

Korte reflectie op de wetsvoorstellen Registermediator, Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht, Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht

Machteld Pel.

Algemene opmerkingen

Van 1999 tot 2010 heb ik me (met vele anderen) beziggehouden met de introductie van mediation naast rechtspraak, eerst als projectleider van het project mediation naast rechtspraak en daarna als directeur van het landelijk bureau Mediation naast rechtspraak belast met de implementatie van de verwijzingsvoorziening in de rechtspraak. Verder heb ik lange ervaring in de rechtspraak en daarbuiten als mediator en als trainer van mediators en rechters.¹

Met deze achtergrond heb ik naar de wetsvoorstellen gekeken. Deze hebben tot doel om mediation steviger te doen verankeren in onze maatschappij en wil dat doen door het invoeren van een nieuw stelsel van ingeschreven registermediators en door het invoegen van een aantal bepalingen in de regelgeving van het bestuursprocesrecht en het burgerlijk (proces)recht.

Ik stel voorop dat ik de doelstelling zeker onderschrijf. Daarbij zou het beoogde effect niet moeten zijn om zoveel mogelijk mensen of bedrijven met conflicten de keuze voor mediation te laten maken. Waar het wel om gaat is dat mediation zodanig inburgert dat die keuze gemaakt wordt in die gevallen waarin de conflicthebbers daarbij ook een groot belang hebben en dat de wet mediation in zoverre regelt dat mediation in al zijn facetten ook daadwerkelijk kan floreren.

In de periode van 1999 tot 2010 was ik nauw betrokken bij het uitvoeren van het beleid van het (toen nog) Ministerie van Justitie, nu het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Het beleid onderscheidde zich door twee belangrijke uitgangspunten die ik geheel kon en kan onderschrijven:

1. De ontwikkeling en bewaking van kwaliteitscriteria voor een goed mediator hoort bij de beroepsgroep zelf te berusten. Bij de start van het project mediation naast rechtspraak waren er nog geen objectief meetbare criteria voor kwalitatief goede mediators. Daarom zijn de eerste mediators voor het project via sollicitatierondes aangenomen. Na samenspraak met het NMI zijn daar kwalificaties voor de mediator ontwikkeld die het mogelijk maakten af te gaan op de toelatingseisen die het NMI stelde als gecertificeerd mediator, later de NMI-registermediator. Deze kwaliteitscriteria zijn toonaangevend in Europa en vinden navolging in vele landen. Er is geen enkel land waar dit zover is ontwikkeld.

¹ Zie verder: www.pelmediation.nl

2. Mediation is een vorm van conflictoplossing die zich richt op het oplossen van conflicten en niet van geschillen, zoals ook juist geformuleerd in de toelichting op het wetsontwerp op blz 22.² Het is géén juridisch proces en vanaf het begin van de introductie van mediation naast rechtspraak is ook daarom altijd de nadruk gelegd op de gewenste dejuridiserende werking van mediation. Dit maakt het ook noodzakelijk om voor het brede publiek duidelijk te maken wat de verschillende methoden van conflictafdoening inhouden.

Het wetsontwerp registermediator

Het wetsontwerp registermediator onderschrijft het eerste hiervoor genoemde uitgangspunt duidelijk niet: het voorstel registermediator behelst een vergaande staatsbemoeyenis met het beroep van mediator, vanaf het vaststellen van de toelatingseisen, via het bijhouden van een staatsregister van mediators tot en met de controle op de naleving van de aan de mediator gestelde eisen (ja zelfs het aan de minister opgeven van het jaarlijks verrichte aantal mediations). Overigens lijkt het zo te worden dat het bijhouden en bewaken van het register zal worden ondergebracht bij de Raden van Rechtsbijstand. Als dat daadwerkelijk zou gebeuren is de beoogde dejuridisering al helemaal naar de achtergrond verdwenen. Als burgers in een register moeten kijken dat wordt beheerd door de Raad voor *Rechtsbijstand* lijkt de vrij gevestigde mediator die op eigen deskundigheid conflicten oplost ver weg.

Het tweede uitgangspunt wordt – zo lijkt het – onderschreven, althans de doelstelling dejuridisering wordt in de toelichting genoemd. Vervolgens bevat het wetsontwerp tal van regelingen die het mediatorsvak in een juridische context gieten en eisen aan de mediator stellen die niet intrinsiek horen bij het beroep van een vakbekwaam mediator. Daarnaast wordt een juridische terminologie ingevoerd die ook niet past bij dejuridisering. Hoewel volgens de toelichting mediation ziet op het oplossen van conflicten wordt in de wet en in de toelichting vervolgens steeds het woord geschil gebezigd en ook overigens wordt het vak in een juridische context geplaatst. Enkele voorbeelden:

- De mediator moet aangeven op welke *rechtsgebieden* hij zijn werkzaamheden zal verrichten
- de mediator moet beschikken over competenties op *juridisch* gebied
- de mediator moet de partijen informeren over het *juridisch* kader dat aan de orde is

Dit miskent het feitelijk gegeven dat mediators geen “rechtsgebied” hebben of kunnen aangeven. Zij behandelen conflicten die soms vele rechtsgebieden raken, soms een enkel en soms geen. Het zou werkelijk te ver voeren om van een mediator te verlangen dat hij rechtsgebieden beheerst zoals bijvoorbeeld een advocaat en een rechter behoren te doen. Dat is ook niet nodig. Het werkterrein van een mediator is niet het een of het andere “rechts”gebied. Hij of zij behandelt conflicten van diverse aard die zich op andere manier laten kwalificeren dan door rechtsgebied. Je zou de

² Zie nader over verschil tussen conflict en geschil: M.Pel, Verwijzen naar mediation, SDU 2008, blz 27 e.v. Kort samengevat: Een conflict is een proces dat begint als een individu of een groep ervaart dat een ander individu of groep iets doet of nalaat, of zal gaan doen of nalaten, dat negatieve gevolgen heeft voor de eigen belangen, opvattingen of normen en waarden. Bij een conflict spelen altijd emoties een belangrijke rol en verstoorde communicatie. In zoverre verschilt een conflict van een inhoudelijk meningsverschil dat, zolang er geen conflict is, door debat en argumentatie kan worden opgelost. Een geschil is een in een juridisch of technisch meningsverschil vertaald probleem dat aan beslissende derden wordt voorgelegd. Daar is gelijk en ongelijk krijgen op basis van regels en argumentatie de inzet en ligt de verantwoordelijkheid voor de uitkomst bij de derde (rechter, arbiter, geschillencommissie etc). Bij mediation gaat het om conflictoplossing op basis van belangen waar de verantwoordelijkheid voor de uitkomst ligt bij de deelnemers.

kwalificatie kunnen geven door bijvoorbeeld groepsmediation te onderscheiden van mediation tussen twee partijen of de mediation tussen overheidsorgaan en burger te onderscheiden van die van mediation tussen twee private partijen. Of mediation in de zakelijke sfeer versus mediation in de privé sfeer.

Het werkterrein is mediation en dat is het werkterrein van de conflictoplossing, te weten het leiden van een proces waarin de partijen zelf onderzoeken of zij dat conflict zelf kunnen oplossen op basis van belangen (en niet van het recht) en daarbij waar mogelijk tot een oplossing komen. Een conflict is een conflict en het is aan de mediator om met de partijen het conflict weer zodanig om te buigen tot een meningsverschil dat kan worden opgelost, welke oplossing vervolgens kan worden neergelegd in een vaststellingsovereenkomst.

Het voert me hier te ver diep te duiken in de wereldwijde discussie over stijlen van mediation en met name het onderscheid tussen de evaluatieve en faciliterende stijl. Alle stijlen hebben hun specifieke kenmerken en het is aan de mediationgebruikers te kiezen wel type mediator zij willen hebben. Het wetsontwerp lijkt te kiezen voor een evaluatieve stijl. Mij is onduidelijk waarop dit is gebaseerd. Uit mijn eigen mediationpraktijk weet ik dat het recht in het mediation maar een marginale rol³ speelt en dat niet de kennis van rechtsterreinen bepaalt of een mediator succesvol is maar de attitude, kennis en vaardigheden die een mediator tot een goed mediator maken. Dat hele kwaliteitsgebouw is ontwikkeld door het NMI en voldoet aan de hoogste kwalificaties die er zijn, nationaal en internationaal. Het is mij dan ook volstrekt onduidelijk waarom hiervan afgeweken gaat worden en ook waarom de overheid zich zo vergaand met de kwaliteitseisen van mediators gaat bezighouden, met het bijhouden van een register en de controle daarop. Dit lijkt mij niet te passen bij de gewenste kwaliteitsbewaking door de beroepsgroep zelf, noch bij deregulering of terugtrekkende overheid. Het is mij volstrekt onduidelijk welk doel hiermee wordt beoogd. Ik weet ook niet wat maakt dat voor dit model wordt gekozen. Ik kan me niet voorstellen dat de staat ook registers van artsen, accountants, advocaten, psychologen etc gaat bijhouden en controleren en het is me ook onduidelijk wat het vak van mediator zo bijzonder maakt dat dit noodzakelijk is. Wat mij overigens stoort in de wetsontwerpen is de terminologie: "professionele mediation", die term is kennelijk gekozen omdat in het wetsontwerp geen definitie van het begrip mediation is opgenomen. Maar het feit dat mediations verricht door Registermediations professionele mediations heten diskwalificeert vervolgens het werk van andere mediators die mogelijk wel aan de kwalificaties voldoen, maar geen zin hebben zich in te schrijven, of die mediators die geen juridische kennis hebben maar wel uiterst professioneel en deskundig hun werk doen. Kortom het lijkt mij dat in de wet mediation wel gedefinieerd moet worden en dat de term professionele mediation dient te verdwijnen.

Vervolgens is de vraag of het instellen van een door de overheid gecontroleerd register het doel bevordert waarom eea in gang wordt gezet. Blijkens de toelichting op de wet is dat omdat potentiële mediationgebruikers nu onvoldoende vertrouwen zouden hebben in de kwaliteit van de mediators die hun diensten aanbieden. De wetsontwerper baseert zich daarbij op het SEO rapport waar gebrek

³ Te weten bij het opstellen van een houdbare vaststellingsovereenkomst (hetgeen nu al in de NMI kwaliteitseisen is vervat) en bij het laten nagaan van het BAZO (best alternatief zonder overeenstemming) waar bijvoorbeeld de kansen in juridische procedures kunnen worden afgezet tegen mogelijke uitkomsten in de mediation (ook dit hoort bij de standaardopleiding van de mediator). Ook weer voor goed begrip: de mediator is hier niet degene die inhoudelijk informeert of adviseert over mogelijke uitkomsten van juridische procedures of technische kwesties maar zorgt wel dat de mediationdeelnemers zich hierover goed laten informeren door bijvoorbeeld hun juridisch adviseurs of anderen opdat zij een realistische keuze in de mediation kunnen maken.

aan transparantie van de kwaliteit een belemmering zou zijn. Deze conclusie is op geen enkele wijze onderbouwd met feiten. Deze klacht heeft mij in de afgelopen 14 jaar nooit bereikt.

De twee andere conclusies van het SEO zijn wel onderbouwd en met name ook gebaseerd op resultaten van 10 jaar onderzoek⁴ waar jarenlang is onderzocht wat de succesvoorspellende keuzemotieven zijn om voor mediation te kiezen. Daarnaast staat vast dat conflictpartijen niet gemakkelijk zelf kiezen voor een oplossingsmethode waarbij zij met elkaar om tafel moeten gaan zitten. Mediation bedient dan ook vooral een verwijzersmarkt en niet alle potentiële verwijzers willen ook naar mediation verwijzen zoals het SEO ook terecht concludeert. De andere wetsontwerpen beogen het verwijzen te bevorderen en daarop kom ik hieronder terug.

Kortom de kwaliteitsregeling via de wet op de registermediator dient m.i. niet het omschreven doel en is ook in strijd met het principe dat beroepsgroepen zelf verantwoordelijk zijn voor hun eigen kwaliteitsbewaking en miskent bovendien dat Nederland in de kwaliteitsbewaking door het NMI beschikt over een wereldwijd als uniek beschouwd kwaliteitssysteem waarin de overheid overigens ook door subsidies en door participatie in de opbouw van het kwaliteitsgebouw heeft deelgenomen. Mijns inziens bestaat er een uitstekend systeem van gekwalificeerde NMI registermediators met bijbehorend tucht en klachtrecht en zal de wet registermediator daar niets fundamenteels aan toevoegen. Wat de wet wel zou doen is een unicum creëren voor de mediator: een staatsgereguleerd beroep met eisen aan de kwaliteit die niet (uitsluitend) door de beroepsgroep worden vastgesteld.

De wetsvoorstellen mediation in het “bestuursrecht” en het “burgerlijk recht”.

De wetsvoorstellen tot bevordering van mediation “in het bestuursrecht” en “in het burgerlijk recht” zien vooral op de promotie van verwijzen naar mediation en het invoeren van enkele bepalingen die de naleving van vaststellingsovereenkomsten regelen en ook de mediationovereenkomst regelen. Ook hier geeft de benaming van de wetsvoorstellen de indruk dat mediation binnen rechtsgebieden plaatsvindt. In het algemeen kan ik met deze wetsvoorstellen goed leven.

In artikel 424 a wordt de mediationovereenkomst geregeld. Deze bepalingen zijn niet allemaal even duidelijk. Zo is niet duidelijk of lid 5 over de mediationovereenkomst gaat of een andere overeenkomst. In lid 6 is niet duidelijk omschreven dat niet zozeer de mediationovereenkomst wordt beëindigd als wel de mediation zelf. De verplichtingen t.a.v. vertrouwelijkheid bijvoorbeeld blijven ook na het einde van de mediation bestaan. Lid 7 wekt de veronderstelling dat in de mediationovereenkomst ook vaststellingen kunnen plaatsvinden.

De opsomming van de “geschillen” in artikel 22a is volstrekt overbodig. Alle civiele geschillen kunnen conflicten bevatten die zich lenen voor mediation. Dat is de afgelopen jaren afdoende gebleken. Deze opsomming is te bloemrijk en zal geen enkel effect sorteren. Een eenvoudig artikel waarin staat dat de rechter alle civiele zaken, met uitzondering van die waarin de partijen niet zelf de beschikking over hun rechten hebben, naar mediation kan verwijzen is afdoende. Overigens is dit in de praktijk ook al mogelijk en de vraag is of een dergelijk wetsartikel iets zal bijdragen aan de aantallen verwijzingen.

⁴ Vanaf 1999 heeft het WODC samen met de rechtspraak en de gefinancierde rechtshulp stelselmatig onderzocht wat de keuze voor mediation bepaalt en welke motieven succesvol zijn. Zie publicatielijst aan slot van deze Reflectie

Met lid 2 van dat artikel kan ik goed leven, ook daar vermoed ik dat dit soms tot een rondje om de kerk aanleiding zal geven.

Artikel 96a is weer een typisch geval van juridisering van mediation en miskent ook de verantwoordelijkheid van de partijen en de mediator. Het kan nuttig zijn om juridisch geschoolde mediators de mogelijkheid te geven om zelf verzoekschriften in te dienen. Het is echter niet nodig om deze mogelijkheid bij uitsluiting aan de mediator toe te delen. Ik zie niet in dat de raadslieden van de partijen (die vaak bij mediations zijn betrokken) dat niet zouden kunnen doen. Daarnaast zou deze beperking een enorme beperking aan de groep van mediators opleggen. Het is niet te vergen van niet juridisch geschoolde mediators om dit zonder risico's te kunnen doen en zelfs voor juridisch geschoolden is dit, als zij zelf geen advocaat zijn, niet het dagelijks werk. Is dit voorstel een impliciete wens om mediation tot het juridisch domein te rekenen? Dat is dan wel in uiterste tegenspraak met de wens tot dejuridisering en zou het potentieel van uiterst vakbekwame mediators beperken. Het is naar mijn persoonlijke opvatting minder passend in mediation als de mediator een besluit van de partijen om een deelgeschil aan de kantonrechter voor te leggen als mediator zelf te gaan uitvoeren. Ik kan me ook voorstellen dat er een eenvoudige weg wordt bereid waarbij partijen dat zelf kunnen doen. Dit behoort m.i. echt tot de verantwoordelijkheid van de partijen (en hun advocaten). Het indienen van een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding kan – gezien de vele mogelijke juridische complicaties – in geen geval aan een niet juridisch geschoolde mediator worden overgelaten. Juist in echtscheidingsmediations vervullen mediators uit andere dan de juridische discipline diensten van onschatbare waarde die echt niet door een puur juridisch geörienteerde mediator kunnen worden verricht. Ook hier zou ik absoluut pleiten voor de mogelijkheid dat naast de mediator het indienen van het verzoekschrift aan een advocaat kan worden overgelaten.

Tot slot

Het doel van de wetsontwerpen is het bevorderen van een adequaat gebruik van mediation in zich daartoe lenende gevallen. Dat betekent dat mediation bekend moet zijn bij alle potentiële verwijzers, dat zij moeten weten hoe te verwijzen⁵ en dat het goed zou zijn dat Nederlandse burgers als potentiële conflicthebbers in hun leven al vroeg kennis maken met mediation. Als de overheid mediation serieus neemt:

- zou in elk overheidsorgaan bij conflicten interne mediation regel moeten zijn
- zou elk overheidsorgaan alle conflicten met burgers vroeg oplossen, waar mogelijk met mediation
- is conflicthantering een verplicht onderdeel van alle lagere en hogere beroepsopleidingen en alle academische opleidingen.
- bevordert de overheid dat op alle scholen een systeem van peermediation wordt ingevoerd
- bevatten alle opleidingen tot psycholoog, accountant, arts, rechter, advocaat, manager etc een module conflicthantering en mediation en verwijzingsvaardigheden.

Kortom van de drie wetsvoorstellen vind ik het wetsvoorstel registermediator overbodig en in elk geval veel te ingrijpend en te vergaand en een miskening van de methode mediation en het beroep van mediator. Ik zou dat voorstel liever veranderd zien in een voornemen om het mediatorsberoep door de beroepsgroep te laten bewaken en daarin het NMI als bewezen kwaliteitsorgaan het

⁵ Zie "Verwijzen naar mediation" M. Pel, SDU 2008.

voortouw te geven. De andere wetsontwerpen gaan soms te ver en soms niet ver genoeg. Onderwijs is meer garantie voor goed conflictmanagement en een tijdige en verantwoorde keuze voor mediation dan wetsbepalingen waarin een vrijblijvende verwijzingsmogelijkheid naar mediation is opgenomen.

Machteld Pel, 7 juni 2013

Publicaties

Combrink-Kuiters, L, Niemeijer, E and Ter Voert, M, Ruimte voor mediation (The Hague, WODC, Boom juridische uitgevers, 2003)

Combrink-Kuiters, L, Klijn A, Pel, M en Verberk S, Op maat beslecht, Mediation naast rechtspraak 1999-2009, Research Memoranda Raad voor de rechtspraak, 2009, numer 2

Innovatieagenda rechtsbestel (The Hague, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2011)

Jagtenberg, J and De Roo, A, 'Frame for a Dutch portrait of mediation' in Jagtenberg, R, De Roo, A, Pel, M, Combrink, L, Klijn, A and Verberk, S (eds), Customized Conflict Resolution, Court-connected mediation in The Netherlands 1999-2009, The Judiciary Quarterly 2011 (The Hague, Netherlands Council for the Judiciary, 2011)), available at <www.pelmediation.nl/publications>, 7-24

Niemeijer, B and Pel, M, 'Court-Based mediation in the Netherlands: research, evaluation and future expectations' Penn State Law Review 2005, 345

Pel M, Verwijzen naar mediation, Den Haag, SDU 2008

Pel, M and Combrink, L, 'Referral to mediation by the Netherlands judiciary' in Jagtenberg, R, De Roo, A, Pel, M, Combrink, L, Klijn, A and Verberk, S (eds), Customized Conflict Resolution, Court-connected mediation in The Netherlands 1999-2009, The Judiciary Quarterly 2011 (The Hague, Netherlands Council for the Judiciary, 2011), available at <www.pelmediation.nl/publications>, 25-53

Schutte, E and Spierdijk, J Juridische aspecten van mediation (The Hague, SDU, 2011)

Vogels, RJM, De stand van Mediation in Nederland 2011 (Zoetermeer, Stratus, 2011)