

Commentaar op het initiatiefwetsvoorstel 'Mediation'

De bedoeling van het initiatief wetsvoorstel - bevordering van mediation - oogt sympathiek. Desondanks ben ik geen voorstander van het wetsvoorstel. Hieronder zet ik - op persoonlijke titel - een aantal van mijn belangrijkste bezwaren tegen het initiatiefwetsvoorstel uiteen.

Wetgeving als ultimum remedium

Wetgeven is sturen in de mist, alle wetgeving is een experiment. Om het goede instrumentarium te kiezen moet de wetgever weten wat het doel is (dat is vaak al niet scherp, ook in dit geval niet), welke factoren dat doel naderbij zullen brengen en welke de neveneffecten van die instrumenten zijn (Veerman).

Om het zicht in de mist te verruimen biedt het Integraal Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK) (www.naarhetiak.nl) een toetsingskader voor de beoordeling van de kwaliteit van (voorgenomen) wetgeving. Het initiatiefwetsvoorstel doorstaat die kwaliteitstoets niet omdat antwoorden op de in het toetsingskader opgenomen vragen ontbreken.

Onvoldoende onderbouwing

De Memorie van Toelichting geeft soms een aanzet tot onderbouwing van één van de tussen de regels door te lezen doelen, maar de analyse van het probleem als van de geraadpleegde bronnen schiet tekort. Zo bevat paragraaf 3 van de Memorie van Toelichting een te rooskleurige schets van schets van het potentiële bereik van mediation. Voor zover de onderbouwing is gestoeld op de in noot 9 aangehaalde publicatie van het SEO is dat begrijpelijk, want die publicatie is een (voor)presentatie van het door het SEO in mei 2012 gepubliceerde discussion paper (Baarsma). Daardoor ontbeert de Memorie van Toelichting de in het discussion paper opgenomen waarschuwingen en nuances met als gevolg dat de Memorie van Toelichting zich heeft gebaseerd op een publicatie die wetgeving ter bevordering van mediation afraadt.

Daarnaast is het de vraag of een analyse van het probleem en/of van een mogelijke oplossing gebaseerd mag zijn op een discussion paper. Indien uitgebreider onderzoek naar (de markt van) mediation beschikbaar is moet daarvan gebruik worden gemaakt.

Structurele problemen

Als al mag worden aangenomen - en dat staat m.i. nog niet vast - dat (alleen) het SEO behoorlijke input voor een behoorlijke analyse heeft geleverd mag het initiatiefwetsvoorstel de laatste publicatie van het SEO uit juni 2012 (Mediation 2.0) niet negeren. Daarin tonen Baarsma en Barendrecht zich pessimistisch over de ontwikkeling van mediation als stand alone product. Mediation zou nog iets bekender kunnen worden en mogelijk is het voor partijen niet zo eenvoudig om de kwaliteit van mediationdiensten te

beoordelen. De voornaamste redenen voor het lage gebruik van mediation lijken volgens hen echter structureel te zijn:

'Mediation vereist overeenstemming tussen twee partijen over ten minste de route naar een oplossing. Dat is bijna nooit haalbaar in de moeilijkste conflicten. Mediation wordt niet gebruikt als één van de partijen weinig strategisch belang heeft om het probleem snel samen op te lossen of psychologisch moeite heeft om samen met de andere partij een keuze te maken. In een geschil dat in belangrijke mate distributief is (belangrijkste vraag is hoeveel geld of andere zaken iedere partij toegewezen moet krijgen) is mediation geen goed product, tenzij de rechter er kort achter zit.'

Ten aanzien van de veronderstelde effectiviteit van mediation bestaat geen helderheid. Het is noodzakelijk vast te stellen dat mediation inderdaad effectiever (geschillen beter worden beslecht) en goedkoper is. Uit onderzoek van Gerritsen et al. (2009) bleek dat mediation alleen lagere gerechtskosten met zich meebrengt dan de traditionele rechtsgang als er volledige overeenstemming wordt bereikt. Zij vergeleken soortgelijke zaken met en zonder mediation. Indien volledige overeenstemming werd bereikt, leidde mediation tot een kostenverlaging van 44%, 48% respectievelijk 85% bij civiele, bestuurs- en belastingzaken. Bij gedeeltelijke overeenstemming was dat niet langer het geval voor civiele zaken (mediation was 8% duurder) en als geen overeenstemming werd bereikt leidde mediation tot een kostenstijging bij civiele en belastingzaken (20% respectievelijk 3% duurder).

Dat is een vervelende maar niet te negeren boodschap aan de wetgever, want deze kritiek plaatst grote vraagtekens bij het in de Memorie van Toelichting geformuleerde uitgangspunt:

'Uitgangspunt van de diverse in onze wetgeving opgenomen oplossingsmethodes voor geschillen zou moeten zijn dat bij voorkeur die methode wordt gekozen die het meest effectief en efficiënt is, die zo min mogelijk kosten meebrengt en waarbij zoveel mogelijk verantwoordelijkheid wordt gelaten bij de partijen zelf.'

Zo weinig mogelijk kosten? Wie heeft het initiatiefwetsvoorstel hier op het oog? De justitiabele? Een dergelijk staaltje van economisch georiënteerd rationalisme leggen doorgaans weinig conflictpartijen aan de dag, want daarvoor zijn vaak de aanwezige emoties te krachtig, het (wederzijdse?) vijandsbeeld te groot of de machtsbalans te onevenwichtig. De keuze voor mediation is soms gewoon te zwaar. Conflicten verlopen in patronen die het partijen onmogelijk maken hun gedachten vorm te geven conform het in het citaat opgenomen uitgangspunt. En soms ontbreekt het aan de wil om zich aan mediation te onderwerpen. Aan dergelijke (ogenschijnlijke) tegenstrijdigheden die eigen zijn aan het menselijk bestaan gaat wetgeving niets veranderen.

Het wetsvoorstel garandeert geen kwaliteit

Voor de klant gaat het niet om de kwaliteit van de mediator, maar om de kwaliteit van het proces van de geschiloplossing (de mediation). Opleidingseisen, kwalificaties en bijbehorend tuchtrecht zijn nooit meer dan een indirecte manier om goede kwaliteit van de dienstverlening zelf te waarborgen. Een slecht gekwalificeerde dienstverlener kan goed

werk leveren en ook andersom. Wettelijke eisen en titelbescherming betekenen niet dat er geen slechte dienstverleners kunnen bestaan. In plaats van te reguleren wie de diensten verleent, is het effectiever en efficiënter om te reguleren waar die dienstverlening aan moet voldoen (Baarsma en Barendrecht). Bovendien stelt Baarsma dat het weliswaar logisch is dat de overheid aan mediators alleen dan verschoningsrecht wil geven als er duidelijke en voldoende kwaliteitseisen worden opgesteld en nageleefd, maar daarmee is volgens haar niet gezegd dat die eisen door de overheid gesteld dienen te worden:

'Beter is dat de sector zelf kwaliteitsregels stelt. De sector weet beter dan de overheid welke uitwassen aan regels gebonden moeten worden. Bovendien is het nog wat vroeg voor overheidsingrijpen. De sector is nog maar net bezig om kwaliteitseisen te stellen en individuele mediators zijn naar mijn gevoel pas recent begonnen op wat grotere schaal ondernemerschap te ontwikkelen. Het is beter dit privaat initiatief de ruimte te geven in plaats van het te verdringen met overheidsregels. De sector zou eerst moeten proberen zelf hun markt te maken in plaats van de overheid te vragen dat voor hen te doen.'

Principiëler van karakter vind ik de tegenstrijdigheid om met regelgeving een instrument te bevorderen - of liever - te forceren terwijl de kracht van zo'n middel er in schuilt 'zoveel mogelijk verantwoordelijkheid bij partijen zelf te laten'. Anders gezegd: het is onjuist om een middel met wetgeving te pushen als partijen er om de een of andere reden niet klaar voor zijn om zelf verantwoordelijkheid voor de oplossing van hun conflict ter hand te nemen of een andere invulling aan die verantwoordelijkheid willen geven. Mediation kan overigens aan de omschrijving van beoogde uitgangspunt tegemoet komen, maar dat hoeft niet het geval te zijn. De Memorie van Toelichting geeft in dat opzicht onvoldoende blijk van inzicht in de verscheidenheid van het verschijnsel mediation.

Ronduit betuttelend - en daarom in strijd met wat mediation beoogt te zijn - is de volgende passage:

'Voorkomen moet worden dat de partijen bij een geschil in een oplossingsmethode terechtkomen waarvoor zij niet op basis van de juiste argumenten hebben gekozen of die zij na verloop van tijd niet meer willen toepassen.'

Verschoningsrecht

De Raad van State schreef in zijn advies van 14 september 2010 naar aanleiding van Wetsvoorstel 32 555 tot Aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken over de toekenning van verschoningsrecht aan mediators het volgende:

'Het thans demissionaire kabinet heeft eerder laten blijken juist terughoudend te zijn met het toekennen van verschoningsrecht aan mediators (Kamerstukken II 2006/07, 29 528, nr. 5, blz. 8-9, en kamerstukken II, 2003/04, 29528, nr. 1, blz. 14). Daarvoor werd een aantal redenen gegeven. Allereerst de principiële reden dat het verschoningsrecht een uitzondering is op de getuigplicht en slechts aan een beperkte groep beroepsbeoefenaren

wordt toegekend die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding. (...)

Voorts is het argument naar voren gebracht dat in zijn algemeenheid ervoor moet worden gewaakt dat het instrument van mediation en het beroep van mediator aan zware regulering ten prooi vallen. Regeling van de wettelijke geheimhoudingsplicht voor mediators draagt het risico in zich als katalysator voor verdere regulering rondom mediation te gaan werken, aldus de Minister van Justitie. Bovendien is volgens de minister niet gebleken dat de praktijk van mediation daadwerkelijk belemmerd wordt door het ontbreken vaneen wettelijk verschoningsrecht. '.

Het initiatiefwetsvoorstel levert ten onrechte geen overtuigende argumenten voor het streven om aan mediators verschoningsrecht toe te kennen. De wetgever dient de positie van mediation en van de mediator in het rechtsbestel grondig te overdenken. Daarbij zal hij zich rekenschap moeten geven van fundamentele verschillen tussen advocaten en mediators. Professor mr Tom Barkhuysen heeft op 8 november 2012 aan de Nederlandse Orde van Advocaten zijn advies uitgebracht naar aanleiding van de Tweede Nota van wijziging bij de Wet tot aanpassing van de Advocatenwet, de Wet op de rechtsbijstand en de Wet tarieven in burgerlijke zaken in verband met de positie van de advocatuur in de rechtsorde (Tweede Kamer, vergaderjaar 201-2012, 32 382, nr. 10 (Tweede Nota van wijziging)). Wie dat advies leest weet dat het verschil in de positie van advocaten en mediators zo groot is dat aan mediators niet zonder meer een verschoningsrecht kan worden toegekend. De koppeling aan kwaliteitseisen en de (veronder)stelling van rechtsongelijkheid met grensoverschrijdende geschillen¹ is in ieder geval onvoldoende. Mediation is en blijft een andere afdoening van geschillen dan het bestaande mogelijkheden via gerechtelijke procedures.

Het wetsvoorstel staat ten onrechte niet stil bij de reikwijdte van het toe te kennen verschoningsrecht, terwijl daarvoor alle aanleiding is gezien de onduidelijkheid van het begrip 'informatie' in artikel 20 Wetsvoorstel. Voorts geeft het Wetsvoorstel geen blijk van rekenschap van de maatschappelijke trend het verschoningsrecht van klassieke geheimhouders (notarissen en advocaten) in te perken.

Conclusie

Mediation kan een prachtig methode voor conflictoplossing bieden, maar behoeft geen wetgeving. Wetgeving kan zelfs verstorend werken en zal niet beoogde neveneffecten creëren. De vorm van regulering waar het initiatiefwetsvoorstel voor kiest garandeert geen kwaliteit. Het wetsvoorstel oogt sympathiek maar mist afdoende onderbouwing op fundamentele onderdelen waaronder de vraag of aan mediators verschoningsrecht moet worden toegekend.

mr. Igor Janssen, advocaat en mediator bij Dijkstra Voermans Advocatuur & Notariaat.

Utrecht, donderdag 16 mei 2013

¹ Het wetsvoorstel creëert bovendien zijn eigen ongelijkheid omdat Nederlandse mediators aan wettelijke kwaliteitseisen zullen moeten voldoen terwijl dat voor mediators in landen van de EU niet zo hoeft te zijn.

Literatuur:

prof. G.J. Veerman: Lezing congres 'Mythen in beleid en toezicht', 11 november 2010

prof dr. B.E. Baarsma: 'Blijft mediation de eeuwige belofte of wordt het een volwassen markt?', SEO mei 2012 (discussion paper 68)

prof. dr. B.E. Baarsma en prof. M. Barendrecht: 'Mediation 2.0', SEO juni 2012

Gerritsen, M., K. Janssen, J. Poort en J. Weda (2009), Mediation via rechtspraak; Kosten en doorlooptijden, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2010 – 2011, 32 55, nr. 4

Prof. Mr. T. Barkhuysen: Advies wetsvoorstel 'herziening toezicht advocatuur'