

Rechter, mediator en innovatie: een uitdaging

Vernieuwen in rechtspraak en mediation? Er gebeurt meer dan u denkt en meer dan sommigen u willen doen geloven. Maar ook aan het bestaande valt nog veel te verbeteren. Daar is wil, durf, tijd en geld voor nodig. En wijzigen van een houding, een mentaliteit zou ook een belangrijke innovatie betekenen: ontstijg de wat zeurderige concurrentiehouding ‘mijn product is beter dan het jouwe’. Onderken dat er geen algemene voorkeur voor rechtspraak boven mediation of omgekeerd is en dat de voorkeur in het concrete geval aan de betrokken partij(en) is!

rechtspraak

Door **Lieke Coenraad** en

Peter Ingelse

Illustratie **Tamar Rubinstein**

‘De civiele rechtspraak zindert van innovatiedrang.’ Zo begonnen wij ons preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging van dit jaar.¹ ‘Dat valt erg tegen, het is in ieder geval niet genoeg en het moet allemaal anders’, zo zou je het recente HiiL-rapport kunnen samenvatten.² Hoe zit dat nu, kunnen we tevreden zijn of moet de rechtspraak op de schop? De redactie van dit tijdschrift heeft ons gevraagd aandacht te besteden aan innovatie in conflicthantering tegen de achtergrond van ons preadvies en het HiiL-rapport. En: wat heeft de mediator aan deze discussie? Is voor hem niet vooral van belang dat het tijd wordt dat de burger – én de overheid – inziet dat hij beter bij de mediator terecht kan dan bij de rechtspraak?

Ons perspectief is het volgende. Conflicten komen voor en zullen altijd blijven voorkomen. Dat is niet alleen naar voor de betrokkenen (en vaak ook voor de maatschappij), het is ook nuttig voor hen (en vaak ook voor de maatschappij). Die conflicten moeten wel zoveel mogelijk worden opgelost. Het is goed, indien partijen dat – al dan niet met professionele hulp – zelf voor elkaar krijgen. Dat zal niet

altijd slagen, dat is inherent aan conflicten. Lukt het inderdaad niet, dan moet daar de overheidsrechter zijn (voorkoming van eigenrichting, normbevestiging en rechtvaardigheid). Aan de gang naar de rechter en de effectiviteit van zijn werk kan en moet nog veel verbeterd worden. En de keuzes die de burger bij de oplossing van conflicten kan maken, zijn voor hem veelal niet duidelijk. Ook daar is werk aan de winkel. Wij lichten dat toe.

HiiL beschrijft de ellende waarin mensen terecht kunnen komen door echtscheiding, door ontslag, door het hebben van schulden, enzovoorts. Dat zullen wij niet bestrijden, maar de constatering zegt weinig over de wijze hoe aan die ellende een eind kan worden gemaakt. Illustratief is de volgende zin: ‘Rond 60.000 mensen hebben te maken met door anderen veroorzaakte ongevallen of gezondheidsklachten.’ Zijn al die ongevallen en die klachten inderdaad door ‘anderen’ ontstaan, wie zijn die anderen en hebben zij iets fout gedaan? ‘De rechtsstaat zou er moeten zijn voor mensen.’ Zeker, maar betekent dat dat de rechtsstaat mee moet buigen met ‘wat mensen willen?’ HiiL wil ‘rechtvaardige

oplossingen voor de samenleving'. Ook dat zal wel niemand willen bestrijden. Maar welke zijn die oplossingen?

Het HiiL-rapport getuigt van een vaak vage en eenzijdige klantbenadering,³ op het consumentisme af. Natuurlijk zijn de behoeftes van de burger van belang, maar het rapport houdt onvoldoende rekening met het feit dat die behoeftes vaak net zo veel uiteenlopen als de standpunten en belangen van de conflicterende partijen en dat er naast die '60.000 mensen' ook die 'anderen' zijn. En het rapport besteedt nauwelijks en in ieder geval onvoldoende aandacht aan de rechtsstaat en het belang daarvan voor de rechtspraak en daarmee voor het oplossen van geschillen. Bovendien ontbreekt een duidelijk alternatief. HiiL richt zich op 'verbindende procedures, waarin de werkelijke behoeftes van mensen centraal staan en getracht wordt daaraan zoveel mogelijk tegemoet te komen'. Een 'bruggenbouwer' zou voor de binnenkomende klant een conflict diagnose moeten doen en contact moeten zoeken met de wederpartij 'met de intentie om voor beide partijen een goede oplossing te bereiken'. 'Nederland heeft dringend nieuwe, mensen verbindende, wegen naar rechtvaardige oplossingen nodig. Routes waarop mensen zich gehoord voelen en waarop ze tijdig en effectief hun bestemming kunnen bereiken.' Het is ons allemaal veel te vaag en weinig realistisch.

Het HiiL-rapport vormt een litanie aan klachten over de ouderdom van de regels, 'negentiende-eeuws', en over 'de bouwsels van juristen van decennia en soms eeuwen geleden (...) waarin de huidige juristen vanaf hun 18de jaar zijn opgegroeid en opgeleid'. 'Veel problemen van gewone mensen (zouden) niet gejuridiseerd via het zogenaamde toernooimodel (...) moeten worden afgedaan.' Maar het enkele feit dat regels oud zijn, zegt ons weinig. Komt het tot een procedure, dan blijft het inderdaad bejaarde principe van hoor en wederhoor – door sommigen geassocieerd met het toernooimodel – essentieel. Het wiel is al heel erg lang rond. Dat betekent niet dat het tijd wordt voor een vierkant wiel.

Die vage en eenzijdige benadering valt te betreuren. Het doet geen recht aan de vele vernieuwende initiatieven binnen politiek en rechtspraak. Het ontnemt bovendien het zicht op de wel degelijk bestaande gebreken in conflictoplossingsland: hoge (kosten-) drempels voor en lange duur van rechtspraak alsmede onbekendheid met alternatieven. Valt hier wat te innoveren? Jazeker, indien daaronder ook worden



verstaan 1) het verbeteren van het bestaande – en op dat vlak gebeurt veel – en 2) het wijzigen van een houding, een mentaliteit. Wij beginnen met het laatste.

Wijzigen van een houding, een mentaliteit

De regering wil mediation faciliteren en stimuleren wgens de aan mediation verbonden voordelen: 'zelfredzaamheid van en een actieve bijdrage aan oplossingen door rechtzoekenden, de bestendigheid van de gevonden oplossing en het ontlasten van andere methoden van geschiloplossing (met name de rechtspraak)'.⁴ 'Ontlasten' van de rechtspraak? Wij zien daar geen reden toe. Slechts 4 procent van de burgers bij een conflict vraagt het oordeel van de rechter. Dat is net iets minder dan het aantal burgers dat een mediator inschakelt: 5 procent.⁵ Er is veeleer aanleiding de rechter meer te belasten, zoals De Bock in haar recente oratie overtuigend uiteenzet.⁶ De drempel voor rechtspraak is in de afgelopen peri-

ode steeds verhoogd: door verhoging van griffiegel- den, beperking van de gesubsidieerde rechtsbijstand en door vergroting van de afstand tussen de rechter en burger door het schrappen van gerechtslocaties.

En de ‘voordelen’ van mediation? In ons preadvies hebben wij uitvoerig uiteengezet dat die voordelen gerelativeerd moeten worden. Noch in zijn algemeenheid noch in het concrete geval kan de overheid dicteren wat beter is. Zeker, eigenschappen als vertrouwelijkheid, vrijwilligheid, het zelf nemen van verantwoordelijkheid en het zelf vinden van een oplossing voor het ‘hele conflict’ zijn aantrekkelijke eigenschappen van mediation. Maar het is niet vol te houden dat die eigenschappen in het algemeen te verkiezen zijn boven openbaarheid en het doorhakken van de knoop waarin partijen zijn verstrikt. Daarbij moet bedacht worden dat voor de in mediation te vinden oplossing geen objectieve maatstaf bestaat en voor de beslissing van de rechter wel: het objectieve recht. Ook in het concrete geval moet de burger kunnen zeggen: ‘Geef mij maar een onafhankelijke rechter, die controleerbaar en in het open-

muleerd moet worden? Die conclusie is voorbarig. In 2009 had 40 procent van de burgers nog nooit van mediation gehoord; 18 procent wel maar die wisten niet echt wat het is.⁸ Dat zal inmiddels enigszins verbeterd zijn, maar veilig kan worden aangenomen dat de onbekendheid nog steeds zeer groot is. Aannemelijk is dan ook dat rond de helft van de burgers bij een conflict niet snel aan mediation zal denken maar al snel in de reflex ‘waar vind ik een advocaat’ zal schieten. Dat betekent dat de zojuist genoemde nevensgeschiktheid in de praktijk niet bestaat en dat *de facto* een prioriteit voor de gang naar de advocaat en via hem naar de rechter geldt. Niet alleen de burger weet niet goed wat mediation is, de mediator weet dat zelf ook vaak niet precies. Zo is er tussen de vakbroeders en -zusters bepaald geen overeenstemming omtrent de taak van de mediator. Bijvoorbeeld: moet de mediator ook inhoudelijke en juridische kennis van en ervaring in de materie hebben waarop het desbetreffende conflict betrekking heeft? Die discussie bevordert de herkenbaarheid van de mediator natuurlijk niet. In de onbekendheid en het gebrek van herkenbaarheid van mediation steekt daarom inderdaad een goede reden voor overheidsbemoediging ten aanzien van mediation. Het is wenselijk de herkenbaarheid van en de bewegwijzering naar de mediator en van/ naar mediation te versterken. Dat kan door voorlichting en door middel van de invoering van de figuur van de geregistreerd mediator of – zoals in het consultatievoorstel – de beëdigd mediator, normering van het beroep en daarnaast de invoering van een klachtregeling.

Voorts is het van belang dat iedere professional in conflictoplossing zich realiseert dat het wijzen van de weg en het daarbij maken van een weloverwogen keuze onderdeel van zijn taak uitmaakt. Dat geldt ook voor de advocaat: indien hij niet met zijn cliënt onderzoekt welke weg in deze zaak voor deze cliënt de voorkeur verdient, schiet hij tekort.⁹ Hier ligt tevens duidelijk een taak voor de opleiding advocatuur, maar ook voor de opleiding in andere beroepen die zich met conflictoplossing bezighouden. Ten slotte zou de wetgever ook de rechter kunnen activeren mee te werken aan de bewegwijzering door te bepalen dat hij de vraag ‘wat is voor dit conflict de beste benadering?’ met partijen bespreekt. In wezen gaat het om een mentaliteitsverandering: bij de burger van strijd naar de keuze tussen strijd en overleg en bij de professional van de competitie wat beter is naar begeleiding van de burger bij zijn keuze wat *hij* beter vindt.

Verbeteren van het bestaande: durven en willen investeren

In ons preadvies zijn we uitvoerig ingegaan op alle vernieuwende initiatieven binnen de politiek en

De bij mediation veronderstelde zelfredzaamheid is niet gelijkelijk onder de burgers verdeeld

baar zitting houdt en beslist na strikte toepassing van hoor en wederhoor.⁷ Daaraan voegen wij nog toe dat de bij mediation veronderstelde zelfredzaamheid niet gelijkelijk onder de burgers is verdeeld. Met name mensen met minder kennis of opleiding en anderszins kwetsbare groepen zullen vaak minder goed in staat zijn tot het ‘denken’ en ‘doen’ dat voor een actief probleemoplossend gedrag vereist is.⁷ Dat de mediator mede tot taak heeft om voor een procedureel evenwicht te zorgen, neemt niet weg dat de burger ook moet kunnen zeggen ‘ik durf mediation niet aan’. Of mediation in een concreet geval de voorkeur verdient, is dan ook aan partijen zelf: zij moeten – uiteindelijk: ieder voor zich en subjectief – hun keuze bepalen.⁷ Niet beter, maar anders. Geen prioriteit maar nevensgeschiktheid. Hier past een belangrijke terzijde: er is wel een hiërarchie doordat rechtspraak *the shadow of the law* vooruit werpt en daarmee het fundamentele vertrouwen in menselijke verhoudingen schraagt waarop – ook – mediation kan floreren. Dat mechanisme staat en valt bij de gratie van voormelde – op de rechtsstaat gebouwde – openbare en objectieve controleerbaarheid.

Moet nu – ‘niet beter, maar anders’ – geconcludeerd worden dat mediation niet gefaciliteerd en gesti-

rechtspraak, waaruit blijkt dat zij doordrongen zijn van de noodzaak om de relevantie van en het vertrouwen in rechtspraak te waarborgen (en waar nodig te herwinnen). Politiek en rechtspraak streven naar kwaliteit en innovatie van rechtspraak door herziening en digitalisering van de civiele procedure (KEI)¹⁰ en naar maatschappelijk effectieve rechtspraak.¹¹ De rechter moet een breed georiënteerde conflictoplosser zijn.¹²

Kernthema's in de innovatiedrang zijn onder meer laagdrempelige toegang tot de rechter, maatwerk en regie door de behandelend zaaksrechter en aandacht voor achterliggende belangen en conflicten door de rechter, zodat rechtspraak bijdraagt aan de daadwerkelijke oplossing van het conflict en aansluit bij de behoefte van de burger (maatschappelijk effectief dus).

Bij de gerechten vinden of vonden veel innovatieve pilots plaats die van onderop zijn ontstaan. Zonder enige volledigheid na te streven, noemen wij de GOO (gericht op oplossing)-rechter in de Rechtbank Amsterdam, vormen van laagdrempelige rechtspraak zoals de burensrechter in de Rechtbank Midden-Nederland (locatie Utrecht) en de Rechtbank Oost-Brabant, de spreekurrechter in de Rechtbank Noord-Nederland, de regierechter in scheidingszaken ('court is a face'¹³), die ook aandacht voor emoties van partijen niet schuwt en mediationstechnieken toepast in de Rechtbank Rotterdam en Rechtbank Noord-Nederland (locatie Groningen), pilots rond piketmediation in verschillende rechtbanken, pilots in conflictueuze scheidingszaken met (multidisciplinaire) verwijzingsmogelijkheden,¹⁴ zoals de benoeming van een gedragsdeskundige als bijzondere curator in de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (locatie Breda), en een uniform hulpaanbod bij de noordelijke gerechten.¹⁵ Daarnaast zijn algemeen gedeelde professionele standaarden voor (de verschillende deelgebieden van) civiele rechtspraak gereed of in de maak.¹⁶ En ook anderszins slaan gerechten de handen in een om tot meer uniform beleid en een effectieve aanpak te komen, waarvan het mede op pilots gebaseerde visiedocument *Rechtspraak (echt)scheiding ouders met kinderen* uit oktober 2016 een goed voorbeeld is.¹⁷

De rechtspraak vernieuwt – anders dan (de strekking van) het HiiL-rapport suggereert – wel degelijk. Zeker, deze vernieuwingsdrang moet niet blijven steken in de pilotfase als gevolg van geldgebrek of tegenvallend gebruik door onbekendheid van vernieuwende vormen van conflictoplossing. De politiek zal stevige keuzes moeten durven maken, zoals het financieel faciliteren van de landelijke invoering van effectief gebleken pilots bij gerechten (vgl. het genoemde visiedocument van de familierechters) en het niet verder bezuinigen op gefinan-

cierde rechtsbijstand. Datzelfde geldt voor de veranderingen die KEI met zich brengt: de mondelinge behandeling zal de kern van de procedure vormen en de rechter gaat de behandeling regisseren en waar nodig maatwerk leveren. Meer regie en maatwerk onder KEI vormen in de eerste plaats de inlossing van een met het oog op de in 2002 ingevoerde comparitie na antwoord gegeven oude belofte. Zonder investering in tijd en geld blijft het een loze belofte.

Voor de professional zien wij ruimte voor vernieuwing door de ietwat zeurderige concurrentiehouding 'mijn product is beter dan het jouwe' te ontstijgen

Ook wordt wel gepleit voor een zogeheten wettelijke experimenteerbepaling die het mogelijk moet maken om rechtzoekenden meer te verplichten aan vernieuwende pilots, zoals die van de spreekurrechter deel te nemen. Dat zou kunnen door het vrijwillige karakter van artikel 96 Rv te schrappen, krachtens welke bepaling partijen gezamenlijk een geschil aan de kantonrechter kunnen voorleggen.¹⁸ Wij zijn er echter geen voorstander van om partijen te verplichten gebruik te maken van bepaalde afdoeningswijzen, maar hen daartoe eerder te verleiden. Ook dat vergt durf en de wil om daarin te investeren. Iets anders is, dat met de invoering van KEI een snelle en eenvoudige standaardroute mogelijk is. De artikelen 30a e.v. Rv nieuw en 111 e.v. Rv nieuw bieden de ruimte om een eenvoudige kantonzaak van A tot Z in ongeveer drie maanden af te handelen. Daar is geen experimenteerbepaling, maar slechts wil en goede organisatie voor nodig.

Gaat het om innovatie?

Gaat het bij dit alles nu om vernieuwing, innovatie? Is dat eigenlijk een belangrijke vraag? Wat ons betreft, is meer relevant of de juiste keuzes worden gemaakt: zo is het verruimen van de toegang tot de rechter door de kostenfactor te verlichten niet bepaald vernieuwend, maar wel een verbetering. Datzelfde geldt voor de aandacht voor en versterking van de mondelinge behandeling. Omgekeerd is niet iedere vernieuwing een verbetering: de door sommigen bepleite rechter die eerst als mediator optreedt, zou een belangrijke vernieuwing betekenen, maar is niet wenselijk. Dit een en ander neemt niet weg dat wij ruimte voor – vooral mentale – vernieuwing zien, zowel voor de burger als voor de professional. Voor de burger door te onderkennen dat het bestaan van scherp tegenstrijdige belangen in het conflict

met zijn tegenpartij niet uitsluit dat zij óók parallelle belangen hebben. Eén zo'n parallel belang zal doorgaans bestaan in een gezamenlijk onderzoek naar de mogelijkheden van een minnelijke oplossing van het conflict, door middel van onderling overleg, overleg tussen advocaten of onder leiding van een mediator.

Voor de professional zien wij ruimte voor vernieuwing door de ietwat zeurderige concurrentiehouding 'mijn product is beter dan het jouwe' te ontstijgen en te onderkennen dat er geen algemene voorkeur voor rechtspraak boven mediation of omgekeerd is en dat de voorkeur in het concrete geval aan de betrokken partij of partijen is. Aan het maken van die keuze behoort de professional aandacht te besteden. En de overheid? Ook zij moeten onderkennen en

erkennen dat verschillende wegen naar Rome leiden én dat niet iedereen naar Rome wil. Erkennen ook dat het ene niet beter is dan het andere, noch in zijn algemeenheid, noch in concrete gevallen. De overheid kan en moet die wegen en de bewegwijzering verbeteren. Zij kan ook het zojuist genoemde mentale proces bevorderen door facilitering en stimulering van die ene nog te weinig bekende en daardoor achterblijvende weg: mediation. Indien de burger die hulp van derden zoekt bij zijn conflict evenzeer denkt aan de advocaat als aan de mediator en zich bij zijn keuze tussen beiden gesteund weet door zowel de een als de ander, zodat hij bij beiden goed terecht kan en zich daardoor niet de pas naar de ander afsnijdt, dan zal dat een belangrijke innovatie zijn. ●



Lieke Coenraad is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder conflictoplossing aan de Vrije Universiteit Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Amsterdam.

Peter Ingelse is mediator en arbiter bij ReulingSchutte in Amsterdam. Voordien was hij ruim 17 jaar advocaat en bijna 25 jaar rechter, de laatste 6 jaar als voorzitter van de Ondernemingskamer.

Noten

1. Lieke Coenraad en Peter Ingelse, *Afscheid van de klassieke civiele procedure?* Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging 2017 (njv.nl/preadviezen-2017), verder: Preadvies.
2. HiiL innovating justice, *Menselijk en rechtvaardig. Is de rechtsstaat er voor de burger?*, rapport van Maurits Barendrecht, Krijn van Beek en Sam Muller (www.hiil.org), verder: HiiL of HiiL-rapport.
3. Consultatievoorstel Wet bevordering mediation, te vinden op www.internetconsultatie.nl/wetmediation/details (verder Consultatievoorstel). Het voorstel bouwt voort op de drie in september 2013 door het toenmalige kamerlid Van der Steur ingediende en later – nadat Van der Steur minister was geworden – ingetrokken initiatiefwetsvoorstellen, de voorstellen tot Wet registermediator en tot Wetten bevordering mediation in het burgerlijk recht respectievelijk in het bestuursrecht. Zie voor de tekst van deze voorstellen, zoals deze luidde na het advies van de Raad van State: Kamerstukken II 2013/14, 33 722, 33 723 en 33 727, telkens nr. 5.
4. M.J. ter Voert en T. Geurts, *Geschilbeslechtingdelta 2014, Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers/WODC 2015, te vinden op: www.wodc.nl (verder *Geschilbeslechtingdelta 2014*). Zie onder meer figuur 5.2. Zie daarover voorts nader Preadvies 3.2 en 5.6.3.
5. R.H. de Bock, *De toekomst van de civiele rechtspraak*, Zutphen, Uitgeverij Paris 2017.
6. Zie daarover Liesbeth Hulst en Kees van den Bos, 'Is de Nederlandse rechtsstaat echt doof, blind, vastgeroest, onmenselijk en onrechtvaardig?', *NJB* 2017, p. 1885 ev.
7. Een keuze die uiteraard niet definitief hoeft te zijn. Niet iedere mediation leidt tot een oplossing zodat vaak de rechter alsnog uitkomst moet bieden. Omgekeerd slaan partijen op weg naar een rechterlijke beslissing toch nog af naar een minnelijke regeling, al dan niet met behulp van een mediator.
8. Stratus 2009, R.J.M. Vogels en P.Th. van der Zeijden, *De stand van Mediation in Nederland*, Zoetermeer, 16 april 2010, te vinden op: www.mediatorsfederatienederland.nl, § 3.4.
9. Preadvies § 5.6.4. Zie ook lid 1 regel 4 van de Conceptverzameling Gedragsregels 2017 van de Commissie Gedragsregels 2017 ter advisering van de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, ter consultatie voorgelegd aan het publiek en te vinden op www.advocatenorde.nl: 'De advocaat dient voor ogen te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces' en vooral de toelichting waarin te lezen valt: 'Van een advocaat mag worden verwacht, dat hij met zijn cliënt bespreekt wat tot de beste oplossing van het geschil leidt en dat hij dat ook vastlegt.'
10. Zie de *Innovatieagenda rechtsbestel* uit 2011, waaruit onder meer de KEI-wetgeving en de voorgestelde mediationwetgeving voortvloeien op rijksoverheid.nl. Zie voorts over het programma KEI: *Programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak* (KEI) ook op rijksoverheid.nl.
11. Frits Bakker, 'Maatschappelijk effectieve rechtspraak', blog op www.nbj.nl.
12. Vgl. G. de Groot, *Rechtspraak met hart voor de zaak* (oratie Amsterdam VU), Amsterdam: Vrije Universiteit Amsterdam 2012 en R.J. Verschoof, *Waar gaat het over?* (oratie Utrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.
13. Zie nader Preadvies § 4.13.2.
14. Daartoe ook aangezet door de HR 17 januari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:91).
15. Zie nader over de pilots: Preadvies § 2.2.3.
16. Zie bijvoorbeeld *Professionele standaard kindgesprekken* op www.rechtspraak.nl.
17. Te vinden op www.rechtspraak.nl.
18. 'Controverse over laagdrempelige rechtspraak', mr-online.nl.