

Mediation en onderhandelen in de schaduw van de civiele rechter

Ondanks aandacht voor mediationvaardigheden in opleidingen blijven juristen oplossingen vooral juridisch uitonderhandelen of forceren. Anderzijds zoeken mediators de oplossingen liefst louter via zelfbeschikking en onderwaarden ze de waarde van een rechttoe rechtaan-uitspraak. Carst Joustra behandelt in deze bijdrage vijf mengvormen waarbij de rechter aanstuurt op onderhandelen of op mediation, zelf bemiddelt of beslist op een deel van het probleem, of waarbij een adviseur wordt inschakelt.¹

rechtspraak

Door **Carst Joustra**

Illustratie: **Tamar**

Rubinstein

Rechters, advocaten en mediators: allemaal specialisten in conflictoplossing, maar met een vaak verschillende aanpak. Prachtig complementair, zou je denken. Maar doorgaans denken advocaten – zeker na dagvaarding – weinig aan mediation. Daarnaast hebben mediators vaak de neiging iedere rechtszaak als een gemiste kans zien. En tot slot happen rechters naar adem onder de grote werkdruk, terwijl doorverwijzing naar mediation maar mondjesmaat gebeurt.

Alle reden voor een verkenning naar kansen, klemmen en voetangels bij onderhandelen in de schaduw van de civiele rechter.² Directe aanleiding hiervoor vormde de recente pensionering van de bekende Utrechtse kantonrechter Sjef de Laat, daarom is een uitspraak van zijn hand als vertrekpunt genomen voor de verkenning. De uitspraak is om verschillende redenen interessant: het onderwerp (samenwerkingsgeschil tussen onderzoeksjournalisten), het voortraject (mediation) en de procedurevorm (kantonrechtprocedure ex artikel 96 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

De casus

De kwestie ging om een in meerdere opzichten gevoelige zaak: het conflict tussen een principiële journalist en zijn werkgever, een omroepvereniging

verantwoordelijk voor het onderzoeksjournalistieke programma *Argos*.³ Het was een geschil rondom twee uitzendingen over de dramatische ontwikkelingen in Srebrenica. Zoals bekend hebben daar in 1995 vreselijke oorlogsmisdaden plaatsgevonden toen Nederlandse militairen in dat deel van Bosnië een humanitaire missie uitvoerden (Dutchbat). Defensie beschikte over een fotorolletje met mogelijk cruciaal bewijs over mensenrechtenschendingen, maar juist dat ene rolletje was volgens Defensie mislukt bij het ontwikkelen – een lezing die velen niet geloofwaardig vonden. De onderzoeksjournalist en de eindredacteur hadden een groot verschil van inzicht over de presentatie van verschillende theorieën over het vernietigde fotorolletje.

Uit de uitspraak valt op te maken dat het geschil zich afspeelt op verschillende lagen, het ging over beroepsstandaarden en arbeidsrecht, maar ook over communicatie, vertrouwen en reputatie. Onderzoeksjournalisten zijn vaak kritische, eigenegeride professionals. Dat leidt tot spectaculaire journalistieke primeurs, maar het kan ook lastig zijn met ze samen te werken.⁴ Hier escaleerde het geschil door miscommunicatie, resulterend in de uitval door ziekte van de werknemer.⁵

Diverse gesprekken, ook met een mediator, hadden niet tot een oplossing geleid. Partijen waren

het over een paar dingen wel eens geworden: de samenwerking moest stoppen en een transitievergoeding was verschuldigd.⁶ Maar ze verschilden van mening of daarnaast ook een billijke vergoeding verschuldigd was.⁷ Daarop hebben ze gezamenlijk de kantonrechter als knopendoorhakker ingeschakeld via de bijzondere artikel 96 Rv-procedure; snel, pragmatisch en duidelijk.⁸ De rechter ontbond het arbeidscontract en kende een stevige billijke vergoeding toe (ruim € 154.000 bruto). Partijen hebben gekregen waar ze om vroegen: een uitspraak. Door een creatieve mix van zelfbeschikking en een oordeel van een onafhankelijke derde is het betrokkenen gelukt de zaak op te lossen.

Door de openbaarheid van uitspraken is de kwestie nu publiek bekend. Gezien de reputatie van de journalist, VPRO en Argos, rijst de vraag of een discretere, alternatieve vorm van geschilbeslechting niet meer in belang van partijen was geweest.

Rechter, mediator en complementariteit

De rechter en mediation, ze lijken ver uit elkaar te staan op het spectrum van geschilbeslechting. De civiele procedure is gefocust op juridische principes, processueel voorspelbaar en georganiseerd vanuit rechtszekerheid. Het is openbaar, de wet biedt structuur en geeft de rechter de macht. Mediation is anders: vanuit een breed perspectief, maatwerk, via een bemiddelaar zonder beschikkingsmacht die regie voert over het samen vormgegeven proces. Het traject is vrijwillig, gezamenlijk en vertrouwelijk.

Dat problemen oplossen een creatief proces is, zullen rechters, advocaten, arbiters en bemiddelaars beamen. Reikt die creativiteit ook ver genoeg om slim gebruik te maken van verschillende *best practices* van conflictbeslechting? Dat valt te bezien. Psychologen en neurologen benadrukken dat mensen gewoontedieren zijn die vertrouwen op routine, omdat het brein anders door de veelheid van prikkels overbelast raakt. Het nadeel daarvan is dat gedrag en voorkeuren lastig zijn te veranderen, ook bij genoemde professionals.

Juridische professionals zijn opgeleid om conflicten te tackelen met een op rechten en plichten gebaseerde aanpak, mensen met problemen zijn *rechtzoekenden*. Die achtergrond kan wringen, omdat het recht immers niet altijd de oplossing biedt waar *oplossingzoekenden* mee geholpen zijn.⁹ Ondanks aandacht voor mediationvaardigheden in opleidingen blijven juristen primair geëquipeerd om oplossingen juridisch uit te onderhandelen of te forceren. Voor die juridische expertise betaalt de klant ook. Een *bias* dreigt: wie alleen een hamer in de gereedschapskist heeft, ziet elk probleem voor een spijker aan. Zo sluipt het

Was een discretere, alternatieve vorm van geschilbeslechting niet meer in belang van partijen geweest?

risico erin dat rechter en advocaat telkens oprecht menen: ook dit probleem is op te lossen met een vonnis.

Anderzijds dreigt er voor mediators een vergelijkbare valkuil. Wie getraind is elk probleem vanuit zelfbeschikking en op verschillende niveaus te benaderen (de inhoud, emotie, relatie), kan de waarde van een rechttoe rechtaan uitspraak onderwaarderen. Het inschakelen van een derde voelt aan als een eendimensionaal zwaktebod. In diezelfde metafoor: in hun gereedschapskist tref je niet als *tool* de rechterlijke uitspraak aan.

Ik behandel hierna vijf mengvormen:

- 1 Ingeschakelde rechter ‘dwingt’ tot schikkingsonderhandelingen.
- 2 Het mediationbureau bij de rechtbank verleidt tot mediation.
- 3 De bemiddelende rechter helpt een minnelijke regeling te verkennen.
- 4 Aanvulling op mediation: rechterlijke uitspraak op deelonderwerp.
- 5 Aanvulling op mediation: advies ervaren materiedeskundige (jurist).

1-3. Aanhangig geding

De eerste drie vormen van onderhandelen in de schaduw van de rechter hebben gemeen dat een procedure al loopt. Een procedure wordt meestal niet lichtzinnig geëntameerd, al willen critici er wel fijntjes aan herinneren dat het procederen zelf, ongeacht de uitkomst, een lucratief onderdeel van het advocatenverdienmodel is. Maar: cliënten zijn niet gek, procederen is duur, tijdrovend en onzeker. Daarbij moeten advocaten op grond van hun gedragsregels vóór dagvaarding de mogelijkheden tot schikken verkennen.¹⁰ Maar: de wijze waarop is niet bepaald, daarom is een ‘schikkingspoging’ soms niet meer dan een sommatie met een termijn.

Een partij die een geding aanvangt, realiseert zich zelden ten volle hoe die stap zelf invloed heeft op het geschil. Een rechtszaak met het toernooimodel (met hoor en wederhoor over standpunten) dwingt betrokkenen in een stramien dat juist niet uitnodigt tot een gezamenlijke oplossing op basis van achterliggende belangen.¹¹ Immers, een dagvaarding zet alleen al door de opzet (petitum: ‘Ik wil iets en jij moet mij dat geven’) de relatie verder op scherp. Kortom,

onder de dreiging van een rechterlijk oordeel is het lastig om constructief en effectief te onderhandelen.

1. Rechter 'dwingt' tot onderhandelingen

In de eerste variant stelt de rechter partijen voor een schikking te overwegen. Soms hanteert de rechter daarbij de wortel (vanuit parallelle belangen), soms de stok ('uw advocaat heeft u vast verteld welke risico's aan een vonnis kleven'). De achterstanden bij de rechterlijke macht kunnen extra reden zijn om partijen 'de gang op te sturen'. Tijdens een reguliere zitting ontbreekt de tijd om achterliggende belangen te onderzoeken en een constructief onderhandelingsklimaat te scheppen. Nog daargelaten of de rechter die techniek beheerst. Dus eenmaal op de gang staan partijen nog niet in een constructieve, oplossingsgerichte 'stand'. Onderhandelen wordt dan snel koehandel, zo wordt die onderhandeling nauwelijks kansrijker dan vóór de procedure. Dat kan anders zijn als partijen meer

schikkingsbereid zijn geraakt door het tijdsverloop, of door de interventie (wortel of stok) van de rechter.

2. Mediationbureau verleidt tot mediation

In de tweede variant verleidt het mediationbureau van de rechtbank partijen te gaan onderhandelen met een professionele bemiddelaar. De overheid probeert al een tijd het gebruik van mediation(technieken) te bevorderen. De bewustwording hierover is met name door het project Mediation naast rechtspraak vergroot: elke rechtbank heeft nu een mediationfunctionaris.¹² Die persoon herinnert rechters aan de voordelen van mediation, helpt geschikte zaken selecteren en kan op zitting partijen informeren en mediators voordragen. Als er voor mediation gekozen wordt, dan wordt de procedure aangehouden. In vertrouwelijke gesprekken kan een optimaal onderhandelingsklimaat worden gecreëerd waarin de mediator (vreemde ogen) met zijn specifieke vaar-



Grotere bewustwording van de alternatieven en kansen bij onderhandelen in de schaduw van de rechter kan leiden tot betere en effectievere conflictoplossing

digheden partijen helpt samen oplossingsrichtingen te verkennen. Leidt het tot een schikking, dan hoeven partijen niet te wachten op een uitspraak en kan de rechter de vaststellingsovereenkomst in een proces-verbaal met executoriale kracht vastleggen. Dit biedt juristen een plezierige stok achter de deur. Uiteraard kunnen partijen ook op deelonderwerpen schikken en over het laatste onderdeel alsnog vonnis vragen. Die optie is een mooi voorbeeld van de complementariteit.

Leidt de mediation niet tot afspraken, dan wijst de rechter (voor wie bemiddelingssessies geheim blijven) alsnog vonnis. Het tijdverlies is beperkt en de relatie tussen betrokkenen is door de mediation (*agree to disagree*) vaak beter dan daarvoor. Kort en goed: baat het niet, dan het schaadt zelden. Doorverwijzen naar mediation is zo een nuttig alternatief. Maar vooralsnog blijft het aantal doorverwijzingen bescheiden.¹³

3. Rechter helpt regeling te verkennen

In de afgelopen periode is binnen de rechterlijke macht in toenemende mate geëxperimenteerd met mediationstechnieken.¹⁴ In de pilot *Gericht op oplossing* (rechtbank Amsterdam) en de daarop gebaseerde *Bemiddelingsraadshoer* (hof Den Haag) bemiddelen in mediation getrainde rechters zelf, binnen de processuele waarborgen van rechtsvordering, maar met de voordelen die mediationstechnieken bieden. Partijen kunnen voor deze vorm van behandeling kiezen. In een uitgebreide sessie neemt de bemiddelende rechter de tijd om de bredere belangen achter de rechtsvraag te onderzoeken en gebaseerd op die belangen schikkingsopties te verkennen.

Vanuit de rechtspraak bezien lijkt dit het beste van twee werelden te combineren. Anders dan in mediation blijft de zitting openbaar en mag de rechter niet een-op-een met partijen reflecteren en masseren (*caucus*) of pendelen. Ook zal de bemiddelende rechter (on)bewust ‘de macht’ van het ambt uitstralen. Een mediator heeft nooit beslissingsmacht en moet dus altijd het vertrouwen blijven verdienen van partijen.¹⁵ De mediator en de bemiddelende rechter zijn beiden een horizontale bemiddelaar, al zal de rechter meer ‘boven’

partijen staan. Als een schikking uitblijft, wordt het proces-verbaal van de mediationsessie aan het procesdossier toegevoegd (proces-economie). In die sessie zal deze wetenschap partijen er mogelijk van weerhouden het achterste van hun tong te laten zien, ook al wijst de bemiddelende rechter uiteindelijk niet zelf het vonnis.

4. Rechterlijke uitspraak op deel

Tot zover drie varianten van onderhandelen naast de civiele procedure. Andersom komt ook voor: het recht als aanvulling op mediation. We zagen al de situatie waarbij over deelonderwerpen overeenstemming is bereikt, maar een integrale oplossing uitblijft omdat partijen zich baseren op uiteenlopende informatie die materiedeskundigheid vereist. Denk aan een waarderingsgeschil (waar een taxateur kan helpen) of een juridische kwalificatie. Juridische vraagstukken zijn bijvoorbeeld de verschuldigdheid en hoogte van een billijke vergoeding (zoals bij de genoemde onderzoeksjournalisten) of over de kwalificatie van een huurovereenkomst (kantoorruimte of de strenge huurbescherming voor winkelruimte). De mediator – ook al is die materiedeskundig – mag als neutrale bemiddelaar daar niet over beslissen, zo staat in de MfN-gedragsregels. Hier kan de rechterlijk vonnis aanvullende hulp bieden.

Partijen doen er bij zo’n zijstap in mediation goed aan nauwkeurig af te spreken waarover en via welke procedure (reguliere proces, of artikel 96 Rv procedure – wel/geen appel) de rechter uitspraak moet doen. Vanwege de openbaarheid wordt publiek bekend dat partijen een geschil hebben. Soms is dat onwenselijk, denk aan ruzie binnen een advocatenmaatschap of tussen fondsenwervende goede doelen. Voor zulke situaties leent de hierna te behandelen variant zich beter.

5. Advies ervaren materiedeskundige

De laatste variant van onderhandelen in de schaduw van de rechter is ook nuttig als in mediation overeenstemming zonder een extern materiedeskundig oordeel niet haalbaar is. Partijen kunnen dan ook kiezen voor het inwinnen van deskundigenadvies (geen vonnis). Dat kan een bindend advies zijn,

waarbij zelfbeschikking wordt opgegeven. Maar een richtinggevend (vrijblijvend) advies kan vaak ook helpen, in welk geval partijen de controle over de oplossing in eigen hand houden. Dan helpt het advies – zo nodig na caucus met en pendelen door de mediator – partijen een realistische(r) inschatting van kansen van een procedure te maken (BAZO).¹⁶ Anders dan bij de onder 4 genoemde route binnen de kaders van rechtsvordering is dit pragmatische pad vormvrij. Alertheid is geboden: om de kans op resultaat te maximaliseren zijn strakke afspraken over het type advies, het proces en de competenties van de adviseur cruciaal. Betreft het juridisch advies, dan kan de ervaring en reputatie van een oud-rechter zeer helpen. Hier geldt: duidelijkheid vooraf voorkomt narigheid achteraf.



Carst Joustra is arbeids- en zakelijk mediator bij Result Mediation, toezichthouder/adviseur in de non-profit sector en oud-advocaat.

Conclusie

Het gespreksmodel met mediation (technieken) enerzijds en anderzijds het toernooimodel via de civiele rechter zijn alternatieve paden om conflicten op te lossen. Ze kunnen aanvullend werken richting een bevredigende, integrale oplossing. Denk aan de ruziënde onderzoeksjournalisten: zij combineerden het zelf onderhandelen met mediation en een rechterlijk vonnis. Of de reputatie van betrokkenen – en daarmee de onderzoeksjournalistiek – beter geholpen zou zijn geweest met een vertrouwelijk advies in mediation, zullen we nooit weten.

Betrokken professionals (zoals rechters, mediators en advocaten) weten in theorie over de complementariteit en kansen, maar in de drukte van alledag lijkt daar nog weinig creatief gebruik van gemaakt te worden. Grotere bewustwording van de alternatieven en kansen bij onderhandelen in de schaduw van de rechter kan leiden tot betere en effectievere conflictoplossing. Daar is nog een wereld te winnen.

Noten

1. De titel van de bijdrage is vrij naar *Bargaining in the shadow of the law: the Case of Divorce* (Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *The Yale Law Journal* 1979, nr. 5). Deze bijdrage is in gewijzigde vorm in 2019 geplaatst in *Deining*, het liber amicorum voor arbeidsrechtadvocaat dr. mr. J.J.M. (Sjef) de Laat. Met dank aan Paula Boshouwers voor haar welkome feedback op een eerdere versie.
2. Dus niet de focus op de schaduw die het recht in algemene zin op onderhandelingen werpt, zie ook het hierboven aangehaalde onderzoek van Mnookin & Kornhauser.
3. Rechtbank Midden-Nederland 12 januari 2018, NL:RBMNE:2018:100.
4. David Kaplan, voormalig directeur International Consortium of Investigative Journalists (o.a. bekend

van de Panama Papers), daarover: 'coordinating investigative journalists is like herding cats'.

5. In de *STECR Werkwijzer arbeidsconflicten* staat dat, als het verzuim verband houdt met problemen op de werkvloer, de bedrijfsarts ook mediation kan voorschrijven.
6. Art. 7:673 Burgerlijk Wetboek (BW).
7. Art. 7:671b lid 8 BW; de aanvullende 'pleister' op de wonde van de werknemer is verschuldigd als sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever.
8. Op verzoek van beide partijen, in beginsel zonder hoger beroep. Deze pragmatische wijze van conflictresolutie geniet (m.i. te) weinig bekendheid. Zie ook Eliane Dosker en Lenka Hora Adema, 'Get your kicks on Route 96', *Tijdschrift Conflictantering* 2019, nr. 5. Voor hun onderzoek zijn ervaringen met de combinatie artikel 96 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en mediation nog altijd welkom via route96@vu.nl. Artikel 96 Rv kwam ook zijdelings aan de orde in de informatieve sessie Rechts-innovatie-Carrousel op het MfN-congres 2019.
9. Zie onder andere Maurits Barendrecht, Krijn van Beek en Sam Muller, *Menselijk en rechtvaardig. Is de rechtsstaat er voor de burger?*, Den Haag: HiiL 2017.
10. Art. 5 Gedragsregels Advocatuur: De advocaat dient voor ogen te houden dat een regeling in der minne veelal de voorkeur verdient boven een proces.
11. Meer over het toernooimodel (procedure) versus het gespreksmodel (o.a. mediation), in Barendrecht, Van Beek en Muller 2017.
12. Dankzij mediator/oud-raadsheer Machteld Pel en collega's.
13. Bij de rechtbank Amsterdam al jaren zo'n driehonderd zaken per jaar (aldus het mediationbureau).
14. Misschien dat de ervaringen bijdragen aan de doorontwikkeling van het wetsontwerp mediation (wetvoorstel Van der Steur (2016)). Uit ervaringen in andere landen blijkt dat rechtszoekenden (in bepaalde zaken) uiteindelijk beter af zijn als ze voorafgaand aan de procedure eerst met een ervaren mediator een schikkingspoging hebben gedaan. Anders: M. Brink in 'Don't fix it if it isn't broken' (*Nederlands Juristenblad* 2016, nr. 38), die geen toegevoegde waarde ziet voor mediationwetgeving.
15. Meer hierover in de oratie van bijzonder hoogleraar mediation Dick Allewijn, *Tussen recht en vrede: mediation in de responsieve rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2018.
16. Beste alternatief zonder overeenkomst (ook: BATNA) uit de Harvardmethode van onderhandelen (Fisher & Ury, *Getting to yes* 1981).