

Reactie op het Voorstel van wet van Tweede Kamerlid Van der Steur over mediation; de Wet registermediator en de Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht.

Vooraf wil ik graag vaststellen dat het duidelijk is dat een aantal zaken rondom mediation alleen via wetgeving geregeld kan worden. Dat gezegd zijnde: mediation is niet zomaar ineens uit het niets is komen opdagen; er is in de laatste decennia heel wat opgebouwd. Naar mijn mening gaat het wetsvoorstel daar voor een groot deel aan voorbij en is er te weinig oog voor de kwaliteitsslag die gemaakt is en die in de praktijk uitgevoerd wordt. Slechts één voorbeeld is de toelichting op art. 8 Wet RegM, waarin wat betreft het verrichten van peer reviews of audits wordt gesteld: “Hiermee bestaan al goede ervaringen binnen bijvoorbeeld het notariaat” (met verwijzing naar een artikel uit de Wet op het notarisambt). Zijn de indieners niet op de hoogte van de ontwikkeling en werking van het peer review dat alle bij het Nederlands Mediation Instituut (NMI) ingeschreven Registermediators ondergaan? Mediation heeft dan wel niet zo'n lange beroepshistorie als bijvoorbeeld het notariaat of de psychologie maar is de laatste jaren steeds verder een eigen beroepsvorm aan het ontwikkelen, inclusief beroepsverenigingen, een onafhankelijke kwaliteitskoepel voor mediation in Nederland en kwaliteitseisen aan de beroepsuitoefenaars. De NMI standaard en NMI titel hebben een belangrijke positie in de markt verworven. Ik verwijs bijvoorbeeld ook naar de website van het NMI, het onderwerp “een jaar peer review”.

Punt 1 - De definitie van mediation

De definitie van wat “mediation” nu precies is, ontbreekt in het wetsvoorstel. Dat is een groot probleem, omdat bij het verder invullen van hoe 'mediation' vormgegeven wordt, het dus eigenlijk ter vrije invulling is hoe de wetgever c.q. lezer dat wil zien.

In art 424a van boek 7 BW wordt wel “de mediationovereenkomst” gedefinieerd; in art. 1 van de Wet RegM wordt ook “de registermediator” gedefinieerd. Maar wat het onderwerp waarop die overeenkomst betrekking heeft of waarmee die professional zich bezighoudt inhoudt, wordt dus niet gedefinieerd. In de MvT staat weliswaar een gedeeltelijke (en ook niet geheel juiste) definitie, maar de definitie hoort thuis in de aanhef van de wet. Nu blijft het toepassingsbegrip vaag en multi-interpretabel. Neem een willekeurige bepaling uit het wetsvoorstel waar het woord mediation in voorkomt, en je kunt je afvragen: wat betekent mediation in dit artikel precies? Dat is onwenselijk.

In de MvT wordt de verwarring al gecreëerd; daar staat dat allerlei in de praktijk voorkomende vormen van mediation niet onder het bereik van de wet vallen; dus wat regelt deze wet dan wel? (en wat niet?). Ook staat in de MvT: “Het begrip [mediation] kent in de

praktijk een zeer ruime interpretatie en is onvoldoende omlijnd om als zodanig te kunnen specificeren.” Precies daarom is definiëring onontbeerlijk.

Punt 2 – Juridisering

Het is duidelijk dat een aantal zaken rondom mediation alleen via wetgeving geregeld kan worden. De MvT legt dat helder uit daar waar de Europese ontwikkelingen worden geschetst. Het beroep van mediator, “voor zover gericht op professionele mediations waarbij sprake is van stuiting van verjaringstermijnen en een beroep op een verschoningsrecht” verlangt wettelijke regulering.

De MvT stelt verder mooi en geheel juist dat “mediation bijdraagt aan dejuridisering (..) waarbij partijen (...) in de eerste plaats zelf verantwoordelijkheid dragen voor het behaalde resultaat.”

Door het gehele wetsvoorstel wordt echter verder qua inhoud, omvang, complexiteit en formuleringen zodanige invulling gegeven aan waar mediation en de (register)mediator allemaal dienen te voldoen, dat dit mediation de facto tot een verlengstuk van het juridisch apparaat maakt. Dat breekt volledig het unieke, vrijwillige, laagdrempelige, neutrale karakter van mediation zoals het bedoeld is en zoals het nu in Nederland wordt uitgeoefend. In het juridische paradigma verharden de standpunten zich, mediation gaat uit van win-win voor beide/alle partijen, met focus op de belangen van partijen en op de toekomst. Om mij heen heb ik daarom omtrent het wetsvoorstel al de uitdrukking “het kind met het badwater weggooien” horen bezigen.

Een van de vele voorbeelden is art. 4 sub h. Wet RegM, dat spreekt van ‘het rechtsgebied of de rechtsgebieden’ waarop de aanvrager zijn werkzaamheden zal verrichten; vaak zal er helemaal geen specifiek rechtsgebied zijn aan te wijzen, want zitten de geschillen puur in de relationele sfeer. Zo zijn er legio voorbeelden aan te wijzen, doorvlochten door de tekst van de wet. Niet in de laatste plaats in de eisen aan de mediator. Die noem ik apart in punt 3.

Punt 3 – Eisen aan de mediator

Volgens de tekst in de MvT “...is niet alleen de juridische realiteit van belang, maar spelen ook relationele dimensies een rol die in een traditionele gerechtelijke procedure niet of nauwelijks kunnen worden geadresseerd” Daarom is het des te meer verwonderlijk dat in het wetsvoorstel (in artikel 3 Wet RegM en artikel 5 van het voorstel Besluit RegM) wél zeer specifieke eisen op het gebied van juridische kennis worden gesteld, maar géén specifieke eisen aan de mediator op het gebied van psychologische kennis en communicatie. Zonder beheersing van die gebieden kan een mediation in de meeste gevallen – ik durf wel te stellen: in bijna alle gevallen – immers niet slagen. Het gevaar dreigt zelfs van vergaande

juridisering, terwijl de kracht van mediation nou juist – zie punt 2 – in de dejuridisering zit.

Hoe verhoudt zich dit?

Kort gezegd: in de voorstellen wordt ervoor gezorgd dat elke niet-jurist ook veel juridische kennis krijgt; maar niet is erin voorzien dat elke jurist-mediator ook voldoende psychologische kennis en beheersing van communicatie krijgt. Daarbij is het volgen van een basiscursus mediation niet voldoende, net zomin als dat volgens het wetsvoorstel voor het juridische deel voldoende wordt geacht. Een beter alternatief zou echter zijn in de basis- en/of specialisatieopleidingen te zorgen voor voldoende en volwaardige modules op de gebieden communicatie, psychologische kennis en juridische kennis.

Punt 4 – Artikel 21 lid 2 Wet RegM: Partijautonomie, juridische toetsing door de mediator

Het is zeer onverstandig als iedere mediator in Nederland zelf alle juridische handelingen die hij/zij in het mediationproces tegenkomt, zou uitvoeren. Daar zijn – voor zover nodig, en dat is lang niet bij elke mediation het geval - (juridische) specialisten voor. Mediation is zoveel meer dan een juridisch kunstje. Sterker nog, het is juist geen juridisch kunstje. De MvT zegt het goed: “Mediation kan geschillen bij de rechtspraak weghouden, die daar eigenlijk naar hun aard of oorzaak niet thuishoren, omdat voor de succesvolle oplossing niet een zwaar gekwalificeerde jurist nodig is, maar iemand met een andere expertise; een mediator.” Helaas wordt in specifieke uitwerking in onder meer dit artikel vervolgens een hele andere kant opgegaan.

Meer specifiek over art. 21 lid 2 RegM:

- Wat bedoelt de wet met het informeren van partijen over “het juridisch kader dat aan de orde is”? Welk kader is dat? Tot hoever strekt dit zich?
- Het kan niet de taak van de mediator zijn om te toetsen of de belangen van partijen op evenwichtige wijze hun weerslag hebben gevonden in de door hun gesloten overeenkomst. Staande praktijk via de regels van het NMI is, dat de mediator partijen adviseert zich over de conceptovereenkomst te laten informeren door (juridische) deskundigen. Dat hoort de mediator uitdrukkelijk niet zelf te doen, om niet een oordeel over de oplossing te geven. Dit en de neutrale rol van de mediator zijn onverenigbare rollen.
- Ook dient de registermediator volgens het voorstel te toetsen of partijen de rechtsgevolgen van hetgeen zij zijn overeengekomen overzien. Probleem: zie vorige alinea.
- De mediator waakt ervoor dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde? Ook dit door in voorkomende gevallen te adviseren juridisch advies in te winnen.

Punt 5 – Kwaliteit vs kwantiteit

Voor alle mediators die ik sprak komt de eis van 12 mediations per jaar als een volslagen verrassing. Het NMI is de weg ingeslagen van peer reviews, intervisie, permanente educatie,

dat alles gekoppeld aan de eis van 9 mediations per 3 jaar. Er dient uitgelegd te worden waarom die systematiek niet zou voldoen en hoe de eis van 12 mediations per jaar een verbetering zou zijn ten opzichte van het huidige systeem voor het meten van de kwaliteit die een mediator levert.

Punt 6 – Verplichte vaststellingsovereenkomst.

Hier wil ik nog aandacht vragen voor het instellen van een verplichte vaststellingsovereenkomst. Er zijn situaties waarin het niet gepast is als er een vaststellingsovereenkomst getekend moet worden. Te denken valt bijvoorbeeld aan mediations op de werkvloer (herstel relatie), waarbij een geschreven en ondertekende vaststellingsovereenkomst zelfs een negatieve uitwerking op het resultaat zou kunnen hebben, onder meer door de vaak hiërarchische verhoudingen waarbinnen partijen opereren.

Punt 7 – De vertrouwelijkheid

Bij de verzoekschriftprocedure, in het nieuwe lid 2 van art. 278 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt bepaald dat, indien in een geschil mediation niet is toegepast, in het verzoek dient te staan wat de redenen daarvan zijn. Dat staat op gespannen voet met de vertrouwelijkheid in mediation; de mediator mag immers niet aangeven dat bijv. bij een van partijen het commitment ontbrak. Wat zou er vervolgens in het verzoekschrift moeten staan dat niet ook een inhoudelijke component heeft, wat op zijn minst een van de partijen kan schaden?

Tenslotte wil ik wijzen op een paar tekstuele fouten:

Toelichting bij de Wet Reg M

Algemeen deel, inleiding, pag. 21 regel 5: “geschilbeslechting” wordt “geschiloplossing”

Toelichting bij art. 23, pag. 33. regel 8: “partijdigheid” wordt “onpartijdigheid”

Besluit registermediator

Art. 9, pag. 63. regel 2: “artikel 6” wordt “artikel 5”

Den Haag, 22 mei 2013

Anita Regout

NMI registermediator te Den Haag, partner in Randstad Mediation, Training & Coaching te Den Haag. E-mail: regout@managementmediation.nl