013, som gør det obligatorisk for alle mediatorer at oplyse deres faglige kvalifikationer og uddannelse til de involverede parter i en given sag.

Kilder:

[DLA Piper: Dispute resolution](#) (Irland). Anvendt d. 4. januar 2017

[Global legal insights: Litigation and dispute resolution](#) (Irland). Anvendt d. 4. januar 2017

Heneghan & Byrne, 2013, [ADR in Construction: Ireland](#)

[Mediation in member states](#), European Justice (Irland). Anvendt d. 5. januar 2017



Juridiske rammer for mediation

Der er ingen specialiserede domstole for byggesektoren i Italien, hvorfor byggetvister afgøres enten ved privat voldgift eller ved den almene domstole (*Tribunali*). Italien er det første land i EU til at indføre obligatorisk mediation for udvalgte civile tvister, inden en sag stilles for retten ved indførslen af en særlig mediationslov. Mediationsloven blev først implementeret i 2011, hvilket resulterede i en voldsom stigning af antallet af mediationssager og en enorm tilvækst i de såkaldte mediationscentre og akkrediterede mediatorer. Ikke desto mindre mødte loven skarp kritik fra særligt advokatstanden og lykkedes ikke med at skabe en udbredt mediationskultur. Loven blev derfor trukket tilbage – med markant fald i mediationssager som følge – og genindført i 2013, med et klarere mandat for domstolene til at beordre mediation under særlige forhold, men også med en række opblødninger, bl.a. en opt-out klausul i proceskravene, og en midlertidig ”prøvehorisont” på fire år, hvorefter loven vil blive revurderet på ny.

Retslige incitamenter og sanktioner for udbredelse af mediation

Italien har indført en række incitamenter for at gøre mediation mere attraktivt, inkl.:

- Skattemæssige incitamenter: der skal ikke betales stempelafgift eller registreringsafgifter på nogen former for mediationsaftaler, dokumenter eller lign.
- Skattefradrag: parterne i en mediationssag kan afskrive mediationsudgifter med op til 500 Euro for en succesfuld aftale og halvdelen for et fejlet forsøg
- Gratis mediation for parter som kvalificerer sig til retshjælp

Håndhævelse af aftaler opnået gennem mediation

En aftale opnået gennem mediation kan blive valideret af domstolen, hvis mindst en af parterne ønsker dette. I sådanne tilfælde vil aftalen have samme juridiske status som en dommerkendelse og kan håndhæves som sådan.

Adoption og erfaringer med mediation i byggesektoren

Det er for tidligt at vurdere effekten af den italienske lovgivning, men det kan, ikke overraskende, konkluderes, at den italienske mediationslovgivning har øget antallet af både obligatoriske og frivillige mediationer markant. Dette er dog ikke sket uden betydelig modstand fra bl.a. den etablerede advokatstand, hvorfor der kan sås tvivl om, hvorvidt lovgivningen vil have den ønskede effekt på sigt, og hvor mange aftaler der reelt vil blive indgået (og overholdt) gennem mediation. Det er værd at nævne, at voldgift er udbredt i den italienske byggesektor, hvorfor parterne i en given konflikt må antages at have mulighed for at undgå mediation i praksis.

*Mediations-
professionen*

Mediationsprofessionen er reguleret i Italien modsat de fleste andre EU lande. Mediationsudbydere skal således leve op til en række krav, der fastsættes af staten. F.eks. skal mediatorer have en universitetsuddannelse eller tilsvarende, være medlem af en professionel mediationsorganisation og have fuldført mediationstræning ved statsligt akkrediterede træningsorganisationer mindst to gange om året. Alle mediationsudbydere, private som offentlige, registreres endvidere i et centralt register, som administreres af det italienske Justitsministerium, der ligeledes udgiver en oversigt over akkrediterede mediatorer på deres hjemmeside. Sidst fastlægges gebyrer til mediationsprocessen ligeledes af staten.

Kilder:

[DLA Piper: Dispute resolution](#) (Italien). Anvendt d. 10. januar 2017

Gotomediation.eu, 2014: "[Pan-European Mediation Practices](#)" - [Survey on the Use and the Practice of B2B Mediation Mediation in member states](#), European Justice (Italien). Anvendt d. 10. januar 2017



TYSKLAND

Juridiske rammer for mediation

Grundet størrelsesordenen af de beløb der normalt vedrører byggetvister, afgøres disse generelt ved de regionale domstole (*Landgerichte*) med den statslige domstol (*Bundesgerichtshof*) som den sidste appelinstans. I 2012 introducerede Tyskland en ny mediationslov, som giver domstolene hjemmel til at foreslå mediation, og kræver at parterne oplyser dommeren om, hvorvidt de har afprøvet en ADR proces inden retssagens opstart. Den tyske mediationslov lægger sig tæt op af EU mediationsdirektivet og består således en primært af en række overordnede guidelines.

Retslige incitament og sanktioner for udbredelse af mediation

Sagsomkostninger kan blive reduceret ved indgåelse af en succesfuld aftale gennem mediation. Der findes ligeledes en række regionale incitament, f.eks. hvis parterne vælger at gå i mediation undervejs i en retssag. I dette tilfælde vil mediationsomkostningerne blive subsidieret af det offentlige.

Håndhævelse af aftaler opnået gennem mediation

En mediationsaftale kan fuldbyrdes ved at fremlægge aftalen for en domstol eller en notar.

Adoption og erfaringer med mediation i byggesektoren

Afgørelse af byggetvister ved voldgift er almindelig praksis i den tyske byggesektor, og mediation bruges kun sjældent. Det er derimod almindeligt, at der i byggekontrakter er bestemmelser om brug af eksperter.

Mediations- professionen

Der er ingen lovgivning, der definerer en mediators professionelle profil, og alle kan reelt blive mediatorer. Mediationslovgivningen etablerer dog den generelle viden, kompetencer og de procedurer, som en mediator bør erhverve sig gennem passende træning og uddannelse. Der findes en række foreninger og organisationer i Tyskland, der udbyder mediationstræning, herunder Federal Association for Mediation, Centre for Mediation og German Lawyers' Association.

Kilder:

[DLA Piper: Dispute resolution](#) (Tyskland). Anvendt d. 10. januar 2017

Gotomediation.eu, 2014: "[Pan-European Mediation Practices](#)" - Survey on the Use and the Practice of B2B Mediation

[Mediation in member states](#), European Justice (Tyskland). Anvendt d. 10. januar 2017



BELGIEN

<i>Juridiske rammer for mediation</i>	Byggetvister afgøres i Belgien primært ved den specialiserede kommercielle domstol med begrænset brug af private voldgifter. Belgien har, ligesom Tyskland og Irland, en særskilt mediationslov, som blev vedtaget i 2005 og tillader den belgiske domstol at invitere parterne til afgørelse via mediation. Mediation er dog i dag mest udbredt i familielovgivning, hvor domstolen er forpligtet til at oplyse om mediation.
<i>Retslige incitamenter og sanktioner for udbredelse af mediation</i>	• Mediation som en del af retshjælp • Nedsatte mediationsomkostninger for selvstændige og små- og mellemstore virksomheder og særlige mediationservices til virksomheder i byggesektoren i finansielle vanskeligheder (bemærk: dette er et nyt projekt så der findes begrænset information herom)
<i>Håndhævelse af aftaler opnået gennem mediation</i>	En mediationsaftale kan håndhæves udelukkende, hvis mediatoren er certificeret ved den belgiske mediationskommission.
<i>Adoption og erfaringer med mediation i byggesektoren</i>	Alternativ konfliktløsning – herunder mediation – er ikke et lovkrav ved retssager i Belgien og er tilsvarende heller ikke almindelige forekomster i byggetvister. Ligesom i Tyskland gøres der dog i nogle tilfælde brug af ekspertudsagn, hvis parterne kan blive enige herom, og/eller hvis dette er indskrevet i kontrakten.
<i>Mediations-professionen</i>	Belgien har som det eneste land udover Italien en central myndighed, den såkaldte 'mediationskommission', der regulerer mediationsprofessionen og administrerer en opdateret liste med akkrediterede mediatorer. Mediationskommissionen er således statslig garant for kvaliteten og udviklingen af mediationsprofessionen.

Kilder:

[DLA Piper: Dispute resolution](#) (Belgien). Anvendt d. 10. januar 2017

[Mediation in member states](#), European Justice (Belgien). Anvendt d. 10. januar 2017

Gotomediation.eu, 2014: "[Pan-European Mediation Practices](#)" - Survey on the Use and the Practice of B2B Mediation



DANMARK

Juridiske rammer for mediation

I Danmark afgøres langt størstedelen af byggesektorens konflikter ved Voldgiftsnævnet for Bygge- og Anlægsvirksomhed. Hvis parterne i kontrakten bliver enige om ikke at bruge industriens egne bestemmelser (AB92) og voldgiftsklausulen, vil sagen som udgangspunkt blive afgjort ved de danske domstole eller eventuelt ved en anden voldgiftsinstitution. Siden 2008 har parter, som har anlagt en retssag ved de danske domstole, fået tilbud om retsmægling i medfør af Retsplejelovens kapitel 27. I de tilfælde hvor parterne ønsker retsmægling, vil domstolen udpege en retsmægler til at bistå parterne med selv at nå frem til en aftalt løsning på en tvist.

Retslige incitament og sanktioner for udbredelse af mediation

Der findes ikke specifikke incitament for mediation eller alternativ konfliktløsning i den danske lovgivning. Dog fremgår det af en ny paragraf, der blev tilføjet til retsplejeloven fra 2014 (§ 336 a), at alle parter *'har pligt til at fremme sagen med fornøden hurtighed, til at undgå unødige sagsskridt og til at undersøge muligheden for en forligsmæssig løsning også forud for sagens anlæg'*. Af § 118, stk. 2 fremgår endvidere, at *'Parter kan pålægges at bære de omkostninger, som de har forårsaget ved handlemåde, der er i strid med § 336 a.'* Af forarbejderne til de nye bestemmelser fremgår desuden, at mulige forligsmæssige løsninger også inkluderer mediation. Der er endnu ingen kendte afgørelser i forhold til de to bestemmelser.

Håndhævelse af aftaler opnået gennem mediation

Med hensyn til fuldbyrdelse af aftaler indgået i forbindelse med en retsmægling fremgår det bl.a. af retsplejelovens § 478, stk. 1, nr. 2, at forlig indgået for domstole eller andre myndigheder kan tvangsfuldbyrdes. Det samme gælder skriftlige aftaler indgået i en udenretlig mediation, når aftalen vedrører forfalden gæld, og når det i forliget udtrykkeligt er bestemt, at det kan tjene som grundlag for tvangsfuldbyrdelse.

Adoption og erfaringer med mediation i byggesektoren

Alternativ konfliktløsning, herunder mediation, bruges i dag kun i begrænset omfang i den danske byggesektor, og mediation er således heller ikke en del af industriens rammeaftale (AB92). I en undersøgelse foretaget af Mediationsinstituttet og QBIS fra 2016 fremgår det, at 45% af de adspurgte virksomheder oplever gennemsnitligt 3,1 byggekonflikter per år, hvoraf 48% ender i enten voldgift eller retssag, 46% løses ved forligsforhandlinger og kun 2% løses ved mediation.

*Mediations-
professionen*

Mediationsprofessionen er ikke reguleret i Danmark, og der stilles ikke krav til mediators professionelle kompetencer. Private organisationer som Mediationsinstituttet medvirker til at sætte mediation på dagsordenen og tilbyder træning og udpegning af mediatorer. Ved retsmægling vil en mediator til gengæld blive udpeget af Domstolsstyrelsen til at være retsmægler for en 4 årig periode i en bestemt retskreds. Retsmæglerbestanden består i dag enten af dommere (1/3) eller advokater (2/3). .

Kilder:

[DLA Piper: Dispute resolution](#) (Danmark). Anvendt d. 10. januar 2017

[Mediation in member states](#), European Justice (Danmark). Anvendt d. 10. januar 2017

Mediationsinstituttet (2016): "[Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv](#)"

Notat 1.3: Erfaringer fra Norge og England

Formål

Notat 1.3. indeholder en analyse af, hvordan man i udlandet, herunder særligt England og Norge, har arbejdet med mediation som alternativ løsning på byggesektorens konflikter. Valget af disse to lande skyldes dels, at mediation i disse lande har haft en overvejende positiv effekt og gennemslagskraft i bl.a. byggesektoren, og dels at der er en række relevante eksempler fra den eksisterende litteratur, som kan inspirere danske politikere og den danske byggesektor.

Notatet bygger primært på den litteratur, der er identificeret i forbindelse med notat 1.1. og notat 1.2. i de to foregående sektioner samt yderligere udsagn og interviews med en førende engelsk og norsk ekspert på området, hhv. Nicholas Gould, Partner hos Fenwick Elliot i England og forfatter af en række artikler og undersøgelser med fokus på mediation i den engelske byggesektor, og advokat og mediationsekspert, Jan Einar Barbo, som er Partner hos BA-HR i Norge.

Introduktion

Mediation bruges i både Norge og England som et væsentligt juridisk instrument til at forebygge og løse byggetvister (Gould, 2010; Barbo, 2015). Meget tyder i den forbindelse på, at netop de skærpede juridiske rammer i disse lande har haft en positiv effekt på at udbrede kendskabet til mediation blandt industriens parter, ligesom mediation gradvist er ved at finde vej ind i byggesektorens egne konfliktløsningsprocesser og aftalerammer.

DOBBELT OP

I Norge anvendes alternativ konfliktløsning, herunder mediation, mere end dobbelt så meget som i Danmark på tværs af alle sektorer (Roschier Dispute Index, 2014).

Da mediation fortsat kun anvendes i et begrænset omfang i den danske byggesektor (se Mediationsinstituttets hvidbog fra 2016), vil dette notat kigge nærmere på, hvilke indsatser – både de juridiske, branchespecifikke og i forhold til mediationsprofessionen selv – man har anvendt i hhv. England og Norge til at fremme mediation som et brugbart alternativ til traditionelle konfliktløsningsprocesser.

Erfaringer fra det lovgivende niveau

Den engelske model

I England er der ifølge en af de førende eksperter på området, Nicholas Gould, gennem adskillige år blevet arbejdet aktivt på at fremme mediation og andre former for alternativ konfliktløsning, både på det politiske og juridiske niveau. I dag er mediation således en integreret del af det engelske retssystem såvel som en ofte anvendt praksis i en række civile konflikter, herunder i byggesektoren (Gould, 2010)

*"It has reached the point in the UK where lawyers have to be **sufficiently informed** to be able to take their client to mediation and try to make the best of reaching settlement. In relation to litigation in the Technology and Construction Court (TCC, red.), you can see that **the success rates are now quite high**. As a result, most lawyers tell their clients mediation is a worthwhile commercial exercise because there is a good chance of settlement."*

- Nicholas Gould, 2017 (uddrag fra korrespondance)

Kendskabet til mediation som alternativ konfliktløsning i den engelske byggesektor fik særligt medfart ved introduktionen af de såkaldte Civil Procedure Rules (CPR) i 1998, som i byggesektoren blev fulgt op af en Pre-Action Protocol for Construction and Engineering Disputes. Reglerne havde til formål at erstatte '*confrontation, procedural warfare and aggressive positioning*' med '*co-operative problem-solving*', og kræver bl.a., at parterne mødes for at diskutere et muligt forlig inden en retssag (Gould, 2010).

I praksis har det betydet, at den specialiserede byggesagsdomstol i England – Technology and Construction Court (TCC) – ikke alene skal opfordre parterne til at afsøge alternativ konfliktløsning såsom mediation før en sag fremlægges for retten, men i en vis grad også skal facilitere dette, f.eks. ved at sætte høringsprocessen på hold, indtil mediationsprocessen er afsluttet. Parterne selv er ligeledes juridisk forpligtede til seriøst at overveje mediation eller andre former for alternativ konfliktløsning.

For at understrege vigtigheden af dette, kan den engelske domstol pålægge betydelige omkostninger på den part, der måtte nægte at deltage i en mediation uden gyldig grund, se *Eksempel 1: Burchard v. Bullard (2005)*.

Eksempel 1: BURCHELL V. BULLARD (2005), ENGLAND

Sagen, som var den første af sin slags inden for den engelske byggesektor, opstod som en strid mellem Burchell (Entreprenøren) og Mr. and Mrs. Bullard (Klienten) i forbindelse med en tilbygning til sidstnævntes hus. I løbet af byggeprocessen opstod der uenighed mellem parterne. Bullard betalte ikke en regning, og Burchell forlod byggestedet for herefter at sagsøge dem for ~£18.000. Bullard nægtede at betale og lavede et modsøgsmål på ~£100.000 med anklager om fejlagtigt udført arbejde.

Før retssagen foreslog Burchells advokater mediation, hvortil Bullards advokater svarede at sagen var for 'teknisk kompleks' til mediation. Sagen blev således ført for domstolen, som endte med at tilgodese 100% af entreprenørens krav (£18.000) og blot 15% af klientens (£14.000). Sagsomkostningerne var imidlertid løbet op til £160.000 og en appelsag rejst af entreprenøren fokuserede derfor på, hvem der skulle dække disse. Entreprenørens advokater tilbød igen mediation, og igen uden held.

Den engelske domstol endte med at påført Bullard (klienten) 60% af entreprenørens sagsomkostninger og 100% af appelomkostningerne (£22.000) på grund af klientens manglende vilje til at indgå i mediation. Ved afgørelsen udtalte dommeren bl.a. følgende advarsel til de engelske advokater og deres klienter: "*The court has given its stamp of approval to mediation and it is now the legal profession which must become fully aware of and acknowledge its value. The profession can no longer with impunity shrug aside reasonable requests to mediate. The parties cannot ignore a proper request to mediate simply because it was made before the claim was issued. With court fees escalating it would be folly to do so.*"

Kilde: Domstolens fulde kendelse kan findes her: https://www.cedr.com/library/edr_law/Burchell_v_Bullard.pdf

I England har rettens hjemmel til at sanktionere parter, som ikke har indvilliget i udenretlige konfliktløsningsprocesser, som i *Burchell v. Bullard*, båret frugt. Kendskabet til særligt mediation i byggebranchen er steget markant, både blandt advokater og industriens parter. En undersøgelse af alternative konfliktløsnings udbredelse i byggebranchen i 1994 – altså før introduktionen af CPR – viste således, at kun 30% af de adspurgte

havde anvendt sådanne processer i praksis. Da en tilsvarende undersøgelse blev foretaget i 2001-2002 var tallet imidlertid 70% (Brooker & Lavers i Gould, 2010).

Lavere succesrater ved direkte "tvang"

Et frivilligt mediationstilbud ved retten i Birmingham havde en gennemsnitlig succesrate på 60%, hvorimod et tilsvarende program som blev anvist fra domstolen med et vis "pres" i Exeter havde succesrater på 30-40%.

Kilde: Genn et. al. (2007)

Ikke desto mindre viser erfaringer fra England også, at der potentielt er grænser for hvor meget, og hvor aktivt, mediation bør reguleres. Det engelske retssystem har således forsøgt sig med en række mere eller mindre "frivillige" mediationsprogrammer inden for rettens egne rammer (se Genn et. al., 2007). Dog viser erfaringerne fra disse forsøg, at chancen for forlig generelt er højere, når parterne indgår i mediation af egen vilje fremfor at blive presset hertil af en domstol¹. Baseret på

denne erfaring konkluderer Genn et. al. (2007), p. v:

"(...) the motivation and willingness of parties to negotiate and compromise is critical to the success of mediation. Facilitation and encouragement together with selective and appropriate pressure are likely to be more effective and possibly more efficient than blanket coercion to mediate."

Den norske model

Ligesom i England anses mediation i Norge som et vigtigt juridisk og politisk instrument til at nedbringe antallet af retssager (Barbo, J.E., 2015).

Det centrale juridiske instrument til fremme og regulering af mediation er den norske *Tvistelov*, som ligesom den engelske lovgivning kræver, at parterne har gjort forsøg på en mindelig løsning inden en eventuel retssag. Hvis parterne ikke lever op til dette, kan de, ligesom i England, få pålagt betydelige sagsomkostninger.

I Norge kan udenretlig konfliktløsning bestå af enten forligsforhandlinger (*Forliksrådt*), mediation eller konfliktløsningsråd. Hvis parterne derimod ikke har fundet en mindelig løsning inden en retshøring, vil retten igen tage mediation op til overvejelse, enten ved at tilbyde mediation i forbindelse med, eller sideløbende med, en retshøring, eller ved regulær retsmægling, som man også kender det fra Danmark. Retsmægling er dog i modsætning til Danmark meget udbredt i Norge, eksempelvis blev 12-14% af alle sager fremlagt for domstolen i Oslo henvist til mediation (Barbo, J.E., 2015), og der er mere end 600 godkendte advokatmæglere (ibid). Den hyppige brug af retsmægling har iflg. Jan Einar Barbo ligeledes haft en afsmittende effekt på den udenretlige mediation, således at dette i stigende grad er blevet en rutinemæssig overvejelse ved afgørelse af byggetvister.

Det er værd at bemærke, at den norske model for mediation, sådan som denne er beskrevet i *Tvisteloven*, i praksis kan have mere karakter af forligsforhandlinger (*conciliation*), hvor mediatoren kan påtage sig en evaluerende rolle, der går udover den rene faciliterende rolle, som foretrækkes i andre jurisdiktioner og blandt ledende mediationsforskere (Brooker, 2007). *Tvisteloven* beskriver således mediators rolle som følger:

¹ Det er vigtigt at nævne, at erfaringerne med obligatoriske eller semi-obligatoriske mediationsprogrammer fra udlandet ikke er entydigt negative. Erfaringen fra bl.a. Canada viser eksempelvis højere succesrater ved retsanvist mediation end i en frivillig kontrolgruppe (Gould, 2010).

"(...) Mekleren skal opptre upartisk og virke for en minnelig løsning. Mekleren kan sette fram forslag til løsning og gi uttrykk for styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon.»

- Den norske Tvistelov (§ 7-3)

Jan Einar Barbo fortæller, at det i Norge er normalt for mediator at komme med løsningsforslag, dog kun såfremt parterne har accepteret dette. Han fortæller dog samtidig, at han personligt aldrig vil forsøge at vurdere, hvilken løsning der er den juridisk korrekte. Han forklarer denne reservation med, at han som mediator ofte ved for lidt om sagen til at vurdere den juridisk. Hans løsningsforslag vil derfor have karakter af kommercielle eller pragmatiske forslag til forlig for at hjælpe parterne det sidste stykke hen mod en løsning. Han beskriver sin tilgang som overvejende faciliterende, men med mulighed for at fremkomme med konkrete løsningsforslag efter accept fra parterne.

Erfaringer fra udlandet med brug af hhv. evaluerende versus faciliterende tilgange til mediation er blandede. I nogle jurisdiktioner fungerer den faciliterende tilgang bedst (se f.eks. Heneghan & Byrne, 2013; Bucklow, 2007), mens andre jurisdiktioner rapporterer højere succesrater med den evaluerende tilgang (Stipanowich, 1996). Der er dog flere studier, der peger på faren for, at mediation bliver "advokatiseret"², og at processen i praksis kommer til at ligne en mini-retssag.

Faciliterende vs. evaluerende?

Den britiske mediator, Amanda Bucklow, lavede i 2006 en større undersøgelse med afsæt i 2000 mediationer og fandt at den faciliterende model blev opfattet som mest succesfuld i **47%** af sagerne mod kun **10%** til fordel for den evaluerende tilgang.

Kilde: Bucklow, 2007

"“Evaluative” mediation is an oxymoron. It jeopardizes neutrality because a mediator’s assessment invariably favours one side over the other. Additionally, evaluative activities discourage understanding between and problem solving by the parties. Instead, mediator evaluation tends to perpetuate or create an adversarial climate. Parties try to persuade the neutral of their positions, using confrontational and argumentative approaches. In some cases, the party whose position the mediator disfavoured will simply leave the process”

- Kovach and Love, 1996, p. 31

Erfaringer fra øvrige jurisdiktioner

Udover Norge og England, har en række andre lande i EU også gjort sig forskellige erfaringer med mediation på det juridiske niveau. Udvalgte af disse erfaringer fra den eksisterende litteratur er opsummeret nedenfor:

- En række lande har konverteret EU's mediationsdirektiv fra 2008 til en særskilt mediationslovgivning (herunder Irland, Tyskland og Belgien). I Irland har loven bl.a. medvirket til at skabe fælles rammer og grundlag for mediationsprofessionen og dens udøvelse og sikre tryghed og ensartethed i processen (Heneghan and Byrne, 2013).
- Enkelte lande (Italien og Rumænien) er gået skridtet videre end den "blide tvang" som er karakteristisk for både England og Norge og kræver, ved lov, at alle parter i en række civile retssager gennemgår et

² Der er flere studier, der peger på at advokater er tilbøjelige til at foretrække den evaluerende tilgang, både som sagsparter og som udøvende mediatorer (Tempo et. al., 2010; Brooker, P., 2007)

mediationsforløb. Trods en naturlig stigning i antallet mediationssager i disse lande, er erfaringerne fra den obligatoriske tilgang blandet (Gotomediation.eu, 2014; Europa-Parlamentet, 2014)

- Der bruges i visse EU lande, f.eks. Tyskland, Belgien og Italien, også en række positive incitamenter til at opfordre parterne til mediation f.eks. gennem skattefradrag, reduktion af sagsomkostninger (Gotomediation.eu, 2014; Europa-Parlamentet, 2014)
- Mens staten i de fleste lande ikke regulerer professionen, stilles der i enkelte lande minimumskrav, f.eks. til uddannelse og akkreditering (Italien og Belgien) eller transparens (Irland) (Gotomediation.eu, 2014; Heneghan and Byrne, 2013)
- Der er i de fleste EU lande mulighed for at få skriftlige mediationsaftaler godkendt ved en domstol, således at aftalen får karakter af en dommerkendelse fremfor en kontrakt indgået af private parter (Gotomediation.eu, 2014; Mediation in Member States, European Justice, 2017). Det kræves således i artikel 6 af EU mediationsdirektiv at alle medlemsstater skal sikre at parterne i en mediationsaftale kan få fuldbyrdet deres aftale ved en domstol eller anden kompetent autoritet

"Enforceability of mediation settlements is an important step in enhancing both the efficacy of cross border mediation within the EU and the authority of mediation in domestic disputes. Especially for businesses, it increases trust in the other side's good faith and assurance that mediation outcomes will be respected."

- Gotomediation.eu, 2014, p. 22

Erfaringer fra det lovgivende niveau – hovedpointer

- ✓ Parternes villighed til at indgå i mediation er et væsentligt succesparameter; obligatoriske mediationskrav bør således tilgås med forsigtighed
- ✓ En retslig hjemmel til at pålægge sanktioner ved manglende villighed til at indgå i alternative konfliktløsningsprocesser har dog vist sig at være et effektivt virkemiddel til at hjælpe mediationen på vej blandt industriens parter såvel som advokatstanden. På samme vis kan positive incitamenter også være effektfulde.
- ✓ Det kan være afgørende for mediationens succes og udformning, hvordan mediators rolle fortolkes i eventuelle lovtekster (evaluerende vs. faciliterende)
- ✓ Fuldbyrdelse af mediationsaftaler ved en domstol er et væsentligt instrument til at skabe tillid til mediationsprocessen for virksomheder

Erfaringer fra byggebranchen

Den engelske byggesektor

Som følge af en aktiv politik og juridisk indsats til fordel for mediation, er der i dag bredt kendskab til mediation som alternativ konfliktløsning blandt alle parter i den engelske byggesektor og i den engelske advokatpraksis (Gould, 2010). Tilsvarende er der gode erfaringer fra de parter, der i praksis har anvendt mediation i byggekonflikter, se *Eksempel 2*.

Det estimeres, at konflikter koster den engelske byggesektor **2%** af dens årlige omsætning. Med en profitmargin på **3%** er dette et signifikant tab.

Kilde: Richbell, D. (2008)

Byggesektoren i England introducerede allerede i 1988 en procedure for alternative konfliktløsninger (conciliation), som med introduktionen af CPR i slutningen af 1990'erne blev fulgt op af en 'Construction Mediation Procedure'. Et af de største studier af mediationens anvendelse i den engelske byggesektor af Nicholas Gould (2010) viser således, at ud af 261 sager som indgik forlig inden opstarten af retshøringen ved den engelske Technology and Construction Court (TCC), blev 35% indgået via mediation, 60% ved forhandlinger og 5% ved andre metoder. Mediationsprocessen blev i størstedelen af disse sager indledt på parternes eget initiativ (76%) med betydelige omkostningsfordele som følge: kun 15% resulterede i en besparelse på under £25.000, 76% resulterede i en besparelse på over £25.000 og 9% sparede mere end £300.000 (ibid).

Mediation er i dag indskrevet i den engelske byggebranches generelle byggekontraktbestemmelser – Joint Contracts Tribunal (JCT) – om end det fremhæves i et studie af Gregory-Stevens et. al. (2016), at der kan være behov for at styrke disse bestemmelser yderligere i samme grad, som man i dag gør det for adjudication, hvis de reelt skal have gennemslagskraft i industrien³. Trods en stigning i anvendelsen af mediation er processen således fortsat mindre anvendt i byggesektoren end adjudication, som blev indført som et privat alternativ til retssager i den engelske byggesektor i 1996, og som, ligesom det danske voldgiftssystem, kan være en både lang og kostelig affære (ibid).

Iflg. Gregory-Stevens et al. er der især tre faktorer, som fortsat holder byggebranchen tilbage fra at bruge mediation i større udstrækning: 1) en præference for det velkendte (adjudication); 2) mangel på tillid mellem parterne, herunder frygten for at mediation bruges af parternes advokater til at "fiske information" fra modparten; 3) manglende forståelse for hvornår mediation er en passende konfliktlösningstrategi og for processen i det hele taget. Således peger forfatterne på, at der i særlig grad er behov for at uddanne sektoren om mediationsprocessen, fremfor blot et generelt kendskab:

"It would appear that raising awareness of mediation (through the judicial system, red.) has not been sufficient. Raising awareness also needs to be coupled with an understanding of the process, the benefits it can deliver and an increased accessibility to mediation."

Gregory-Stevens & Henjeweile, 2016, p. 21

³ Specifikt peges der på behov for en bestemmelse om, at mediation skal afprøves af parterne, inden sagen går videre til adjudication (ibid)

Eksempel 2: JERSEY AIRPORT TAXIWAY, ENGLAND

'Projektintegreret mediation' er et forholdsvis nyt koncept i England, som siden 2006 blandt andet er blevet promoveret af bl.a. det engelske mediationsinstitut, CEDR, som et billigere alternativ til de såkaldte Dispute Adjudication Boards, som er et standardelement i en række af industriens kontrakter. Metoden blev bl.a. anvendt i forbindelse med konstruktionen af *Jersey Airport Taxiway* i England; et projekt til en værdi af £15 millioner.

Med henblik på at fordre samarbejde, undgå konflikter og løse konflikter i én og samme procedure, blev der nedsat et uvildigt mediationspanel bestående af en advokat og en kommerciel ekspert, som begge var trænede mediatorer. Panelet faciliterede en række møder og workshops, både i opstarten af projektet og undervejs, og oparbejdede derved kritisk viden, både om projektet og de involverede individer, som blev brugt til at undgå eskalering af konflikter.

Undervejs i projektet opstod der en række konflikter, men disse blev alle løst uden yderligere eskalering. Projektet blev færdigt en dag før tid og £800.000 under budget, og ifølge de involverede parter skyldes en stor del af projektets succes netop brugen af projektintegreret mediation. Gould (2003) fremhæver i den forbindelse projektintegreret mediation som en lovende vej frem også for mindre projekter, da udgiften hertil var beskeden (£15.000): "A contracted mediation panel is viable for projects with a much lower contract sum. Statistics indicate that around 80% of construction work carried out in this country has a contract sum in £10's of millions rather than £100's of millions. Therefore, the contracted mediation has the potential for use on around 80% of the construction projects carried out in this country."

(Gould, N., 2003)

Den norske byggesektor

Mediation er ifølge den norske ekspert, Jan Einar Barbo, blevet 'en rutinemæssig overvejelse' i den norske byggesektor, og er steget stødt de sidste 10-15 år med gode succesrater (over 50%).

Mediation anvendes på alle stadier af en byggekonflikt; under projektførelsen, ved projektets ophør eller efter at en retssag eller voldgift er indledt. For parterne og advokaterne er erfaringen, at selv hvis mediation ikke lykkes vil processen alligevel komme til nytte i en senere sag i voldgift eller for domstolen:

"For partene og advokatene er erfaringen at hvis meglingen ikke fører frem, vil mesteparten av arbeidet likevel komme til nytte i en senere sak for domstolene eller voldgift – en nyttig forberedelse av saken. Fører ofte til at en etterfølgende rettssak eller voldgift forenkles: Dårlige argumenter frafalles, saken "spisses" mot sentrale tvistepunkter, etc."

- Jan Einar Barbo, præsentation, 2015

Et centralt instrument til udbredelse af mediation i byggesektoren er industriens aftalebestemmelser, NS 8407, svarende til de danske AB 92 regler. I 2011 blev NS 8407 revideret med henblik på yderligere fremme af mediation og alternativ konfliktløsning, hvilket betød en række ændringer, herunder: at ekspertordningen bliver videreført (oppmandsavgjørelser); at hver af parterne i en byggekonflikt kan anmode om et konfliktløsningsmøde (tvisteløsningsmøde) med repræsentanter fra ledelsen; at tvister skal løses ved ordinær retssag fremfor en standard voldgiftsklausul; at der kan indgås en aftale om *projektintegreret mediation (PRIME)* som supplement til kontraktens øvrige konfliktløsningsbestemmelser. Sidstnævnte klausul lyder som følger:

*"If the parties agree, a mediation panel may be appointed with a mandate to assist the parties in resolving any disputes that may arise during the contract period.
The purpose of the panel shall be to provide the parties with a forum for finding amicable solutions."*

The mediation panel should be appointed as soon as possible following the conclusion of the contract. The panel should comprise up to three members, which the parties shall appoint jointly. The panel shall, in consultation with the parties, determine a suitable work methodology work methodology, including the degree to which and how the panel's members are to be involved in the work performed under the contract. The costs linked to the work of the panel shall be divided equally between the parties unless otherwise agreed."

- NS 8407, seksjon 50.2

Det er værd at bemærke, at projektintegreret mediation i Norge har taget præcedens i aftalegrundlaget frem for ordinær udenretlig mediation. Projektintegreret mediation skal ifølge Jan Barbo i denne kontekst forstås som *konfliktforebyggelse* ligeså meget som *konfliktløsning* og kan bidrage til at udfordringer undervejs i et projekt ikke eskalerer, se *Eksempel 3*. Jan Barbo fastslår dog også, at kontraktbestemmelser om projektintegreret mediation alene ikke er tilstrækkelige. Der er derimod behov for succeshistorier og gode eksempler, hvis processen for alvor skal slå igennem:

"Lite eller intet løses kun gjennom kontraktsregulering. Det praktisk viktigste at noen toneangivende aktører går foran – og med vellykket resultat"

- Jan Einar Barbo, præsentation, 2015

Eksempel 3: BJØRVIKA PROJEKTET, NORGE (2005-2015)

Bjørvika projektet var et større offentligt projekt med tre kontrakter i hjertet af Oslo til en samlet værdi på over NOK 7 milliarder. I hver af de tre kontrakter blev der nedsat et Dispute Resolution Board som senere blev omdøbt Konfliktløsningsrådet (KLR). Processen er efterfølgende blevet omdøbt til projektintegreret mediation (PRIME).

Rådet bestod af tre uvildige eksperter udpeget af projektparterne, en professor (Knut Kaasen), en advokat og en ingeniør, og havde til formål at a) give uformel rådgivning af ikke-obligatorisk karakter og b) implementere en formel konfliktløsningsproces, hvis mindst en af parterne anmoder herom.

Muligheden for at skabe tillid mellem parterne over tid er et afgørende træk ved projektintegreret mediation ifølge Knut Kaasen, som ledede processen: "Vi bruker en del tid på å finne ut av det, du kan si vi fjerner sand i maskineriet. For det virkelig viktige er ikke å unngå rettssaker i ettertid. Det viktige er å unngå forstyrrelser i prosjektet. Ofte blir tilsynelatende vanskelige konflikter løst greit når vi får skrellet oss ned til kjernen og identifisert den egentlige konflikten."

Der var ligeledes bred tilfredshed fra de involverede parter fra byggesektoren, heribland Terje Stachnik Hansen, NCC: "Vi er veldig fornøyde, og vi ser gjerne at flere prosjekter får en tilsvarende ordning."

Kilder: Seehusen, J., TU (2013): "Unikt system for konfliktløsning har gitt null rettssaker i Bjørvika-prosjektet"

Norwegian Tunneling Society (2012): Contracts in Norwegian Tunnelling (Chapter 10)

Erfaringer fra byggebranchen selv – hovedpointer

- ✓ Byggeindustriens konflikter koster; mediation kan være et billigt alternativ til tungere konfliktløsningsprocesser
- ✓ De juridiske rammer har en afgørende effekt på industriens kendskab til mediation, men lovgivning alene er ikke tilstrækkeligt til at gøre mediation attraktivt
- ✓ Industriens egne aftalebestemmelser er et væsentligt instrument til at udbrede brugen af mediation, men noget tyder på, at en vis "hårdhed" er nødvendig, hvis kontrakten skal have en effekt
- ✓ For at imødekomme industriens reservationer i forhold til mediation er det afgørende at gøre parterne mere fortrolige med processen og at toneangivende aktører fører an med gode eksempler
- ✓ Projektintegreret mediation kan være en lovende vej frem

Erfaringer fra mediationsprofessionen

Mediationsprofessionen er den sidste brik i forhold til at afdække erfaringerne fra udlandet. Eksisterende studier fra bl.a. England viser, at det ikke er byggekonflikternes kompleksitet eller type, som afgør muligheden for en aftale, modsat den gængse opfattelse blandt parterne i en byggetvist⁴. Det gør mediators rolle og kvalifikationer til gengæld:

"The most important factors identified as affecting settlement related to the source of the rules, the quality of the mediator and the number of mediator interventions such as site visits or reviewing documents. Construction mediations were more likely to settle when the parties developed their own rules rather than those prescribed by ADR providers or the court and when the mediator employed a "diversity of interventions" (Henderson, 1996, pp. 144-5)

- Brooker, P., 2007, p. 233

Et interview (januar 2017) med Jan Einar Barbo, der både er advokat og mediator bekræfter, at mediators kompetencer er aldeles afgørende for succes. Det kan således være gavnligt at skabe en fælles forståelsesramme for mediation og vælge den tilgang, der måtte passe bedst i en given kulturel og juridisk kontekst. Dette kan f.eks. gøres gennem et lands mediationslovgivning (se f.eks. Heneghan & Byrne, 2013) eller ved en national Code of Conduct for mediatører.

Særligt i byggebranchen, hvor sager ofte er komplekse, er det iflg. Barbo ligeledes helt afgørende, at mediator har brancheforståelse. Ikke mindst derfor fravælges retsmægling i kommercielle tvister også ofte, da det er domstolene, der her udpeger mediator, og parterne dermed ikke har indflydelse på mediators faglige profil.

⁴ Se f.eks. Eksempel 1 (Burchell v. Bullard), hvor advokaterne afviste mediation med begrundelse i at sagen var 'for kompleks'. Se også Gregory-Stevens & Henjeweile (2016).

Studier fra særligt den engelske byggebranche (se f.eks. Gregory-Stevens et. al., 2016) påpeger yderligere at tillid til, og viden om, mediationsprocessen blandt industriens parter fortsat er et væsentligt indsatsområde hvis mediationen skal finde yderligere udbredelse i byggesektoren. Ikke desto mindre er det de færreste lande i EU⁵, som stiller egentlige krav til mediationsprofessionen, hvorfor denne opgave i dag primært overlades til markedet selv, med undtagelse af visse retsmæglingsprocesser, hvor udpegningen oftest foregår af retten selv eller af staten godkendte organisationer. Et andet væsentligt indsatsområde, som går igen i flere landestudier, er behovet for at overbevise advokatstanden – og dennes klienter – om mediationens værdi:

“While the legal profession has more knowledge and experience of mediation than was the case a decade ago, it clearly remains to be convinced that mediation is an obvious approach to dispute resolution. There is a policy challenge in reaching out to litigants so that consumer demand for mediation can develop and grow. Courts wanting to encourage mediation must find imaginative ways of communicating directly with disputing parties.”

- Genn et al., 2007, p. v

Erfaringer fra mediationsprofessionen – hovedpointer

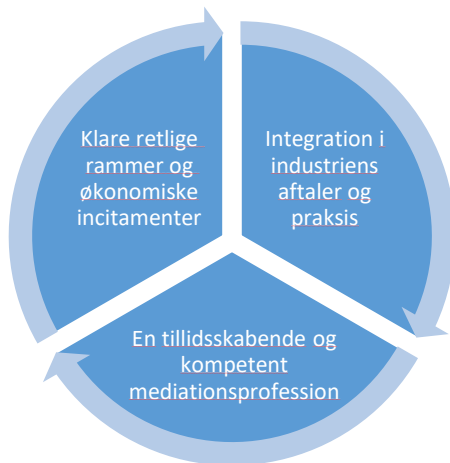
- ✓ Mediatorernes kvalifikationer er afgørende for processens succes
- ✓ Selvom de fleste lande vælger en markedsdrevet model, kan der med fordel skabes en fælles forståelsesramme for mediation for at sikre det faglige niveau
- ✓ Der er fortsat behov for at oplyse om værdien af mediation, ikke blot til advokater, men også direkte til deres klienter

⁵ Enkelte lande i EU – herunder Belgien og Italien – stiller krav til af staten godkendte akkrediteringer af mediatorer, se notat 1.2.

Konklusion

Baseret på erfaringerne fra Norge og England står det klart, at der ikke findes én entydig succesfuld model fra udlandet, som kan overføres direkte til det danske retssystem og den danske byggebranche. Den danske byggebranche såvel som de danske politikere bør dog medtænke erfaringerne fra udlandet på flere niveauer –

både det juridiske, det branchemæssige og det mediationsfaglige.



Mediationsinstituttet anbefaler, at disse overvejelser går på a) at sikre **klare retlige rammer** og overveje **passende økonomiske incitamenter** for mediation i det danske rets- og voldgiftssystem; b) at integrere mediation i **industriens aftalerammer** som en standarddel af processen før yderligere eskalering og c) at undersøge tiltag som kan skabe **yderligere kendskab og tillid** til mediationsprofessionen i den danske byggesektor samt bidrage til **yderligere professionalisering** af danske mediatorer med særligt kendskab til byggebranchen.

Derudover anses særligt projektintegreret mediation (PRIME) i den norske byggesektor som en relevant mulighed i forhold til konfliktforebyggelse i den danske byggesektor og bør ligeledes overvejes nærmere af byggesektorens parter.

Det skal afslutningsvis nævnes, at selvom der er visse sammenfald mellem byggesektorens konflikter og løsningsmodeller i hhv. Danmark, Norge og England, så er der også en række forskelligheder, både i det juridiske system og i praksis. Der er derfor behov for at omsætte udlandets erfaringer til en dansk kontekst. Dette vil projektet gøre i de efterfølgende faser bl.a. gennem dybdegående interviews og casestudier af den danske byggesektor og yderligere analyse af den danske konfliktløsningsmodel og dens juridiske og økonomiske implikationer.

Litteraturhenvisninger (note 1.3.)

Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser, NS 8407 (*):

<http://www.standard.no/no/Nettbutikk/produktkatalogen/Produktpresentasjon/?ProductID=496100>

Barbo, J.E. (2015), "Norske erfaringer med alternativ tvisteløsning i byggesaker". Præsentationen kan downloades her: <http://www.konfliktstrategi.dk/konference/>

Brooker, P. (2007), "An investigation of evaluative and facilitative approaches to construction mediation", Structural Survey, Vol. 25 Issue: 3/4, pp.220 - 238

Bucklow, A. (2007), 'The "Everywhen Mediator": The Virtues of Inconsistency and Paradox: the Strength, Skills, Attributes and Behaviours of Excellence and Effective Mediators', (2007) 73 Arbitration 40. Præsentationen kan downloades her www.amandabucklow.co.uk

Europa-Parlamentet (2014), 'Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU. Legal and Parliamentary Affairs.

Gotomediation.eu (2014), "Pan-European Mediation Practices" - Survey on the Use and the Practice of B2B Mediation. EUROCHAMBRES.

Genn et. al. (2007), Twisting arms: court referred and court linked mediation under judicial pressure. Ministry of Justice Research Series 1/07.

Gould, N. (2010), Mediating Construction Disputes: An Evaluation of Existing Practice. King's College, London.

Gregory-Stevens, J. et al. (2016) "Mediation in construction disputes in England", International Journal of Law in the Built Environment, Vol. 8 Iss: 2, pp.123 - 136

Heneghan, J. and Byrne, C. (2013), "ADR in Construction: Ireland". IBA International Construction Projects Committee

Kovach, K. and Love, P. (1996), "Evaluative mediation in an oxymoron", Alternatives to High Cost Litigation, Vol. 14, pp. 31-2

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), LOV-2005-06-17-90, <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2005-06-17-90>

Mediation in member states, European Justice. Anvendt d. 5. januar 2017: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ew-en.do?member=1

Mediationsinstituttet (2016), Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv. Kan downloades her: <http://mediationsinstituttet.dk/hvidbog/>

Norwegian Tunnelling Society (2012), “Contracts in Norwegian Tunnelling”. Chapter 10: Project Integrated Mediation (PRIME)

Richbell, D. (2008), Mediation of Construction Disputes, Wiley-Blackwell, London.

Stipanowich, T. J. (1996). “Beyond arbitration: Innovation and evolution in the United States construction industry.’
Wake Forest Law Review, 31(1), 65–182.