

Gesprek met Rogier Hartendorp en Margot van Cleef-Metsaars

# Benut het schikkingspotentieel van de rechter en bevorder mediation met zachte drang; 'willigheid' is meer dan voldoende

Henneke Brink en Fred Schonewille spraken met Rogier Hartendorp, bijzonder hoogleraar maatschappelijke effectiviteit van de rechtspleging in Leiden en rechter in de rechtbank Den Haag, en Margot van Cleef-Metsaars, MfN-registermediator en raadsheer bij het gerechtshof Den Haag, over de schikkingstaak van de rechter, de relatie tussen rechtspraak en mediation en over de vraag of deelname aan mediation altijd strikt vrijwillig moet zijn.

DOOR HENNEKE BRINK EN FRED SCHONEWILLE



**Henneke Brink**  
is redactielid van dit tijdschrift.



**Fred Schonewille**  
is hoofdredacteur van dit tijdschrift.

Margot van Cleef-Metsaars trapt af: De afgelopen tien jaar is de rechtspraak zich steeds meer gaan richten op de inzet van mediationvaardigheden ter zitting. Daardoor, en door de stevige verwijzingsvoorziening zijn rechtspraak en mediation steeds meer in elkaar gaan grijpen. Er zijn inmiddels veel zittingsrechters met sterke communicatieve vaardigheden en kennis van onderhandelingstechnieken die het juridisch inhoudelijke debat heel goed kunnen verbinden met 'wat leeft in de (zogenoemde) onderstroom'. Maar we zitten als rechters wel een beetje aan onze taks, vind ik. Ja, wij hebben een schikkingstaak ('de rechter kan een minnelijke regeling beproeven'), maar rechters hebben beperkte tijd, terwijl hulpverleners of mediators een heel bemiddelingstraject met mensen in een vertrouwelijke setting kunnen doorlopen. Rechters hebben een maatschappelijke taak, zijn bekleed met beslissingsmacht en doorzettingsmacht, en kunnen ordemaatregelen nemen. Er volgt altijd een beslissing. Dat neemt niet weg dat rechters er ook zijn om partijen 'een duwtje in de rug' te geven hun conflicten op te lossen. Je zou de rollen van rechter en mediator wel meer uit elkaar moeten trekken. De rechter moet rolvast en in balans blijven; de rechter is geen mediator en de

mediator geen rechter. Het zijn heel andere trajecten. Rechtspraak is bovendien openbaar en mediation vertrouwelijk.

## Waar loopt het op uit als het in elkaar grijpen van rechtspraak en mediation door zou gaan?

Rogier Hartendorp: Er is binnen de rechtspraak en met name de opleiding voor rechters een enorme ontwikkeling geweest als het gaat om de beheersing van de technieken. Maar het is goed weer eens te reflecteren op de vraag waar je als rechter voor bent en waar je het sterkst in bent. Je hebt als taak om beslissingen te nemen. Maar conflictoplossing is uiteindelijk wel wat met rechtspraak wordt beoogd. Het is eigenlijk heel ongelukkig dat het systeem zo is ingericht dat in veel gevallen de rechter de eerste is die een serieuze conflictinterventie toepast.

## Zegt u nu: ze zouden eerst eens samen moeten gaan praten en dan pas een interventie bij de rechter vragen?

Van Cleef-Metsaars: Dat klopt: je gaat toch ook niet meteen naar een chirurg als je een pijntje hebt? Een minder zwaar middel verdient dan eerst de voorkeur.



**Een rechter zal proberen ook iets te doen om partijen de notie van rechtvaardigheid mee te geven. Daar kun hij gespreks- en mediationvaardigheden bij inzetten. Andere rechters zullen zeggen: 'Ik ben er om een uitspraak te doen, zoek het verder maar uit.' Is er inderdaad een dergelijk 'riff' in de rechtspraak?**

Van Cleef-Metsaars: Rechters hebben een schikkingstaak. Alleen ben je als rechter pas laat bij het conflict betrokken. Het wordt daardoor vaak meer onderhandelingsbegeleiding, ja dus gewoon: schikken. De rechter kan daarvoor mediationvaardigheden inzetten, het *is* geen mediation.

**In mediation gaat het heel vaak om iets anders dan de juridisch vertaalde kwestie. Een schikking helpt vast een beetje, maar het is in veel gevallen niet echt de oplossing. Bovendien heeft mediation tijd nodig en bij rechters is die altijd beperkt. Hoe zien jullie dit?**

Hartendorp: De schikking als zodanig staat wel als rechterlijke taak in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, maar de hele procedure is gericht op het krijgen van een uitspraak. Je verlangt van partijen dat ze stelling innemen en die uitgebreid onderbouwen, en dan ga je naar de zitting. Tegenwoordig wordt daar vaak wel eerst de zogenoemde 'belangenvraag' gesteld, maar vervolgens ga je anderhalf uur met partijen over de feitelijke en juridische grondslagen praten. Aan het einde van de zitting komt dan nog eens 'wilt u de zaak nog op een andere manier oplossen?' op tafel. Voor veel partijen is dat best veel gevraagd, te meer nu uit onderzoek van Lucas Lieverse naar schikkingen in civiele procedures gebleken is dat advocaten hun cliënten over het algemeen niet goed voorbereiden op de schikking.<sup>1</sup>

Van Cleef-Metsaars: Dat is zeker een aandachtspunt. Ik ben samen met het Studiecentrum voor Rechtspleging (SSR) en het Centrum voor Conflictantering (CvC) bezig een leergang op te zetten over het schikkingspotentieel van de civiele rechter, een oplossingsgerichte aanpak. We hebben als rechters een duidelijke schikkingstaak, maar hoe breng je die tot uitvoering zodanig dat de burger zich werkelijk gehoord voelt en tegelijkertijd bereid is het conflict achter zich te laten? Het is noodzaak om rechters op te leiden in conflictkunde en onderhandelingsstechnieken. Dit geldt overigens ook voor advocaten.

**Hoe verhoudt dat zich tot het punt dat u net maakte, dat je mediation en rechtspraak misschien juist meer uit elkaar zou moeten halen?**

Van Cleef-Metsaars: Goed punt. Het is een kwestie van zuiver definiëren: schikken is wat anders dan mediation. Wat ik zojuist beschreef gaat echt over de rol van de schikkingsrechter, die kijkt naar het hoogst haalbare als je het hebt over een schikking. Daarbij kan hij mediationvaardigheden inzetten. Een andere beweging die gaande is, is de gedachte dat de rechtspraak een voorportaal zou moeten hebben waar partijen aan tafel kunnen gaan met een mediationrechter zonder toga, of – beter – met een mediator of neutrale conflictprofessional, om eerst het goede gesprek te voeren en samen hun conflict op te lossen. Dan trek je rechtspraak en mediation c.q. bemiddeling werkelijk uit elkaar.

**Waarbij partijen eerst met een mediator spreken en er vervolgens een soort overdrachtsmoment plaatsvindt tussen de mediator en de rechter, dus een hybride proces?**

Hartendorp: Met Priscilla Haricharan en Tim Lubbers heb ik een onderzoek gedaan naar voorportalen voor de rechtspraak, waar mensen informatie kunnen krijgen en begeleiding bij het oplossen van een conflicten.<sup>2</sup> We hebben onder andere Zwitserland onderzocht. Daar moet je voor een groot deel van de zaken eerst naar een bemiddelaar voor verplichte conciliatie, voordat je een civiele procedure bij de rechter kunt starten. Rond de 50 tot 60 procent van de zaken wordt in die fase opgelost. Pas als je geen oplossing hebt weten te vinden, krijg je toegang tot de rechter. De conciliatieautoriteit zorgt niet alleen voor bemiddeling, maar houdt de betrokkenen ook voor wat de sterktes en zwaktes zijn van hun zaak en wat een juridische procedure betekent. Voor deze procedure geldt geheimhouding. Als de bemiddeling niet slaagt en een gerechtelijke procedure gestart wordt, dan krijgt de rechter niet te horen wat tijdens de zitting bij de conciliatie-autoriteit besproken is.

**We moeten ervoor zorgen dat de rechter niet teveel opschuift naar de rol van hulpverlener of maatschappelijk werker**

Van Cleef-Metsaars: Er zijn allerlei modaliteiten denkbaar voor een hybride vorm van rechtspraak en mediation; in de voorfase, maar ook tijdens een gerechtelijke procedure of lopende een mediationtraject waarbij eenvoudig aan de rechter om een deelbeslissing kan worden gevraagd.

Mijn zorg ten aanzien van de huidige innovatieve pilots is dat wij rechters een onmogelijke en veel te dure taakstelling op onze schouders nemen. Wij bezwijken al onder onze normale beslissingstaak en we moeten ervoor zorgen dat de rechter niet teveel opschuift naar de rol van hulpverlener of maatschappelijk werker. We moeten goed blijven kijken naar onze opdracht in de maatschappij en taakopvatting.

**Er gaat ook veel tijd en moeite zitten in nieuwe initiatieven en pilots bij rechtbanken en hoven met goede bedoelingen, maar deze lijken zelden te beklijven.**

Hartendorp: Ik vind verschillende pilots stuk voor stuk indrukwekkend en ze hebben allemaal op een bepaald vlak hele goede resultaten, maar waar is de samenhang? En wie gaat uiteindelijk bedenken wat de koers naar voren is? De rechter zou moeten focussen op het verbeteren van de schikkingstaak, maar is er verder om recht te spreken. Alles wat er in de voortuin van de rechtspraak gebeurt, zou je aan rechters in samenwerking met conflictprofessionals moeten uitbesteden. Van Cleef-Metsaars: Rechters behoren tot een van de meest ervaren conflictprofessionals in den lande. Denk aan de vele kantonrechters die wekelijks soms tientallen burgers in conflict voor zich hebben, maar ook familierechters die steeds weer de menselijke maat in acht moeten nemen. In die zittingszalen worden veel oplossingen bereikt via een schikking. Deze rechters hebben een schat aan ervaring en deskundigheid ook op communicatief gebied. Tegelijkertijd zie je steeds meer mediators die zich vrijwel volledig hebben toegelegd op het mediationvak als ambacht. Maak optimaal gebruik van de denkkraft van zowel rechters als mediators en hun enorme ervaring in conflictoplossing, richt je op samenwerking. Het

grote voordeel van een voortuin binnen de rechtspraak is dat de rechter partijen kan oproepen voor een bijeenkomst of gesprek, waarmee je het uit de pure vrijwilligheid haalt. Uiteraard kun je daarin nog een 'opt-out' zetten: als een partij niet wil verschijnen, mag deze binnen twee weken zeggen: 'Ik kom niet'. Uiteindelijk willen mensen hun conflict graag oplossen. Ze willen dat alleen niet (als eerste) aan de ander laten zien. We moeten dit doorbreken.

Hartendorp: De kracht van rechtspraak is inderdaad het dwangkader. Dat kenmerk van rechtspraak zou je op een betere manier moeten inzetten, want we krijgen nog relatief veel zaken waarin partijen eigenlijk behoefte hebben aan conflictoplossing. Wat mij betreft geldt dan ook: niemand mag van de bemiddelaar of mediator worden afgehouden die hem toekomt. Nu heeft degene die geen bemiddeling of mediation wil alle macht. Op een of andere manier zou je dat moeten doorbreken. Dan kom je toch weer op het punt van die vrijwilligheid: het is de vraag of die wel zo heilig zou moeten zijn. Voor de uitkomst geldt die natuurlijk wel; je kunt niet worden gedwongen om iets te tekenen. Maar moet je ook accepteren dat partijen altijd kunnen zeggen: 'Ik weiger om de tafel te gaan zitten'?

Van Cleef-Metsaars: De inspanningsverplichting om dat gesprek te voeren moet er zijn. Uitstappen uit de bus kan altijd, maar je moet hem wel eerst samen nemen en dan kijken wat dat oplevert.

**Critici roepen altijd: 'Daar zit een spanning met toegang tot het recht.' Partijen die zelf al veel hebben geprobeerd zullen vragen: 'Hoezo naar een mediator?' Zij willen gewoon naar een rechter. Hoe verhoudt dat zich tot elkaar?**

Hartendorp: Ik denk dat we mensen moeten helpen om toegang tot de rechter te krijgen, vanuit de vraag: waar kan de rechter het meest betekenen? Zo ga je zorgvuldig om met die publieke voorziening en menskracht, en zorg je ervoor dat de rechters zich toeleggen op waar ze goed in zijn en de vragen beantwoorden die voor partijen de meeste toegevoegde waarde hebben. Zo vergroot je in feite de toegang tot de rechter voor de mensen die daar echt baat bij hebben.

**Naast veel soorten rechters en mediators zijn er ook veel soorten zaken. Nalatenschappen en (de meeste) echtscheidingen lenen zich het minst goed voor rechtspraak.**

Van Cleef-Metsaars: Een betere triage is echt heel belangrijk, en zelfs bij het hof nog verwijzen naar mediation. Het is nooit te laat om te de-escaleren.

Hartendorp: De vraag is dan: wie is verantwoordelijk voor die triage? Als je een voorportaal hebt, moet je prikkels inbouwen en voorrang geven aan de zaken die echt op acute of snellere beantwoording zitten te wachten. Door betere filters en betere stimuli in het systeem kan de toegang juist worden vergroot. Want vergeet niet: de rechtspraak in civiele zaken is grotendeels georganiseerd langs de lijnen van procedures op tegenspraak die werken op basis van het beginsel *first in, first out*. Het is de vraag of deze wijze van het afwickelen van zaken het beste kan voorzien in wat partijen nodig hebben.

Van Cleef-Metsaars: Er zijn veel partijen die je prima naar een mediator kan sturen om hun conflict op te lossen, dan blijft er meer tijd over voor zaken waarin de rechter echt nodig is, zoals in die nijpende familie- en jeugdzaken die nu een veel te



lange wachttijd hebben. Of zaken die belangrijk zijn voor de rechtsontwikkeling.

Nog meer prikkels inbouwen om mediation te bevorderen is dus heel belangrijk. In het arbeidsrecht gebeurt dat al. Met de Wet verbetering poortwachter is mediation een beetje langs de achterdeur in het systeem gekomen, zonder dat de bewuste keuze is gemaakt van 'laten we nu eens mediation invoeren'. Als jij als werkgever op basis van verstoorde verhoudingen een ontslag van jouw werknemer wil bereiken, dan moet je eerst langs de mediator. Daarbij speelt vrijwilligheid dus een hele relatieve rol.

Mensen uit die middenkadergroep (niet rijk en niet arm en onverzekerd voor rechtsbijstand) gaan niet ondoordacht naar de rechter vanwege die hoge kosten. Dat zijn ook de mensen die veelal onbekend zijn met mediation of denken dat een mediator toch niet zal helpen, want 'wij hebben er zelf al alles aan gedaan'. Maar telkens opnieuw hetzelfde ineffektieve gesprek met elkaar voeren is 'meer van hetzelfde'. Een conflictprofessional inschakelen is dan juist een goede keuze om het blikveld te veranderen. Die stap moet zo vroeg mogelijk in het proces worden gestimuleerd, ook door de Rechtspraak. Ook veel werkgevers dachten vroeger (en soms nog steeds): 'Waarom moet ik naar een mediator?' Maar mediation onder zachte drang is een bewezen succes. Ik zie in mijn mediationpraktijk vaak mensen die schoorvoetend aan de mediationtafel plaatsnemen, niemand zit immers vrijwillig in een conflict. Uiteindelijk zijn juist deze mensen opgelucht dat zij onder professionele begeleiding dit conflict samen met de andere partij hebben kunnen oplossen.

Je wilt dus dat de Rechtspraak op dit punt haar verantwoordelijkheid neemt en zegt: 'Wij komen met een voorportaal waarin we het goede gesprek onder leiding van een conflictprofessional stimuleren.' Daarvan zou een olievlekwerking kunnen uitgaan. Bekend maakt bemind, partijen en advocaten die succeservaringen hebben gehad zullen dan eerder naar een mediator of conflictprofessional gaan.

Hartendorp: Zouden bemiddeling en mediation niet een publieke taak of voorziening moeten zijn? Alleen als er zo'n voorziening is kun je tegen mensen zeggen: 'Je gaat eerst maar naar de bemiddelaar of de mediator voordat je een civiele procedure start.'

#### **Dan betalen ze ook niet meer dan ze hadden betaald bij de rechter. Dat zou dan hetzelfde financiële systeem zijn?**

Hartendorp: Dat heb je in Finland, daar is mediation een taak die bij de rechtspraak belegd is. Je betaalt je griffierecht en daarmee heb je toegang tot de rechter, maar die kan zeggen: 'Uw zaak is meer geschikt voor mediation.' Misschien is dat wel een manier om de mediationparadox op te lossen. Die houdt in dat veel mensen de voorkeur voor mediation hebben als mechanisme om conflicten op te lossen, maar dat zij in de praktijk hiervoor niet kiezen. Dit vereist een vorm van drang waarbij gezegd wordt: je moet eerst naar een bemiddelaar of mediator voordat je naar de rechter mag. Dat vergt wetgeving en ook een apparaat, want je moet mensen hebben die op korte termijn op grote schaal kunnen worden ingezet om die zaken te bemiddelen.

#### **Eind juni zal de Hoge Raad beslissen of hij het advies van advocaat-generaal Ruth de Bock over de juridische binding van een mediationclausule volgt. Hoe kijken jullie daar tegenaan?**

Van Cleef-Metsaars: Als je ondanks een partijafspraken om eerst een mediator te betrekken toch naar de rechter gaat, dan dwing je de ander om te aanvaarden dat een derde – de rechter of de bindende adviseur – de partijautonomie doorkruist. De Bock heeft alles heel nauwgezet op een rij gezet en daaruit volgt de conclusie heel logisch. Ik ben anders wel heel benieuwd naar de argumenten waarom een mediationclausule niet afdwingbaar zou zijn.

#### **Een die rechters steeds noemen: mediation is vrijwillig...**

Hartendorp: De vraag is: wat is vrijwillige deelname? Volgens mij heeft het denken daarover zich wel ontwikkeld. De vrijwilligheid gaat met name over de verdere deelname en de uitkomst, maar is veel beperkter als het gaat om de start en de eerste deelname aan een mediation.

#### **Met een mediationclausule hebben de partijen zichzelf al vrijwillig gecommiteerd aan mediation als eerste stap. Maar als mediation in het voorportaal van de rechtspraak wordt ingebouwd zal dat voor partijen wellicht voelen als een opgelegde omweg.**

Van Cleef-Metsaars: Uiteraard! Het is ook echt (zachte) drang. Maar het gaat erom dat je de mensen aan tafel krijgt voor 'het goede gesprek', voordat het conflict verder escaleert. Een eerste gesprek onder leiding van een conflictprofessional is dan als het ware 'verplicht', waarna je – net als in een mediationtraject – er op elk moment uit kunt stappen. Daarmee help je beide partijen over de drempel van het *prisoner's dilemma*; je *nudget* het anders.

#### **En dan met iemand erbij, want dingen gaan ook vaak verkeerd omdat mensen het zelf proberen op te lossen. Het moet logisch worden gevonden dat ze er iemand bij halen, ook als er in hun ogen helemaal geen conflict is of als het niet is geëscaleerd.**

Hartendorp: We hebben het veel bekritiseerde toernooimodel van de rechtspraak, waarvan we inmiddels weten dat dat in veel gevallen helemaal geen goede manier is om conflicten op te lossen en de rechtsvrede te herstellen. Maar desondanks leren wij rechtenstudenten veel te weinig over verschillende vormen van conflictoplossing. Dat is volgens mij kenmerkend hoe we naar conflicten, geschillen en conflictoplossing kijken. Er is nog meer kennis en opleiding nodig in conflictkunde.

#### **Je ziet wel ontwikkelingen naar een bredere toepassing van mediation. Zo pakken mensen dat in scheidingen grotendeels zelf op, los van de juridische context. Mensen snappen dat er iets op het spel staat als je ouders bent. Zeventig procent van de scheidingen loopt nu via een vorm van mediation.**

Van Cleef-Metsaars: Het probleem waar we ons allemaal het hoofd over breken is: hoe kan het nou zo rationeel zijn om met elkaar in gesprek te gaan onder leiding van een neutrale derde, een conflictprofessional, maar gebeurt het toch niet? Dat zit natuurlijk enerzijds in de psychologie van de mens, maar anderzijds in ons huidige rechtssysteem.

#### **Daarvoor is een systeemverandering nodig, maar dat is moeilijk omdat veel mensen juist belang hebben bij het in stand houden van het bestaande systeem waarin de rechter centraal staat. En mensen in conflict zien niet vanzelfsprekend de toegevoegde waarde van een mediator, zeker als zij zelf al echt hun best hebben gedaan om eruit te komen.**

Hartendorp: De juridische procedure ziet er aan het begin vaak overzichtelijker en aantrekkelijker uit. Misschien moeten we zeggen: 'Je moet gewoon met een gesprek beginnen.' Waarom stellen we dat niet verplicht?

Als je een systeemverandering teweeg wil brengen, dan vraagt dat ook een andere opleiding en een andere manier van kijken van juristen en andere mensen die bij conflicten betrokken zijn.

Van Cleef-Metsaars: Ik denk dat het 'ervaringsgericht' moet gaan, dat leert het succes van mediation in familiezaken en in arbeidsrechtzaken. Met een beetje drang en dwang moet je mensen over de drempel krijgen; maar ik denk dat ze daarna voor mediation blijven kiezen als ze het succes en de kracht daarvan hebben ervaren.

#### **Zodat ze het vanzelfsprekend gaan vinden om eerst aan tafel te worden gezet voordat zij hun wapenuitrusting aantrekken.**

Van Cleef-Metsaars: Absoluut! Daar kun je als Rechtspraak ook je verantwoordelijkheid in nemen door niet alleen te zeggen: 'Wij zijn goede schikkingsrechters' als u eenmaal in de rechtszaal komt, maar door er ook voor te zorgen dat mensen in de voorfase recht krijgen op een goed gesprek bij een conflictprofessional. ■

#### **NOTEN**

1. Lucas Lieverse, *De gang opgestuurd. Een kwalitatief empirisch onderzoek naar het proces van schikken tijdens vermogensrechtelijke procedures in Nederland*, proefschrift Universiteit Utrecht/Zuyd Hogeschool 2022.
2. R.C. Hartendorp, S.P.S. Haricharan & T. Lubber, *Voorportalen voor burgers en kleine ondernemers. Een rechtsvergelijkende studie naar routes voor oplossingen voor rechtsproblemen*, Den Haag: Boom Juridisch 2022.