

**Models of General Court-Connected Conciliation and Mediation
for Commercial Disputes
in Sweden, Australia and Japan**

Erik Ficks, Stockholm

- I. Introduction
- II. Court-Connected Conciliation and Mediation
- III. General Comparative Observations
 - 1. Sweden
 - 2. Australia
 - 3. Japan
 - 4. Conclusion
- IV. Generic Models

[p. 131 – 152]

SUMMARY

General court-connected conciliation and mediation in commercial disputes is defined and descriptions are made of its practice in Sweden, Australia (particularly in the states of Queensland and New South Wales) and Japan. A different point of view on the much discussed Japanese litigiousness is taken. It has become less common to view Japan as exceptional; instead, the litigation rates are more often explained through universal factors, such as the construction of civil procedure. This makes observations of Japan more generally applicable, and the specific sets of procedural rules to facilitate settlement are in this article put into a conceptually broad comparative context.

In the first part of the article the distinction between conciliation and mediation used is explained as that mediation allows the neutral third party a facilitative role only, whilst conciliation allows the conciliator to give concrete suggestions for settlement, and possibly determine the dispute. The aspect of being ‘connected’ to the courts is used in a broad sense and merely as a matter of the procedure including some degree of involvement by the courts.

As concluded from the general comparative observations in the second part of the article, in the settlement procedures of all three national jurisdictions there is a fundamental basis of voluntarism. Even if elements of force may be used initially, a party is always reserved the right to formal litigation and judgment according to the norms of law if they request it. Most of the general court-connected conciliation and mediation

observed is also conducted as early in the proceedings as deemed appropriate. This is according to the underlying principle in ADR of reducing delays and costs. However, compared to civil procedure in Australia and Japan, general court-connected conciliation and mediation during and after trial is considerably absent in Sweden. Further, in Australia general court-connected conciliation and mediation is exclusively done through referrals away from the trial judge, whilst in Japan the trial judge is very active. The Swedish system is positioned much closer to the practice in Japan than to the Australian system, but it is still much more restrictive than the former in regards to the activity of the trial judge.

In the final part of the article, the procedures of the three jurisdictions are compared and generic models of settlement procedures for commercial disputes are constructed based on the difference between conciliation and mediation and their respective relationships with the general courts. Five models of general court-connected conciliation and mediation are identified, and these may be divided into three categories: ADR by trial judge, reference to private ADR, and institutionalized ADR. The models are mediation by trial judge, conciliation by trial judge, reference to mediation, reference to conciliation, and statutory conciliation.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag erläutert Begrifflichkeit und Praxis von gerichtsnaher Schlichtung und Mediation in Handelstreitigkeiten in Schweden, Japan und Australien (schwerpunktmäßig in den Bundesstaaten Queensland und New South Wales). In Bezug auf die viel diskutierte niedrige Zahl von Verfahren in Japan vertritt er eine von der tradierten Interpretation abweichende Position: die geringe Verfahrensdichte sei nach neueren Analysen nicht mehr international als eine Ausnahme anzusehen, sondern lasse sich vielmehr mit einem allgemeingültigen institutionellen Erklärungsansatz entschlüsseln. Damit werden die für Japan gewonnenen verfahrensrechtlichen Beobachtungen leichter verständlich, und entsprechend stellt der Beitrag diese in einen konzeptionell breit angelegten Rechtsvergleich.

Der erste Teil des Beitrages differenziert zwischen den beiden Verfahrensarten anhand der Rolle, die der neutralen dritten Partei zukommt. Während der Mediator sich im Rahmen der Mediation typischerweise passiv verhalte, nehme der Schlichter bei der gerichtsnahen Schlichtung durch eigene Vorschläge Einfluß, was den Ausgang des Verfahrens entscheidend beeinflussen könne. Der Begriff „gerichtsnah“ wird dabei weit interpretiert.

Als Ergebnis der Analyse im zweiten Teil des Beitrages wird die Freiwilligkeit als charakteristisches Merkmal herausgestellt, das die unterschiedlichen Verfahren in den drei Rechtssystemen kennzeichne. Auch soweit teilweise die Einleitung eines Verfahrens

nicht freiwillig geschehe, behalte jedoch jede Partei das Recht, die Streitfrage durch ein formales Gerichtsverfahren klären zu lassen. In allen Ländern würden sowohl die Schlichtung als auch die Mediation so früh wie möglich eingeleitet, um die vorrangigen Ziele – Verfahrensbeschleunigung und Kostenminimierung – zu erreichen.

Die Unterschiede in den Rechtssystemen werden wie folgt herausgearbeitet: Im Vergleich zu Australien und Japan, würden Schlichtung und Mediation in Schweden äußerst selten während eines laufenden Gerichtsverfahrens oder im Anschluß an ein Gerichtsverfahren eingeleitet. In Australien würden ferner die Verfahren grundsätzlich unter Ausschluß der Richter durchgeführt, während die Richter in Japan regelmäßig eine aktive Rolle spielten. Insgesamt sei die schwedische Praxis der japanischen sehr viel ähnlicher als der australischen; allerdings sei die Rolle der schwedischen Richter stärker zurückgenommen als die der japanischen.

Abschließend entwickelt der Beitrag auf der Grundlage eines Vergleiches der verschiedenen Verfahren in den drei Rechtsordnungen generische Modelle der Streitbeilegung in Handelssachen, wobei das unterschiedliche Verhältnis von gerichtsnaher Schlichtung und Mediation zur ordentlichen Gerichtsbarkeit als Differenzierungskriterium dient. Es werden fünf unterschiedliche Modelle identifiziert und in drei Kategorien unterteilt: außergerichtliche Streitbeilegung durch einen Richter, Rückgriff auf einen privaten Schlichter und das Modell einer institutionalisierten außergerichtlichen Streitbeilegung.

(deutsche Übersetzung durch die Red.)