

Mediation

Don't fix it if it isn't broken

Martin Brink¹

Arbitrage is ooit bedacht als alternatief voor langdurige procedures bij de overheidsrechter. Juristen hebben zich uiteindelijk van dat veld meester gemaakt en inmiddels is arbitrage vaak ook langdurig en kostbaar. Mediation was het nieuwe, vormvrije alternatief. Dat dreigt nu eveneens ten prooi te vallen aan juridisering middels de door de Minister van VenJ beoogde Wet bevordering mediation.

Inleiding

Op 13 juli 2016 is een concept gepubliceerd voor een Wet bevordering mediation met toelichting. Mediation is een proces ter voorkoming of oplossing van een geschil door partijen zelf met behulp van een onafhankelijke, neutrale derde. Het gaat om een consultatiedocument.² In grote lijnen komen de plannen neer op hetgeen minister Van der Steur voorstelde toen hij nog Kamerlid was in drie initiatiefwetsontwerpen. Het gaat om de inrichting van een wettelijk register met beëdigde mediators. Een adviesorgaan om de minister te adviseren, die zelf de baas blijft over het register en de invoering van tuchtrecht. Verder aandrang op rechters en overheidsorganen om naar beëdigde mediators te verwijzen, stuiting van verjaring tijdens een mediation³ en de mogelijkheid om tijdens een mediation aan de rechter beslissingen op onderdelen te vragen. Ten slotte – waar het de hoofdlijnen betreft – een verplichting om uit te leggen waarom niet eerst mediation is geprobeerd voordat een gang naar de rechter wordt gemaakt. Een heel pakket. Een pakket waar – gelet op de eerste reacties – niemand blij mee is.

Motief voor wetgeving?

De motieven voor wetgeving die ook nu weer worden genoemd, zouden zijn:

- het stimuleren van het gebruik van mediation;
- afnemers van mediation waarborgen bieden ten aanzien van de kwaliteit van mediators en hun dienstverlening;
- het bevorderen van zelfredzaamheid van burgers bij geschillenoplossing;
- het ontlasten van de rechtspraak.

Het ontlasten van de rechtspraak is evident het hoofddoel. Het stimuleren van zelfredzaamheid van burgers en van mediation, het middel. Het argument dat iets gerepa-

reerd zou moeten worden waar het de kwaliteit van mediation of mediators in ons land betreft, kan het wetgevingsindicatief niet rechtvaardigen.

Indertijd, als initiatiefnemer van verschillende wetsvoorstellen, verklaarde de huidige Minister van Veiligheid en Justitie in de Nota naar aanleiding van het verslag zelf:

- Mediation en mediator zijn inmiddels min of meer ingeburgerde begrippen.⁴
- Er is een hoge mate van tevredenheid bij mensen die mediation hebben toegepast.⁵ [Dat bevestigt dat er helemaal geen kwaliteitsproblemen bij mediators zijn, MB].⁶
- Het mediationveld heeft zich verenigd in een federatie, de MfN.⁷ [De MfN is de Mediators Federatie Nederland; deze verzorgt een register van mediators, opleidingseen, permanente educatie, peer review en een goed functionerend tuchtrecht, MB].
- Hij verwachtte dat een groot deel van de bestaande

Auteur

1. Mr. dr. M. Brink is advocaat bij Van Benithem & Keulen in Utrecht, mediator (MfN, IMI en CEDR Global Panel), arbiter, raadsheer plaatsvervanger en Voorzitter van de vereniging Corporate Mediation. Hij schreef dit artikel op persoonlijke titel.

Noten

2. www.internetconsultatie.nl/wetmediation. De termijn eindigde op 30 september 2016.
3. Partijen kunnen zelf een stuiting van verjaring regelen in het geval van mediation, dus daar is geen wetgeving voor nodig.
4. *Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8, p. 11.*

5. *Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8, p. 16.*

6. Dit wordt ook door de cijfers bevestigd. Er zijn weinig klachten per Jaar (75 à 80, waarvan er dertien of vijftien doorgaan naar de tuchtrechter) op een aantal van 3000 MfN mediators, die om geregistreerd te blijven samen tenminste 9000 mediations moeten doen. In de praktijk zijn dat er veel meer. Van de klachten die uiteindelijk worden toegewezen heeft het merendeel betrekking op mediations op het vlak van het personen- en familierecht.

7. De MfN verenigt de belangrijkste beroepsorganisaties van mediators in ons land.



© Ikon Images / Alamy

opleidingen en van de al bestaande opleidingsinstu-
ten aan de eisen zullen (kunnen) voldoen.⁸ [Dat beves-
tigt dat er geen kwaliteitsproblemen zijn bij de oplei-
ding van mediators, MB].

- Ook thans hebben rechtsbijstandsverzekeraars al media-
tors in dienst.⁹
- Veel ondernemers zien dat de stap naar mediation een-
voudiger is, reden waarom bedrijven al standaard
gebruik maken van mediation.¹⁰
- Hij achtte het niet ondenkbaar dat te zijner tijd het
beheer van het register zou worden uitbesteed aan de
partij(en) die nu ook al met het beheer van een derge-
lijk register zijn belast.¹¹ [Dat maakt duidelijk dat die
partijen dat beheer dus helemaal niet slecht doen, MB].
- Hij onderkent dat mediators uit welbegrepen eigenbel-
ang zullen zorgdragen voor onderling toezicht.¹²
- Algemeen, ook internationaal, wordt het (opleidings)
niveau van mediators in Nederland als hoog gezien in
vergelijking met andere landen.¹³
- De reputatie van de Nederlandse opleidingen is zelfs
van dien aard dat vanuit het buitenland vraag is naar
(al dan niet aanvullende) trainingen door Nederlandse
opleiders.¹⁴

Als de minister meer bekendheid wil voor mediation, zou-
den een of meer Postbus 51 campagnes dus meer passend
zijn dan wetgeving.

Effecten en integraal afwegingskader

In het concept van de memorie van toelichting wordt
nader ingegaan op het motief voor wetgeving. Besproken
worden de zeven hoofdvragen van het zogenaamde Inte-
graal Afwegingskader Beleid en Regelgeving. Analyse van
de genoemde argumenten wijst uit dat het nu voorgestel-
de ontwerp niet voldoet aan de eisen van het afwegings-
kader. Een mediator moet niet zoals het Consultatiedocu-
ment suggereert een adviseur zijn. Mediators beslissen
niets en respecteren de partijautonomie. Er is geen te
beschermen publiek belang aan de orde. Relevant hier is
het Nationaal actieplan geregelmenteerde beroepen. Dit
plan komt voort uit de Europese verplichting om in het
kader van de Richtlijn erkenning beroepskwalificaties¹⁵ de
eisen aan geregelmenteerde beroepen te screenen, te e-
valueren en te moderniseren. De ratio van die richtlijn is het
vereenvoudigen van regels en het aldus stimuleren van
economische activiteit, niet om meer en onnodige regels
in te voeren. In het kader van het vorenstaande heeft het
kabinet in de Werken aan groei brief¹⁶ aan de Tweede

Kamer dan ook toegezegd, de 'eisen aan gereguleerde beroepen en activiteiten in Nederland te zullen vereenvoudigen en waar mogelijk afschaffen'. De nu overwogen wetgeving is contrair aan de toezegging aan de Tweede Kamer om bij te dragen aan vereenvoudiging of afschaffing van regels. De genoemde analyselijnen zeggen dat er geen opleidingseisen moeten worden gesteld gericht op borging van belangen die zonder reglementering van overheidswege al voldoende geborgd zijn. Ter bescher-

Als de minister meer bekendheid wil voor mediation, zou een Postbus 51 campagne meer passend zijn dan wetgeving

ming van het maatschappelijk belang wordt vertrouwd op het NVM-keurmerk en zijn wettelijke regels op het terrein van de makelaardij afgeschaft. Niet valt in te zien waarom dat voor het keurmerk van de MfN-mediator niet als reden zou gelden om van wetgeving af te zien. Er is ook geen wettelijk register voor arbiters en bindend adviseurs, terwijl die bevoegdheden hebben met veel meer ingrijpende gevolgen dan makelaars of mediators.

Achterhaalde toezegging

De minister betoogt dat er in het parlement op enig ogenblik is aangedrongen op borging van de kwaliteit van mediation en mediators en dat zo'n regeling zou zijn toegezegd. Op zich zelf is dat juist. Die toezegging hing echter samen met een situatie, die inmiddels niet meer aan de orde is. Die toezegging is daarom achterhaald. De gedachte was indertijd om bij de implementatie van de Europese Mediation-richtlijn²⁷ – die alleen ziet op grensoverschrijdende mediations – door middel van een zogenaamde 'nationale kop' een wettelijk verschoningsrecht voor alle mediators in de wet op te nemen. Om dat verschoningsrecht niet aan iedereen die zich mediator zou noemen te laten toekomen, zou er een register van beëdigde mediators met kwaliteitseisen moeten komen.

8. Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8, p. 17.

9. Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8, p. 15.

10. Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8, p. 16.

11. Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8, p. 10.

12. Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8, p. 21.

13. Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8, p. 29.

14. Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8, p. 30.

15. Richtlijn 2013/55/EU van het Europees parlement en de Raad van 20 november 2013 tot wijziging van Richtlijn 2005/36/EG betreffende de erkenning van beroeps-kwalificaties.

16. Brief van 16 september 2014, Referentie 313644.

17. Europese Mediation-richtlijn van 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke

en handelszaken. .

Die nationale kop is er uiteindelijk niet gekomen. Inmiddels bestaat een wettelijk verschoningsrecht voor mediators in het geval van grensoverschrijdende mediations.²⁸ Die zaken zijn overigens in aantal schaars en spelen zich meestal af tussen partijen die van wanten weten. Er is geen behoefte aan uitbreiding naar ook nationale mediations en dus ook niet aan meer wetgeving.²⁹ De richtlijn verlangt dat niet. Het wel gebruikte argument dat partijen een mediation internationaal zouden gaan organiseren om een mediator aan een verschoningsrecht te helpen, is een irreële vorm van theoretisch complotdenken.

Eén register?

Een ander door de minister aangevoerd argument is, dat één landelijk register gewenst zou zijn om justitiabelen in staat te stellen een kwalitatief goede mediator te vinden. Het is slordig dat er in de toelichting bij het Consultatiedocument wat dat betreft nog steeds wordt geleund op onderzoek van SEO met betrekking tot de periode 2004 tot 2008. Dat is inmiddels acht belangrijke ontwikkelingsjaren van mediation geleden en dat gaat dus over een vorig leven van mediation. De bevinding zou toen zijn dat partijen niet goed zouden weten wat mediation inhield en wie een goede of een slechte mediator was. Ondernemers en hun adviseurs blijken volgens onderzoek van het Internationaal Mediation Instituut inmiddels heel goed in staat om hun weg naar mediation en een mediator te vinden, zoals de (nu) minister overigens ook zelf heeft opgemerkt.²⁰ Voor individuele partijen is dat niet veel anders. Blijkens een recente enquête onder MfN-mediators vinden in 83,3% van de zaken die deze mediators krijgen de partijen zelf de mediator.²¹ Er is geen ander recent onderzoek en het is dus helemaal niet aangetoond, dat er voor justitiabelen problemen zijn om een mediator te vinden.

Volgens de voorlopige uitkomsten van een enquête die de MfN organiseerde, zullen er naar schatting niet meer dan 600 mediators voor opnemings in het wettelijk register in aanmerking komen. Denkbaar zullen niet meer dan 400 daarvan de kosten van het register en alles wat daarbij komt willen opbrengen.²² Volgens het wetsvoorstel komen alle kosten voor het inrichten en in stand houden van het register en de belangrijkste kosten voor de tuchtrechtspraak voor hun rekening.

Verschoningsrecht

Verschoningsrecht is in de mediationpraktijk helemaal geen probleemgebied.²³ Er kan door privaatrechtelijke

18. Wet van 15 november 2012, *Stb.* 2012, 570.

19. De Raad van State zag die noodzaak ook niet. Zie Kamerstukken II 2013/14, 33723, 4, p. 14.

20. Kamerstukken II 2014/15, 33722, 8, p. 16.

21. Zie www.MfNregister.nl. Enquête mei-juni 2016, vraag 13. Zie eerder ook

M. Brink, *Mediation, Next Level*, NMI, MMv en Sdu, 2012, p. 21.

22. Brief MfN aan de Minister van Veiligheid en Justitie van 28 september 2016, te vinden op www.MfNregister.nl.

23. Dit wordt ook bevestigd door de eigen ervaring van de auteur en door H.F. Doelman in 'Zakelijke mediation, perikelen', *Ondernemingsrecht* 2016, 6. De laatstgenoemde heeft in zijn mediationpraktijk vanaf 1995 achteraf nog nooit problemen met vertrouwelijkheid meegemaakt.

afspraken – net als bij arbitrage – in geheimhouding worden voorzien. Er is sedert 2009 vrijwel geen rechtspraak op het vlak van het verschoningsrecht voor mediators omdat er geen problemen op dat vlak zijn. In 2009 vond de Hoge Raad het mediationveld nog te amorf om een beroep op verschoning van een mediator te honoreren.²⁴ Sedertdien is er acht jaar gebouwd aan kwaliteitsbeleid door de MfN en Stichting Kwaliteit Mediators met opleidingseisen, permanente opleiding, peer review en tuchtrecht.

Een verschil tussen mediators met een wettelijk verschoningsrecht in grensoverschrijdende mediations en mediators in nationale zaken, die een beroep op artikel 165 Rv moeten doen, is helemaal niet erg. Bovendien zou er verschil blijven, want volgens de (nu) minister staat de richtlijn het niet toe om kwaliteitseisen aan mediators te stellen om zo de groep aan wie in grensoverschrijdende zaken het verschoningsrecht wordt toegekend, te beperken.²⁵ Dat geeft problemen wanneer in een grensoverschrijdende kwestie aan de mediator die volgens het wetsvoorstel in een kwaliteitsregister moet worden opgenomen (om voor een verwijzing door de rechter of een overheidsorgaan in aanmerking te komen) volgens een Europese richtlijn zulke eisen niet gesteld mogen worden. Een wettelijk verschoningsrecht zou vragen om een publiekrechtelijke borging. Dat brengt gelet op het vorenstaande disproportioneel veel administratieve en financiële lasten mee voor mediators en de samenleving. Er is als gezegd ook geen behoefte aan.

Een mediator is iemand die geen beslissingen neemt en geen bevoegdheid daartoe heeft. Waarom die voor het mogen vervullen van zo'n rol een eed of een belofte zou moeten afleggen, is volstrekt onduidelijk

In het wetsontwerp wordt van de mediator geheimhouding verlangd van al hetgeen waar deze in het kader van mediation kennis neemt (artikel 19). Om in het register te worden opgenomen zou een mediator een eed of de belofte moeten afleggen. In die eed of belofte is zonder enige logica het aannemen van een verplichting genoemd tot 'geheimhouding ten aanzien van vertrouwelijke informatie waarvan men door zijn of haar werk kennis neemt' (artikel 15 lid 1) ook nog eens genoemd. Vertrouwelijke informatie is alleen die informatie waarvan met partijen is overeengekomen, dat er van vertrouwelijke informatie sprake is. Dit blijkt uit het voorgestelde artikel 7:470 BW.

Een mediator is iemand die geen beslissingen neemt en geen bevoegdheid daartoe heeft. Waarom die voor het mogen vervullen van zo'n rol een eed of een belofte zou moeten afleggen, is volstrekt onduidelijk. Dat wordt zelfs van een arbiter of bindend adviseur niet verlangd. Mediation heeft in beginsel alleen betrekking op zaken die ter vrije beschikking van partijen staan. Partijen kunnen elkaar in die gevallen een verplichting tot geheimhouding opleggen, desnoods voorzien van een sanctie zoals een geldboete. Zij kunnen ook op grond van artikel 153 overeenkomen af te zien van het wettelijk bewijsrecht. Tenslotte geldt, dat dankzij een sedert 2009²⁶ jarenlang adequaat organisatie- en kwaliteitsbeleid van de MfN en de Stichting Kwaliteit Mediators een MfN-gecertificeerde mediator bij de rechter heel denkbaar wel met succes een beroep op geheimhouding zal kunnen doen.

Juridisering

Mediation heeft veel meer te bieden dan 'in de schaduw van het recht'. Het is een instrument dat in staat is om in positieve zin tradities te transformeren, ideologieën te helpen vormen, paradigma's en praktijken te veranderen en de harten van mensen te raken op velerlei gebied.

Mediation zal als de inhoud van het Consultatiedocument tot wet wordt verheven, sterk worden gejuridiseerd. Mediation wordt op een juridische wijze ingekleurd.

Dat is geen succesformule gebleken in landen waar *court annexed* mediation is ingevoerd als een (quasi)verplichting, zoals in Italië, waar inmiddels de advocatuur wegen aan het bewandelen is om mediation te vermijden (voorstellen om een onderling akkoord tussen advocaten van executoriale kracht te voorzien). Er dreigt bovendien een statusregister in het leven te worden geroepen. De *court annexed* beëdigde mediators krijgen een bijzondere status, welke de suggestie wekt dat in het overheidsregister niet opgenomen mediators van mindere statuus zouden zijn.²⁷

Een sterke juridisering blijkt ook uit de volgende passages in het concept van de memorie van toelichting: De mediator 'moet in staat zijn om het voor partijen geldende juridisch kader te omschrijven...' en 'Wanneer een beëdigd mediator een of meer aandachtsgebieden [...] heeft doen opnemen in het register, zal hij op die gebieden deze taak [deskundige advisering omtrent de consequenties van een in mediation te sluiten overeenkomst, lees: vooral de juridische consequenties, MB] zelf op zich nemen en dit dan ook specifiek moeten afspreken met zijn cliënten en tot uitdrukking moeten laten komen in de mediationovereenkomst'.²⁸ Ook 'Partijen moeten door hem voldoende in de gelegenheid gesteld worden een inschatting te maken van de kansen en risico's van de door hen te maken keuzes'.²⁹ In mediation-termen komt dit neer op regelrechte evaluatieve mediation. Het is niet juist, waar de opstellers van het Consultatiedocument beweren, dat zij zich niet inhoudelijk met mediation bezighouden. Dat gebeurt wel en indringend. Als 'extra waarborg' moet de mediator ook nog eens de vaststellingsovereenkomst mee ondertekenen en daar dus als partij tot toetreden. De mediator is geen partij bij de uitkomst van de mediation. De partijautonomie wordt uitgedrukt in een afspraak tussen partijen. Die eis om als partij toe te treden tot het eindresultaat is principieel onjuist.

Ongelukkige keuzen

Het consultatiedocument bevat een aantal andere opvallende dingen.

Niet acceptabel is dat een mediationovereenkomst straks alleen nog door een beëdigd mediator zou kunnen worden aangegaan. Volgens het voorgestelde artikel 3:469 BW kan een mediationovereenkomst alleen door een beëdigd mediator worden afgesloten. Op deze manier kan een niet-beëdigd mediator geen mediationovereenkomst aangaan.

De eerder genoemde instructies aan de mediator om te adviseren, slaan de plank mis. Een mediation behoeft in de eerste plaats helemaal niet tot een oplossing te leiden (die verkeerde gedachte komt voort uit litigieus denken, hetgeen niet past bij mediation). Voorzover er wordt gemeend dat er (rechts)gebieden zijn, waarop een mediator wel zou moeten adviseren, zou voor dat (rechts)gebied een bijzondere regeling kunnen worden overwogen. Zo is op het terrein van het personen- en familierecht de titel 'scheidingsbemiddelaar' denkbaar (zelfs 'beëdigd scheidingsbemiddelaar'), maar is er geen sprake van mediation wanneer de mediator een inhoudelijke adviesrol op zich neemt.

Een onderwerp dat de aandacht vraagt, is de definitie van 'beroepsorganisatie'. De Minister van Veiligheid en Justitie zal verantwoordelijk zijn voor het inrichten van het register van beëdigd mediators en voor het toezicht op de ingeschreven mediators. Er komt een commissie om hem te adviseren (en niet meer dan dat). Ook een Raad voor de tuchtrechtspraak. Voor een minderheid van leden van die commissie en Raad mogen de beroepsorganisaties 'een gezamenlijke voordracht' doen. Een 'beroepsorganisatie' is een representatieve rechtspersoon die blijkens haar statuten ten doel heeft de belangen van mediators te behartigen en de toepassing van mediation te bevorderen. Dat zijn er heel wat. Die zijn niet allemaal georganiseerd in één verband. Bovendien zet dit bij een voordracht voor leden van die commissie en die Raad een belangrijke spelersgroep op het terrein van geschillen oplossing – de Nederlandse Orde van Advocaten – buiten spel. Dat lijkt erg onverstandig, wil het gezochte draagvlak voor mediation enige substantie krijgen.

Veel wordt overgelaten aan een nog te formuleren AMvB. Dat geeft onduidelijkheid en onzekerheid over belangrijke onderwerpen zoals de inhoud van kwantitatieve en kwalitatieve eisen (uren, aantallen, vakinhoudelijke eisen e.d.).

In artikel 1019ee en 1019ff Rv wordt opnieuw voorgesteld wat door D66 indertijd werd genoemd, 'een automatiek, waaruit men een antwoord van de rechter uit de muur zou kunnen trekken.' Het gaat er om dat de rechter tijdens een mediation gevraagd zou moeten kunnen worden om rechtsvragen te beantwoorden. Het formuleren daarvan vergt meer juridische kennis dan in een cursus

'legal mediator' aan de orde zal komen. Stel dan liever de eis van een voltooide academische juridische opleiding. De Raad van State heeft indertijd als bijkomend nadeel ook genoemd dat in de praktijk de mediator diens inbreng sterk juridisch zal inkleuren.

**Er moet zorg voor worden
gedragen dat de partijen de
gevolgen overzien van hetgeen
zij willen overeenkomen, maar
verder heeft een mediator
niets te willen**

Een mediator moet straks zorgen voor de 'voor de mediation noodzakelijke psychologische, communicatieve en juridische kennis en kunde' (artikel 3 jo. 21). Wat psychologische, communicatieve en juridische kunde is, verklaart de memorie van toelichting door te spreken over 'vaardigheden'. Welke kennis en vaardigheden 'voor de mediation noodzakelijk zijn', weet men soms pas achteraf. Die toevoeging is niet nodig of men zou niet moeten spreken over 'de' mediation, maar over de voor 'een' mediation noodzakelijke kennis en kunde. Dan nog blijft het een bijzondere norm. Per saldo heeft een mediator alleen mediationvaardigheden nodig. Die vragen om communicatieve en psychologische inzichten. Het zijn verder partijen die uitmaken of zij eisen willen stellen aan andere kennis en kunde. De praktijk leert dat partijen vaak ook voor materiedeskundigheid opteren. Het is nu juist dat criterium dat de wetgever helemaal niet toetst. De mediator mag volgens artikel 4 lid 2 aanhef en onder g en h helemaal zelf zeggen op welk aandachtsgebied deze voornemens is zijn of haar werkzaamheden te verrichten en over welke specifieke deskundigheden en bekwaamheden hij of zij in het register vermeld wil zien. Diploma's of andere waarborgen voor een zekere materiedeskundigheid worden niet verlangd.

In artikel 9 bemoeit het Consultatiedocument zich met de inhoudelijke kant van een mediation. In artikel 2 lid 2 wordt van de mediator verlangd, dat deze er voor zorgt dat er geen misbruik van onkunde of van een feitelijk overwicht wordt gemaakt. Volgens lid 3 van dat zelfde artikel moet de mediator er zorg voor te dragen dat de belangen van eenieder op 'evenwichtige' wijze hun weerslag vinden in een eindresultaat. Waarom is die toevoeging nodig

24. Zie HR 10 april 2009, NJ 2010/471. De mediator die het betrof was voor zo ver ik weet geen MfN lid (toen het Nederlands Mediation Instituut). De Hoge Raad wilde geen verschoningsrecht voor mediators in het algemeen.

25. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32555, 3, p. 7.

26. Het jaar van de uitspraak van de Hoge Raad waarin een beroep op een algemeen verschoningsrecht voor mediators rijp en groen, niet werd aanvaard.

27. In Duitsland stelt men zich een betere benadering voor: In de ontwerp-Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren worden overheidswege kwaliteits-eisen voorgeschreven, waaraan alle mediators moeten voldoen die

gecertificeerd willen zijn.

28. P. 51 concept-MvT.

29. P. 40 concept-MvT.

als er al gewaakt moet worden tegen onkunde en misbruik van een feitelijk overwicht? Dan gaat het toch nog alleen om 'belangen' van partijen? Die kunnen er zelfs voor kiezen de belangen van een van hen of van hen beiden, onevenwichtig te bedienen. Zolang partijen weten wat er gebeurt en ergens voor kiezen zonder dat er sprake is van onkunde of misbruik van feitelijke macht, is het niet aan de mediator om uit te maken wat evenwichtig of onevenwichtig is. Er moet zorg voor worden gedragen dat de partijen de gevolgen overzien van hetgeen zij willen overeenkomen, maar verder heeft een mediator niets te willen.

Een terreinverkenning

Het bedrijfsleven heeft behoefte aan manieren om geschillen snel en goedkoop op te lossen. Zo is ooit arbitrage bedacht als alternatief voor langdurige procedures bij de overheidsrechter. Juristen hebben zich uiteindelijk van dat veld meester gemaakt en inmiddels is arbitrage vaak ook langdurig en kostbaar. Mediation was het nieuwe, vormvrije alternatief. Dat dreigt nu eveneens ten prooi te vallen aan juridisering. De minister wil bovendien een *one size fits all* regeling.

De vraag naar een wettelijke regeling komt niet voort uit het bedrijfsleven maar vanuit het personen- en familierecht. Dat klinkt duidelijk door. Bijvoorbeeld tussentijds aan de rechter willen vragen wie (voorlopig) in het huis mag blijven wonen of waar de kinderen verblijven. Ook in het arbeidsrecht is mediation inmiddels een algemeen aanvaard begrip. Het zijn vooral die zaken die naast strafrecht en administratief recht het gerechtelijk apparaat bezet houden. Op die terreinen vindt steeds vaker mediation plaats. De hier genoemde ontwikkelingen hebben zich zonder wetgeving voorgedaan.

In het Landelijk Rolreglement voor rechtbanken en gerechtshoven komt al de bepaling voor dat bij het ahangig maken van een procedure moet worden vermeld of mediation is geprobeerd.³⁰ Een verklaring waarom niet,

hoeft niet te worden gegeven. Dit zou ook leiden tot nietszeggende verklaringen of het ingaan op inhoudelijke overwegingen. Die laatst bedoelde overwegingen gaan de rechter niet aan. Het alternatief is de aanvang van een als verplicht beleefde verwikkeling van partijen met elkaar, die in hun ogen zal worden ervaren als vergelijkbaar met een procedure bij de rechter. Dit introduceert 'vechtgedrag'³¹ en activeert advocaten om posities te betrekken met het oog op een eventuele mislukking en verschijning voor de rechter.³² Bij minder vrijwillige deelname van partijen aan mediation blijken achteraf vaker geschillen te ontstaan over de nakoming van een vaststellingsovereenkomst dan in geval van volledig vrijwillige deelname.³³ De Raad van State heeft naar aanleiding van de eerdere wetsvoorstellen dan ook opgemerkt te verwachten dat die het tegenovergestelde effect zouden hebben van wat er mee beoogd werd.³⁴

Conclusie

Zoals uit het voorgaande blijkt, is er geen noodzaak om tot wetgeving op het vlak van mediation over te gaan. De (huidige) minister geeft zelf toe dat er met de kwaliteit van mediation in ons land niets mis is. Het initiatief is in strijd met toezeggingen aan het parlement om te dereguleren. De ontwikkeling van mediation wordt door het initiatief niet gediend. Er zal van een sterke juridisering van het instrument sprake zijn. Er dreigt een *one size fits all* regeling, terwijl de aandacht – wanneer er toch over wetgeving wordt nagedacht – zich beter zou kunnen richten op een beperkt aantal rechtsgebieden en verder beperkt zou moeten blijven tot zaken tot bijvoorbeeld de competentiegrens van de Sector Kanton. In de tekst van het Consultatiedocument wordt een geheel eigen, onjuiste invulling aan mediation gegeven. Dat is geen goede zaak voor (de ontwikkeling van) mediation in den brede, terwijl de samenleving daar meer bij gebaat is dan bij de niche van wat nu al *legal mediation* heet. ●

30. Art. 3.1.

31. 'Considering that court-connected mediation now often bears an uncanny resemblance to the judicially-hosted settlement conference.' en 'Lawyers behave as if mediation were litigation, thereby converting the mediation into an adversarial set-

tlement conference'. Zie N.A. Welsh, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do With It?*, 79 WASH. U. L.Q. 787, 796, 2001. Dit laat zich ook verstaan omdat mediation aan de orde komt in de context van een conflict dat partijen zelf langs de gebruikelijke weg

van onderhandeling en onderling overleg niet hebben kunnen oplossen.

32. Zullen meervoudige toevoegingen mogelijk worden, zowel voor mediation als daar opvolgend een procedure bij de rechter? Een en ander kan gemakkelijk tot hogere kosten voor de rechtzoekende

leiden.

33. J. Nolan-Haley, *Mediation: The New Arbitration*, Harvard Negotiation Law Review, Fordham Law Legal Studies Research Paper no. 1713928.

34. *Kamerstukken II* 2013/14, 33723, 4, p. 2.