

Van ‘in gebreke’ naar ‘in verbinding’

Over de kanteling in het denken over conflictbeslechting en waar de wetgever deze ontwikkeling zou moeten ondersteunen

Maurits Barendrecht, Peter Ingelse, Fred Schonewille, Jacques de Waart & Frederique van Zomeren¹

Dit artikel gaat over verschillende perspectieven op het huidige systeem van conflictoplossing en de waarde van mediationwetgeving voor een verbetering daarvan. Na een gezamenlijke inleiding – waarin ze de hoofdlijnen schetsen van de ontwikkelingen van wetgeving op het gebied van mediation – geven de auteurs ieder hun eigen opinie. Vervolgens verwoorden zij hun gezamenlijk gedragen aanbevelingen onder andere waar het mediationwetgeving betreft.

Inleiding

Uitgangspunt van de auteurs

Mediation is een methode van conflictoplossing die meer ingebed zou moeten worden in het rechtsbestel vanwege het evidente nut dat die methode kan hebben naast andere vormen van conflictbeslechting. Die inbedding kan bijdragen aan de keuze van partijen voor mediation. Wij achten het wenselijk dat deze keuze gestimuleerd wordt. De reflex van partijen in conflict is meestal een gang naar de advocaat en rechter, maar zou evenzeer een keuze voor mediation moeten betreffen. Wetgeving kan daaraan een goede bijdrage leveren.

De initiatiefwetsvoorstellen van Kamerlid Van der Steur

Op 9 september 2013 heeft Kamerlid Van der Steur drie initiatiefwetsvoorstellen ter bevordering van mediation ingediend.² Van der Steur vindt dat mediation een grote belofte inhoudt. In dit verband verwijst hij naar het hoge slagingspercentage van zaken die in mediation zijn opgelost, alsmede het zeer grote marktpotentieel van mediation zoals genoemd in recent onderzoek hiernaar van SEO.³ Omdat uit hetzelfde onderzoek van SEO is gebleken dat in veel geschillen thans geen gebruik wordt gemaakt van mediation, onder meer omdat mediation nog te weinig bekendheid geniet en de kwaliteit van mediators te weinig transparant is voor het publiek, is het volgens Van der Steur noodzakelijk dat mediation

wettelijk wordt verankerd. Hangende de behandeling van de wetsvoorstellen in de Tweede Kamer werd het Kamerlid Van der Steur in maart 2015 benoemd tot Minister van Veiligheid en Justitie.

De Wet bevordering mediation

Kort nadien heeft de Tweede Kamerfractie van de VVD de wetsvoorstellen ingetrokken. Als minister heeft Van der Steur in juli 2016 het wetsvoorstel *Wet bevordering mediation* ter consultatie aan het publiek voorgelegd.⁴ De consultatie is in september 2016 gesloten. Wat er met het wetsvoorstel gaat gebeuren na de kabinetswisseling van afgelopen najaar, is op dit moment nog onzeker. Dit artikel wil een bijdrage leveren aan de discussie over het wetsvoorstel.

De belangrijkste onderdelen van de *Wet bevordering mediation* laten zich als volgt samenvatten:

- 1) Introductie van het begrip *beëdigd mediator*. Het stelt kwaliteitseisen aan opleiding, ervaring en (juridische en gedragswetenschappelijke) deskundigheid. Een overheidsregister van *beëdigd mediators* wordt ingericht en de titel *beëdigd mediator* wordt wettelijk beschermd;⁵
- 2) Ingeval partijen een geschil voorleggen aan de civiele rechter, dienen zij kenbaar te maken of zij hebben geprobeerd het geschil door middel van mediation op te lossen en indien zij dat niet hebben gedaan, de reden daarvan;

- 3) De beginselen van vertrouwelijkheid en vrijwilligheid worden gewaarborgd voor de door een beëdigd mediator begeleide geschillen;
- 4) Stuiting van de verjaring ingeval van mediation door een beëdigd mediator;
- 5) De mediationovereenkomst wordt omschreven en krijgt een plek in de wet als bijzondere vorm van de overeenkomst van opdracht;
- 6) Er komt een laagdrempelige toegang tot de rechter voor het verkrijgen van een beslissing tijdens een mediation, op gemeenschappelijk verzoek van partijen, waarbij het verzoekschrift wordt ingediend door de mediator;
- 7) De rechter kan worden verzocht een executoriale titel te

verbinden aan een in mediation gesloten vaststellings-overeenkomst;

- 8) De bevordering van het gebruik van mediation in bestuursrechtzaken en fiscale zaken wordt wettelijk vastgelegd.

Beoordeling

De *Wet bevordering mediation* zou ertoe kunnen leiden dat mediation een gelijkwaardige plaats krijgt naast geschilbeslechting door middel van het juridisch oordeel van de burgerlijke rechter of de bestuursrechter.

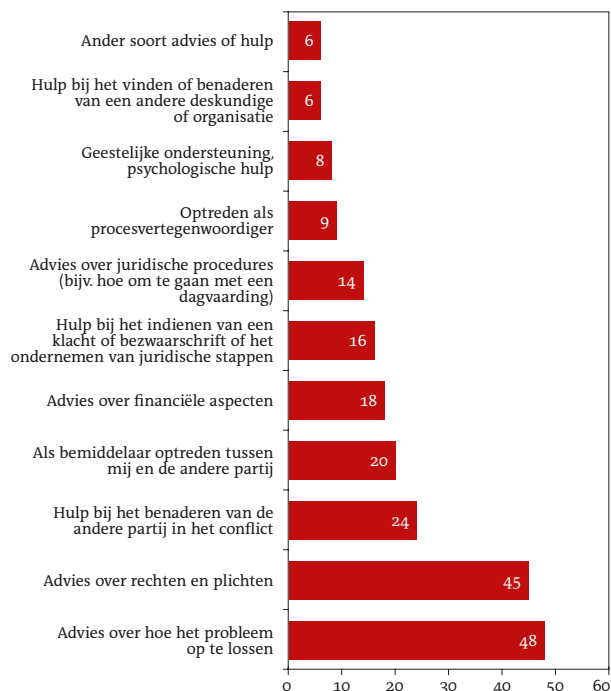
Ieder van ons zal nu zijn of haar visie op (onderdelen van) dit voorstel geven. Ten slotte komen wij tot een gezamenlijke aanbeveling.

Mediation integreren in bestaande en nieuwe rechtspleging

Maurits Barendrecht

Wat zou een optimale insteek zijn vanuit het perspectief van de burger? Uit onderzoek van het WODC⁶ aangehaald in het Hiil-rapport *Menselijk en Rechtvaardig*⁷ blijkt dat burgers het volgende zoeken als zij zich tot de juridische sector wenden:

Wat voor soort hulp wilden respondenten (alleen juridische hulpverleners)? (in % van het totaal van N=1.500 contacten*)



*Meerdere antwoorden mogelijk
Bron: probleemoplossingsenquête

Mensen willen vooral hulp bij hoe ze het probleem kunnen oplossen en hoe ze daarbij contact op kunnen

Auteurs

1. Prof. mr. J.M. Barendrecht is Research-directeur Hiil, hoogleraar Universiteit Tilburg en voormalig advocaat.
Mr. P. Ingelse is mediator en arbiter bij ReulingSchutte, Amsterdam, voormalig advocaat en rechter, laatstelijk als voorzitter van de Ondernemingskamer in het Hof Amsterdam. Dr. mr. F. Schonewille is partner in Schonewille & Schonewille Legal Mediation te Rotterdam en Amsterdam en docent Academy Legal Mediation, nauw betrokken bij de initiatiefwetsvoorstellen van Van der Steur en voormalig notaris. Mr. J.A.Th.M. de Waart is mediator en trainer bij De Waart, Amersfoort, betrokken bij de mediation-wetsvoorstellen en voormalig advocaat. Mr. F. van Zomeren is mediator bij HAVZ Mediation, Den Haag, trainer bij het Centrum voor Conflictantering, Haarlem, voorzitter Nederlandse Mediatorvereniging (NMV) en bestuurslid MfN.
De auteurs schrijven allen op persoonlijke titel.

Noten

2. Voorstel van wet van het lid Van der Steur tot het stellen van regels omtrent de registratie en de bevordering van de kwaliteit van mediators (Wet registermediator), 33722; Voorstel van wet van het lid Van der

Steur tot wijziging van Boek 3 en Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering alsmede enkele andere wetten in verband met de bevordering van het gebruik van mediation (Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht), 33723 en Voorstel van wet van het lid Van der Steur tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enkele wetten op het terrein van het belastingrecht ter bevordering van het gebruik van mediation in het bestuursrecht (Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht), 33727.
3. Zie www.seo.nl.
4. De vindplaats van het wetsvoorstel en de bijbehorende memorie van toelichting is: www.internetconsultatie.nl/wetmediation.
5. De *beëdigd mediator* vormt een nieuwe categorie van door de wet gedefinieerde mediators van wie de kwaliteit wordt gewaarborgd; daarnaast blijven de bestaande categorieën ongemoeid zoals bijvoorbeeld de MfN-registermediator en buurtbemiddelaar.
6. M.J. ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2014, Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC, 2015.
7. www.hiil.org/insight/menselijk-en-rechtvaardig-is-de-rechtsstaat-er-voor-de-burger-report.

Als een neutrale persoon, zoals de mediator, partijen kan helpen om een geschil op te lossen en overgebleven punten aan de rechter kan helpen voorleggen, sluit dat veel beter aan bij de behoeften van partijen

nemen met de andere partij, waarbij bemiddeling één variant is. Ook willen ze weten waar ze staan (rechten en plichten). Redenen om al dan niet een procedure te starten (p. 97/98 WODC rapport⁸) zijn vooral dat het de enige weg was dat zo een oplossing bereikt kon worden (of juist niet in verband met escalatie) of afdwingbaarheid. Er zijn veel minder mensen die uit zijn op een klassiek rechterlijk oordeel of iets in die richting. De research over mediation is bovendien opmerkelijk eenstemmig: het werkt, bijna altijd, op vrijwel alle aspecten die mensen belangrijk vinden, eigenlijk ongeacht welke van de wel 100 varianten van mediation wordt toegepast. In zestig jaar mediation-research zijn geen grote risico's komen bovendien in vergelijking tot wat er in andere vormen van geschiloplossing kan misgaan.⁹

Het ligt voor de hand dat de overheid op deze behoeften en bevindingen inspeelt. Wat dat betreft is het interessant dat de enige wet over civiele geschillen die wij kennen (het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) nog geheel gericht is op het verkrijgen van een vonnis na een gepolariseerde rechtsstrijd, op enkele bepalingen na die ergens onderweg in de rechtsstrijd nog even schikkingen bevorderen. De financiering, de producten en de rolverdeling van de rechtspleging zijn ook nog steeds primair daarop gericht: rechters, (partijdige) advocaten, vonnissen, toevoegingen en gedragsregels die deze vorm van rechtspleging ondersteunen.

Wat zou een mediationwet hieraan kunnen doen? De kracht van mediation is dat het een proces biedt dat veel beter aansluit bij de behoeften van mensen in een geschil aan rechtvaardige oplossingen, in samenspraak met de andere partij. Maar er zijn ook elementen die missen, zoals afdwingbaarheid, contact met de andere partij als die (nog) niet wil en transparantie van rechten en plichten.

In ons position paper *Mediation 2.0*¹⁰ signaleerden Barbara Baarsma en ik op basis van onderzoek dat mediation als zelfstandige activiteit een beperkte toekomst lijkt te hebben. De belangrijkste reden daarvoor is dat twee conflictpartijen over het algemeen niet in staat blijken om samen voor een geschiloplossingsroute te kiezen. Het heeft zeker een grote toekomst als mediation als methode geïntegreerd wordt in bestaande en nieuwe vormen van rechtspleging. Een voorbeeld daarvan is de nieuwe rechtsgang bij scheiding die ontwikkeld is binnen het Platform Rouvoet: één gezinsvertegenwoordiger faciliteert al bemiddelend de te maken afspraken en legt overblijvende geschilpunten namens het gezin voor aan de rechter. Dit is een procedure bij de rechter zonder toernooimodel. Die ook open staat als een van die partijen en dat niet wil.

Een andere kans is inbouw van mediation in de bezwaarschriftprocedure. Deze was ooit bedoeld voor een informele afhandeling en is erg gejuridiseerd. Mediation bovenop een bezwaarprocedure is een extra 'instantie' en komt dan ook nog nauwelijks voor. Correspondent-journalist Pieter Hilhorst achterhaalde onlangs dat het UWV in 2016 op 80 000 bezwaarschriften slechts 100 mediations deed (waarvan 80% slaagt).¹¹

Dat inbouwen moet dan wel serieus, beslist en schaalbaar gebeuren. De veelgeroemde nieuwe zaaksbehandeling en de informele aanpak in het bestuursrecht blijken volgens onderzoek niet werkelijk te zijn doorgezet.¹² Waarschijnlijk omdat opleidingen van juristen, attitudes en financiële prikkels niet zijn aangepast.

Ook vroegen we er aandacht voor dat regulering van kwaliteit beter kan gebeuren door de aangeboden producten/diensten op effectiviteit te toetsen en niet de aanbieder. Wat heb je aan een mediator met veel opleidingspunten als de behandeling die hij concreet aan mensen aanbiedt een geheel eigen methode van mediation is die niet objectief is getoetst? En wat zegt het als collega-mediators elkaar goed of minder goed vinden werken, omdat ze al of niet zuiver in de leer zijn voor wat betreft faciliterende of evaluatieve mediation? De burger zoekt geen gespecialiseerde dotteraar voor zijn hartklachten, maar de internationaal best geteste dotterbehandeling uitgevoerd door een betrouwbare en kundige persoon.

Voor de burger zou het optimaal zijn dat er voor de belangrijkste soorten geschillen kwalitatief goede behandelingen worden ontwikkeld. Op basis van wat werkt. Niet op basis van wat professionals al dan niet willen zijn. De rollen van advocaat, rechter en mediator zouden daarbij juist moeten gaan schuiven, in elkaar overgaand, en meer naar elkaar toe.

In de mediationwet, die dus misschien een andere naam zou moeten krijgen, zit een aantal elementen die de geschilbeslechting kunnen verbeteren in de richting van de behoeften van de burger. Samen constructief, niet beschuldigend en defensief, het geschil oplossen zou inderdaad de hoofdroute moeten zijn. Dus goed om die te bevorderen.

Als een neutrale persoon, zoals de mediator, partijen kan helpen om een geschil op te lossen en overgebleven punten aan de rechter kan helpen voorleggen, sluit dat veel beter aan bij de behoeften van partijen. Wellicht kan de wet ook een opstapje worden richting een kwaliteitswet-rechtspleging, die de beste behandelingen voor geschillen erkent en zorgt dat die breed worden toegepast, goed gefinancierd. Mediationstechnieken zullen daar zeker deel van uitmaken.

Onveranderde toegang tot de rechter; daarnaast mediation

Peter Ingelse

Mijn perspectief wordt gevormd door een driehoek: de vrijheid van de burger, zijn verantwoordelijkheid ten opzichte van zijn medeburger en de maatschappij, en zijn bescherming door de rechtsstaat.

- De vrijheid van de burger omvat naar mijn opvatting naast bijvoorbeeld de contractsvrijheid ook de vrijheid met zijn medeburger van mening te verschillen: ‘de vrijheid van conflict’.
- Die vrijheid wordt beperkt door de verantwoordelijkheid van de burger in conflict jegens zijn wederpartij en jegens de maatschappij: ook in conflict dient de burger redelijkheid en billijkheid in acht te nemen.
- Die beperking laat onverlet dat hij steeds uiteindelijk en ook eenzijdig zijn toevlucht tot de rechter moet kunnen nemen om het conflict te beoordelen.

Er zitten veel positieve elementen in het wetsvoorstel mediation. Zo heeft de minister Van der Steur de gedachte van het Kamerlid Van der Steur dat partijen na verwijzing door de rechter verplicht zouden zijn tot medewerking aan mediation zonder voorbehoud terecht laten varen:

‘Het is niet aan de rechter om partijen naar een mediator te verwijzen als een of beide partijen geen behoefte hebben aan mediation.’¹³

Daarmee zijn twee hoeken van de driehoek geïnd: de vrijheid van conflict en de bescherming door de rechtsstaat. Maar er is meer positiefs. Bijvoorbeeld de doelstelling zelf: het bevorderen van mediation naast andere vormen van conflictoplossing.

Er zijn natuurlijk ook kritische noten te kraken en vragen te stellen. Zo betwijfel ik of het noodzakelijk is een zo zwaar kwaliteits- en klachtensysteem met overheidsbemoediging in het leven te roepen. Waarom niet volstaan met het op dit punt incorporeren van de MfN-regelingen?¹⁴ Voorts is het in mijn ogen niet wenselijk, dat partijen in voorkomende gevallen verplicht worden zich te verantwoorden over het niet toepassen van mediation. De keuze moet niet alleen niet verplicht zijn, maar ook werkelijk vrij. Daarmee strookt een verantwoordingsplicht – waar de rechter dan weer wat mee gaat doen – niet. Het leidt alleen maar tot juridiseren van de mediation. Over de mogelijkheid een deelgeschil voor te leggen zou nog verder moeten worden nagedacht, bijvoorbeeld op het punt van openbaarheid van rechtspraak, de al of niet bin-

dende kracht van de uitspraak en de exclusieve bevoegdheid van de mediator.

Moet mediation worden bevorderd?

Samen met Lieke Coenraad besprak ik de vraag of mediation bevorderd moet worden in ons preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging 2017.¹⁵ Wij antwoordden het volgende.

‘Noch op macroniveau noch op micro/individueel niveau kan worden vastgesteld dat mediation “beter” is dan rechtspraak. Zij zijn “anders”. Dat betekent dat de overheid partijen niet de weg moet wijzen naar mediation als voorkeur boven rechtspraak. Mediation is gelet op hetgeen ermee kan worden bereikt nog onvoldoende bekend bij het publiek. Heeft de burger een conflict, dan denkt hij aan een advocaat, meestal niet aan een mediator. De bekendheid dient te worden vergroot, door introductie van de beëdigd mediator, door meer aandacht ervoor in de opleiding van rechters en advocaten, door voorlichting, door onderkenning dat een advocaat die er geen aandacht aan besteedt, zijn werk niet goed doet en doordat mediators en hun organisaties zich uitdagend en enthousiast op de markt presenteren.’¹⁶

Ik handhaaf deze conclusie onverkort. Voor een uitgebreide motivering verwijs ik gaarne naar het preadvies¹⁷ en onze bijdrage in *Tijdschrift Conflictantering*. Mijn antwoord luidt derhalve: ‘ja’.

Hoe uitnodigend is de weg naar een minnelijke oplossing, waaronder mediation, in verhouding tot de weg naar de rechter?

Het antwoord op deze vraag valt negatief uit voor mediation. De reflexmatige blik van partijen in een conflict is nu eenmaal nog steeds gericht op advocaat en rechter: ‘mijn advocaat en anders de rechter moet het conflict voor mij oplossen’, zo denkt degene die er niet meer uitkomt. Hier ontbreekt ten onrechte de blik op mediation. Gelet op het onmiskenbare nut dat mediation bij conflictoplossing kan bieden, zijn maatregelen die mediation naast advocaat en rechter een zelfstandige plaats geven wenselijk. Bevorderen, opdat de verschillende methoden van conflictoplossing gelijke kansen krijgen.

8. Zie noot 6, p. 97/98.

9. D. Druckman & J.A. Wall, ‘A Treasure Trove of Insights: Sixty Years of JCR Research on Negotiation and Mediation’, *Journal of Conflict Resolution*, 2017, p. 1898-1924.

10. www.hiil.org/project/mediation-2-0.

11. <https://decorrespondent.nl/8094/>

waarom-de-strijd-tegen-het-uwv-je-kapot-kan-maken-en-hoe-het-anders-kan/1045502578956-14ebccd5.

12. Marseille c.s., *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, MinBiZa, 2015; M. Wever, ‘Bezwaarbehandeling door de overheid anno 2016; Vooral vernieuwing op papier?’, *NJB* 2016/2289,

afl. 44, p. 3238.

13. Memorie van toelichting consultatievoorstel, p. 64.

14. Kwaliteitsregister, mediationreglement, gedragsregels alsmede klacht- en tuchtrengelingen. Zie mfregister.nl.

15. L. Coenraad & P. Ingelse, *Afscheid van de klassieke civiele procedure?*, Preadvies

voor de Nederlandse Juristen Vereniging 2017 (<http://njv.nl/preadviezen-2017>), verder: Preadvies. Zie ook ‘Rechter, mediator en innovatie: een uitdaging’, onze bijdrage in *Tijdschrift Conflictantering* 2017, afl. 5, p. 18 e.v.

16. Preadvies, p. 105.

17. Preadvies, p. 93 t/m 106.

Zolang partijen maar in redelijkheid hebben onderzocht of een minnelijke oplossing gevonden kan worden, is de methode die zij daarvoor hebben gebruikt niet van belang

Het wetsvoorstel bevordering mediation benadrukt de 'eigen verantwoordelijkheid van partijen'.¹⁸ Op zichzelf is daar wel wat voor te zeggen: verdedigd kan worden dat de redelijkheid en billijkheid, die ook de relatie tussen partijen in een conflict beheersen, meebrengen dat de een de ander niet in rechte betreft alvorens in redelijkheid te hebben onderzocht of het mogelijk is het onderlinge geschil en/of het daar achterliggende conflict gezamenlijk op te lossen.¹⁹ Daartoe moet die partij ten minste de andere partij voor overleg hebben uitgenodigd. Een preprocesuele gedragsnorm die – dus met een verplichte 'inverbindingstelling' – een stapje verder gaat dan de verplichte ingebrekestelling van artikel 6:82 lid 1 BW. Zo'n norm is vaag en het zou daarom op het eerste gezicht de voorkeur verdienen de ontwikkeling ervan aan de jurisprudentie over te laten. Gelet op de besproken reflexmatige blik op advocaat en rechter is het echter geen slecht idee indien de wetgever een handje helpt door die norm – voorzichtig – in de wet op te nemen. Wij doen daartoe hierna een gemeenschappelijk voorstel. Daarmee is ook de andere hoek van de driehoek gediend: de verantwoordelijkheid van de burger in conflict jegens zijn wederpartij. Maar ook zijn verantwoordelijkheid jegens de maatschappij om niet lichtvaardig de rechterlijke tussenkomst aan te spreken. Let wel, het zou mij te ver gaan om deze pre-processuele

gedragsnorm te vernauwen tot mediation. Dat zou noch passen bij de beoogde eigen verantwoordelijkheid van partijen noch bij het karakter van mediation. Zolang partijen maar in redelijkheid hebben onderzocht of een minnelijke oplossing gevonden kan worden, is de methode die zij daarvoor hebben gebruikt niet van belang. Ook een zonder professionele hulp ondernomen poging kan voor vervulling van deze norm toereikend zijn.

Hoe verhoudt de rechter zich tot mediation?²⁰

Mediators moeten geen rechter spelen en rechters moeten omgekeerd geen mediator spelen. Principes als vrijwilligheid en vertrouwelijkheid (mediation) en hoor en wederhoor en openbaarheid (de rechtsstaat in de driehoek) verzetten zich daartegen. Wél is het van belang dat zij enig begrip hebben van elkaars vak. Om mij nu tot de rechter te beperken: hij moet in staat zijn ter openbare zitting het gesprek met partijen aan te gaan om te onderzoeken of wellicht alsnog een minnelijke regeling wenselijk en mogelijk is. Daartoe kunnen mediationvaardigheden zeker van nut zijn. Zijn tijd en zijn middelen zijn echter beperkt. Zo valt vertrouwelijk overleg met partijen – laat staan met elk van hen afzonderlijk – voor hem af. In voorkomende gevallen zal de rechter ook met partijen onderzoeken of mediation een zinvol alternatief is. Dat kan de rechter natuurlijk nu al en hij doet dat ook regelmatig. Maar – wederom – gelet op de achterstand van mediation op advocaat en rechter is het geen slecht idee om dat nog maar eens uitdrukkelijk in de wet op te nemen. Ook daarvoor doen wij hierna een gemeenschappelijk voorstel.

En ook hier past een opmerking. Een gesprek van de rechter met partijen over mediation mag niet verplichtend zijn. Aan een weigering door een partij mag de rechter geen gevolgen verbinden. Het gaat ook niet om 'verwijzen' maar om bespreken, suggereren, opperen, voorstellen en niet meer dan dat.²¹

Partijen behoeven een duwtje van overheidswege in de goede richting van mediation

Fred Schonewille

Wetgeving op het terrein van mediation is noodzakelijk om het thans bestaande juridische systeem te veranderen. Effectieve mediationwetgeving maakt het beproeven van mediation aantrekkelijk en vanzelfsprekend en hiertoe is *nudging* het geëigende middel. *Nudging* betekent kort gezegd: een duwtje in de goede richting geven.

Het huidige juridische systeem brengt in de kern allereerst mee dat partijen in een conflict tegenover elkaar worden gepositioneerd in een sterk gejuridiseerde werkelijkheid en *de facto* worden aangemoedigd om het eigen gelijk te bepleiten en uit te vergroten, alsmede om de andere partij in een kwaad daglicht te stellen. Hiermee

zet de overheid partijen in een conflict aan tot escalerend gedrag zonder dat wordt verlangd oog te hebben voor het belang van de wederpartij. De overheid dwingt een partij in een conflict nu min of meer te procederen indien zijn wederpartij niet tot overleg bereid is. De gang naar de rechter is thans de *default option*.

Daarnaast speelt dat er helaas advocaten zijn die artikel 3 van de eigen Beroeps- en gedragsregels niet erg serieus lijken te nemen. Dit artikel luidt als volgt:

'De advocaat dient zich voor ogen te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces.'

De advocaten op wie ik doel menen dat zij zich niet behoeven te verantwoorden indien zij niet bereid zijn tot overleg – in welke vorm dan ook – met de wederpartij, maar zich direct tot de rechter wenden.

Het komt uiteraard ook voor dat partijen in een conflict en hun advocaten wel eerst een poging doen om er samen uit te komen. Echter, als deze poging niet slaagt leeft vaak de gedachte dat het logisch is om vervolgens naar de rechter te stappen. Deze zienswijze is onjuist omdat een gesprek dat begeleid wordt door een onafhankelijke en onpartijdige derde – de mediator – een geheel andere setting oplevert dan een gesprek zonder dat daarbij een mediator aanwezig is die door de juiste vragen te stellen ervoor zorgt dat onderliggende belangen op tafel komen, lastige kwesties bespreekbaar worden, zaken worden besproken die anders worden verzwegen en opties en oplossingsrichtingen kunnen worden verkend.

Verder kan als groot gebrek van het huidige systeem worden benoemd dat daarin een moeizame reconstructie van wat in het verleden is voorgevallen en het leveren van bewijs van de eigen interpretatie van het verleden centraal staan.

Indien de overheid zich het faciliteren aantrekt van het oplossen van private conflicten, dient zij in mijn visie er zorg voor te dragen dat burgers door het systeem in eerste instantie naar een conflictoplossingsmethode worden geleid die effectief is en efficiënt, de communicatie tussen de betrokken partijen bevordert, toekomstgericht is, de rechtsnormen aanreikt die relevant zijn, snel verloopt en met lage kosten gepaard gaat.

Waar mediation in de meeste gevallen vrij goed aansluit bij deze uitgangspunten en de klassieke rechterlijke procedure niet, is *nudging* in de hiervoor bedoelde zin naar mijn oordeel nodig, ook omdat het huidige systeem de laatste 200 jaar volledig gericht is geweest op rechtspraak.

Zonder *nudging* zal de olietanker die het huidige systeem is, slechts traag en uiteindelijk ook maar weinig van koers veranderen nu systemen zich kenmerken door een sterke drang tot zelfbehoud, een grote zuigkracht kennen en het overgrote deel van de in dit systeem acterende professionals belang heeft bij het voortbestaan ervan dan wel meent dit belang te hebben. Ook de rechtenopleidingen aan Nederlandse universiteiten en de beroepsopleiding in de advocatuur zijn onverminderd ingericht op procederen en niet op overleg en mediation. Alleen het ervaren van de kracht van mediation en van de mogelijkheden die mediation biedt door partijen en hun advocaten kan de dringend gewenste verandering in de praktijk van alledag brengen. Daarom is *nudging* zoals door mij bepleit gerechtvaardigd en noodzakelijk. De overheid zou derhal-

Zonder nudging zal de olietanker die het huidige systeem is, slechts traag en uiteindelijk ook maar weinig van koers veranderen

ve een duwtje in de richting van mediation moeten geven als burgers in een conflict verzeild zijn geraakt.

Het voorgaande brengt mee dat de Wet bevordering mediation effectieve mediationwetgeving zou zijn indien deze wet zou bewerkstelligen dat mensen in een conflict aan tafel worden gezet – met iemand erbij – voor het voeren van ten minste één gesprek waarin het conflict wordt gediagnosticeerd en gezamenlijk wordt gezocht naar oplossingen of oplossingsrichtingen.

Teneinde mediation daar te positioneren waar deze methode het meest effectief is – aan de ingang – is een systeemwijziging nodig die zonder wetgeving niet of slechts moeizaam en traag tot stand komt.

Naast dit hoofdargument voor wetgeving noem ik nog de volgende zelfstandige argumenten die voor een mediationwet pleiten:

- 1) wetgeving maakt duidelijk dat mediation een methodische werkwijze is van daartoe opgeleide professionals en dat deze niet gelijk te stellen is aan een vaardigheid;
- 2) wetgeving creëert een juridisch kader waarbinnen mediation functioneert; in dit verband noem ik kortheidshalve de aspecten verjaring, verschoningsrecht en het bindend zijn van een schriftelijke overeenkomst als uitkomst van een mediation;
- 3) mits wettelijk gewaarborgd kan mediation een volledig alternatief voor rechtspraak zijn;
- 4) mediation is, waar het betreft de ontwikkelingsfase tot professie waarin het zich thans bevindt, toe aan wetgeving;
- 5) door wetgeving wordt onderstreept dat mediation een hoofdprofessie en niet een nevenbezigheid van andere professionals;
- 6) door wetgeving kan worden geregeld dat een rechter als interventie beschikbaar is in een mediation, waarmee tot op zekere hoogte een hybride procedure kan worden vormgegeven die begint in mediation en meebrengt dat een mediation niet hoeft te worden onderbroken of beëindigd indien partijen behoefte hebben aan een beslissing van de rechter; partijen kunnen op deze wijze voor mediation kiezen en – binnen de context van mediation – toch een beroep op de rechter doen, waarmee een belangrijk aspect van de door mij bepleite *nudging* wordt vormgegeven.

Afsluitend meen ik dat de thans voorliggende Wet bevordering mediation effectieve mediationwetgeving als hiervoor bedoeld zou zijn indien:

- a) artikel 22a lid 1 Rv in de hiervoor bedoelde zin zou worden aangepast door daarin te bepalen dat in geschillen waarin een partij in een conflict zich primair tot een advocaat wendt eerst de stap wordt gezet – bij wijze van uitwerking/modernisering van het hiervoor genoemde artikel 3 van de Beroeps- en gedragsregels van de advocatuur – dat een gesprek wordt garrangeerd waarin de cliënten en hun advocaten onder begeleiding van een beëdigd mediator gezamenlijk zowel een conflictanalyse uitvoeren alsmede

18. Memorie van toelichting, p. 4.

19. Zie preadvies 5.6.1.

20. Zie preadvies, hoofdstuk 5, in het bijzonder 5.4 en 5.5.

21. Zie preadvies 5.4.4.

- bespreken op welke wijze het conflict het beste kan worden opgelost omdat partijen aan (de kracht van) mediation blootgesteld moeten worden om werkelijk te weten wat mediation voor hen kan betekenen;
- b) artikel 22a lid 2 Rv zou bepalen dat een mediation-clausule die door partijen is opgenomen in een overeenkomst meebrengt dat mediation door hen daadwerkelijk wordt beproefd;
- c) het huidige MFN-register overgaat in het door de wet geïntroduceerde overheidsregister maar daarbij – zoals voorheen – weer onderscheid wordt gemaakt tussen mediators die overwegend met mediation bezig zijn en mediators die mediation als nevenactiviteit zien (het ligt voor de hand dan te kiezen voor respectievelijk ‘beëdigd mediator’ en ‘mediator’);
- d) bij wijze van overgangsregeling wordt gekozen voor een ‘vliegreis’ van zestig uren waarbij als uren ook meetellen uren die zijn besteed aan het bijstaan van cliënten in een mediation – *mediation advocacy* –, het doceren van mediation en het doen van onderzoek op het terrein van mediation en – daaruit voortvloeiend – het schrijven van artikelen en boeken;
- e) de termijn genoemd in artikel 1019ee Rv waarbinnen de door de wet geïntroduceerde mediation-rechter een beslissing neemt wordt verkort van zes weken tot twee weken.

Er ligt een aanvullende de-escalerende rol voor de rechter

Jacques de Waart

Een mediation-wet bevordert een wijze van conflictoplossing door partijen zelf. Mediation kan meer benut worden dan nu het geval is. In het spanningsveld van optimale conflictoplossing en recht is een trend te zien dat conflicten steeds vaker hun weg vinden naar de rechter. Tegelijkertijd verlangt de overheid van burgers meer zelfredzaamheid in het oplossen van hun problemen.²²

Het onvermogen van partijen in conflict

Of de rechtzoekende nu meer kwesies aan de rechter voorlegt, of dat hij geacht wordt zelfstandiger zijn problemen op te lossen, de rechter houdt een cruciale rol op het moment dat de rechter als instituut en autoriteit wordt aangezocht. Dat aanzoek aan de rechter is per definitie het onvermogen van partijen om hun conflict zelf op te lossen. Maar dat wil niet zeggen dat partijen daar niet toch toe in staat zijn. Het is de dynamiek van het conflict, de vrees dat aangetast kan worden wat er toe doet, de angst controle te verliezen, de misperceptie over de eigen en andermans positie, die maken dat interventies van een autoriteit als de rechter cruciaal zijn om het zelfoplossend vermogen van partijen te mobiliseren.

Taak rechter is meer dan het juridisch antwoord op een geschil

De waarde van de rol van de rechter neemt toe wanneer deze een ruimere invulling aan de taak van conflictoplossing geeft dan het geven van het juridisch juiste antwoord op een juridisch verschil van mening. Met dat laatste kan volstaan worden in de situatie dat een juridisch verschil van mening daadwerkelijk de enige vraag is die voorligt. Veelal blijkt de door partijen aan de rechter gegeven opdracht een vraag te zijn uit onmacht. Die laat zich vrij vertalen als: ‘Help mij! Ik zie geen andere mogelijkheid; ik kan het niet alleen! Geef mij gelijk, dan kan ik verder!’ De zitting met een onafhankelijke neutrale derde met kennis

en macht om als ultimum remedium te kunnen bepalen wat ‘redelijk’ is, biedt het ideale podium om eerst opnieuw met partijen te verkennen in welke situatie zij met elkaar zijn terechtgekomen, waar zij staan, waar zij naar toe willen en wat ze daar over en weer voor elkaar in kunnen betekenen. Dat blijkt vaak meer te zijn dan partijen vanuit het conflictperspectief hebben kunnen waarnemen.

De zitting biedt een ideaal podium voor conflict diagnose

De zitting biedt partijen de unieke kans – veelal (weer) voor het eerst (sinds lange tijd) – tot zo’n gezamenlijke verkenning. Het gaat erom dat unieke moment optimaal te benutten. De rechter kan er toe bijdragen dat partijen

De setting van ‘hoor en wederhoor’ en ‘stellen en betwisten’ werkt over het algemeen escalerend

– effectiever dan tot dat moment – met elkaar communiceren en elkaar beter verstaan. Als zij vanuit die verbeterde sfeer, met verbeterd zicht op waar het elk om te doen is, met elkaar en met de rechter (opnieuw) kunnen bepalen welke rol de rechter daarin voor hen kan vervullen in de onderdelen waar partijen zelf niet uitkomen, dan zal er voor die rol van de rechter en voor de uitkomst van zijn werk (een vergroot) draagvlak zijn. Dat vraagt om een rechter die naast kennis van het recht ook kennis heeft van de dynamiek van het conflict en in staat is bin-

nen dat conflictstelsel die dynamiek gunstig te beïnvloeden. Dat wil zeggen partijen te brengen tot gezamenlijke weloverwogen processuele en materiële keuzes. Dat is dan ofwel de keuze voor de rechterlijke beslissing, maar dan inmiddels zonder de versturende en vertekende conflictdynamiek. Ofwel is dat de keuze van partijen om toch zelf met elkaar te zoeken naar een oplossing die voor alle partijen aanvaardbaar is, al dan niet onder leiding van een mediator.

De essentieel toegevoegde waarde van mediation is dat partijen, onder leiding van een onafhankelijke en neutrale derde, gezamenlijk herdefiniëren of herinvullen wat zij met elkaar 'normaal' en passend vinden ter beëindiging van hun conflict of geschil. Zij (her)vinden de door hen gedeelde norm in de meest ruime zin van het woord.²³ Er komt geen andere oplossing uit dan die door alle partijen als rechtvaardig wordt beoordeeld.

Escalerend effect van de huidige juridische arena

De crux van partijen in conflict is dat zij het met elkaar niet eens zijn. Dan is het ingewikkeld om het wél eens te worden over de wijze waarop je met dat conflict het beste kunt omgaan. Partijen in rechte betrokken, zien – vanwe-

ge de aard van de arena – zich genoodzaakt de situatie te presenteren vanuit uitsluitend het regelperspectief²⁴. De setting van 'hoor en wederhoor' en 'stellen en betwisten' werkt over het algemeen escalerend.²⁵ Maar vanuit die procesdynamiek kunnen partijen moeilijk anders en hebben zij dáár begeleiding nodig ter de-escalatie.

Mediationwetgeving voor effectievere keuze van conflictoplossingsmethode

De vele partijen die nu al hun weg vinden naar de mediator zonder zich eerst te richten tot de rechter,²⁶ hebben de mediationwet niet nodig. Of hooguit voor de waarborgen voor de kwaliteit en voor de condities waaronder die mediation plaatsvindt. Voor de partijen die de – eenzijdige – stap naar de rechter maken, terwijl partijen wellicht nog wél in staat (kunnen gaan) zijn om met elkaar een oplossing te vinden, dáárin zie ik een uitgelezen kans voor de rechter. Niet als mediator, maar als de autoriteit die met partijen de conflictdiagnose doet om vervolgens met hen te komen tot de keuze met welke afdoening zij het meest zijn gediend. Voor die route is het bevorderlijk dat mediation ook in wetgeving deel uitmaakt van het rechtsbestel.

Mediation is een waardevolle methode

Frederique van Zomeren

Wat is de kracht van mediation?

In conflicten gaat het naast het juridische vraagstuk vaak ook of soms uitsluitend om geschonden vertrouwen, miscommunicatie en uiteenlopende verwachtingen. Dat betekent dat er meer nodig is dan alleen de wet om een conflict op te lossen en meer dan alleen een rechter die vanuit de engte van die wet oordeelt over het gelijk van de partijen. Gelijk hebben is niet altijd gelijk krijgen en recht is niet altijd rechtvaardig. Mediation is een rijkere manier van conflictoplossing. Het respecteert de autonomie van partijen laat de regie bij hen. Ook zie je binnen de rechtspraak dat hoog geëscaleerde conflicten na doorverwijzing door de rechter vaak succesvol opgelost worden met mediation. Daarnaast is mediation een belangrijk onderdeel van het herstelrecht. Inmiddels een succesvolle aanpak binnen het strafrechtstelsel, waarbij verdachten/daders en slachtoffers in gesprek gaan over herstel, excuses en genoegdoening.

Waarom zou mediation bevorderd moeten worden?

De belangrijkste reden waarom mediation bevorderd zou moeten worden is omdat het op dit moment geen gelijkwaardig keuze is naast de gang naar de advocaat en rechter. In onze conflictcultuur is het nu normaal om je conflict uit handen te geven, als het je niet gelukt is om het zelf op te lossen. Dat is eigenlijk vreemd. Want vaak weet je heel goed wat de oplossing zou moeten zijn en waarom zou je niet zelf de regie houden? In een gezonde conflictcultuur hoort nog een stap tussen het zelf oplossen en het nemen van juridische stappen. Namelijk dat je eerst kijkt of je er samen uit kunt komen. En omdat dat nu juist lastig voor te stellen is als je ruzie hebt, kun je daar een mediator voor inschakelen. Een neutrale derde die een goede conflictdiagnose kan stellen. Die met partijen onderzoekt wat de beste stap is in het conflict. En ook als daaruit blijkt dat een uitspraak van een rechter wenselijk is, kan mediation nuttig zijn. Bijvoorbeeld om de rechtsvraag helder te krijgen of te kijken welke andere aspecten van de ruzie nog meer opgelost kunnen worden.

22. *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*. Rapport 97 van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 24 april 2017.

23. Zoals ik mediation definieerde in 'De Ethische definitie van mediation', column

Tijdschrift Conflictantering 2013/6 en zoals – enigszins aangepast – deze is overgenomen in de toelichting bij het Voorstel van wet van het lid Van der Steur tot het stellen van regels omtrent de registratie en de bevordering van de kwaliteit van media-

tors (Wet registermediator), 33722.

24. E. Giebels & M. Euwema, *Conflictmanagement en Mediation*, 2017, p. 14: zes perspectieven op conflict: Regel, Sociaal uitwisseling, Systeem, Intercultureel, Psychodynamisch, Sociaal constructivistisch.

25. D. Allewijn, Oratie VU, Sdu, 2018.

26. In Nederland ten minste 60 000 mediations per jaar waarvan 3000 op verwijzing van de rechterlijke macht, bron: MfN en www.rechtspraak.nl.

Mediation als vanzelfsprekende eerste stap in professionele conflictoplossing

In de praktijk is die vanzelfsprekendheid er nog niet. Uit recent onderzoek blijkt dat ongeveer 70% van de mensen het begrip mediation kan thuisbrengen en het in meerderheid ook zinvol vindt. Als voordeel zien ze de mindere schade aan relaties en de lagere kosten dan een rechtsgang. Een derde van de ondervraagden is geneigd om bij een conflict naar de rechter te stappen. Net iets meer mensen (38%) zouden voor mediation kiezen.²⁷ Uiteindelijk doet maar een klein percentage dat. Maar hoe weloverwogen wordt die keuze uiteindelijk gemaakt? Want zou je nog steeds kiezen voor procederen als je weet dat maar een miniem deel van gestarte procedures uiteindelijk tot een uitspraak van de rechter leidt?

Wat kunnen we doen als beroepsgroep van mediators?

Kwaliteit is het beste visitekaartje voor ons vak. Daar moeten we in blijven investeren en verdere professionalisering is een must. We hebben een onderscheidend kwaliteitssysteem waarbij het MfN-register²⁸ waarborgen biedt voor het vinden van een goede mediator. Het bieden van kwaliteit en het aanspreekbaar zijn op die kwaliteit zijn belangrijke voorwaarden om mediation mainstream te kunnen laten zijn. Een goede inbedding van het vak is belangrijk voor de verdere ontwikkeling van ons beroep.

Goede ervaring met wetgeving voor mediation in strafzaken

Voor mediation in het strafrecht is een bepaling in de wet²⁹ opgenomen om bemiddeling tussen verdachten en slachtoffers in een zo vroeg mogelijk stadium van het strafproces te bevorderen, waarbij de rechter rekening houdt met de uitkomsten van de mediation. In de afgelopen vier jaar zijn er succesvolle pilots geweest bij verschillende rechtbanken om mediation in strafzaken toe te passen. Inmiddels wordt herstelmediation bij alle rechtbanken aangeboden. Ongeveer 80% van deze zaken leidt tot een herstelovereenkomst tussen dader/verdachte en slachtoffer. Ook blijkt er een positief effect op recidive te zijn. Ondanks dit grote succes is er nog steeds geen struc-

turele financiering geregeld en moet er jaarlijks gestreden worden om een gift uit de begroting. Dat moet anders. Structurele financiering voor herstelmediation en voldoende informatie voor getroffen partijen over wat deze vorm van mediation inhoudt, is een basisvereiste voor een humaan strafrecht.

Waarom een mediationwet?

Een cultuuromslag realiseren gaat niet van de een op de andere dag. Voordat we het normaal zijn gaan vinden om niet meer in cafés en restaurants te roken of geen alcohol te drinken onder de achttien is er heel wat water door de Rijn gestroomd. Een wet moet er komen om mediation te bevorderen, om te zorgen dat het een aantrekkelijk alternatief is voor de rechtspraak, om te zorgen dat meer mensen vanzelfsprekend gebruik gaan maken van deze vorm van conflictoplossing. Meer en duidelijker doorverwijzen vanuit de rechtspraak, maar nog beter voorkomen dat conflicten onnodig escaleren of gejuridiseerd worden. Een betere inbedding van de mediationclausule,³⁰ een lager griffiegeld als mediation wordt beproefd of het verplicht overwegen van mediation, zouden een goede start zijn. Een vaak gehoorde zorg over gebrek aan vrijwilligheid bij doorverwezen mediation, blijkt in de praktijk niet terecht. Want in veel gevallen van doorverwijzing onder een zekere dwang, bijvoorbeeld door de rechter, officier van justitie of werkgever, is het zo dat als men mediation ervaart, het in veel gevallen tot oplossingen leidt.³¹

Daarnaast is het nodig om wettelijk te regelen dat een mediator zijn partijen van a tot z kan begeleiden, dat de bevoegdheden van een mediator op dat terrein uitgebreid worden. Dat betekent dat ook mediators bijvoorbeeld de gezamenlijke verzoekschriften bij echtscheidingen moeten kunnen indienen bij de rechtbank. Het is een hiaat in ons rechtssysteem en onbegrijpelijk voor de klant dat de formele afronding van hun conflict door een ander gedaan zou moeten worden dan door hun vertrouwde gekwalificeerde mediator, enkel vanwege het procesmonopolie van de advocatuur.

En hoe dan ook, is voorlichting nodig. Een goede campagne en informatievoorziening, daar ligt een stevige verantwoordelijkheid voor de overheid.

Naast bevordering van mediation in het algemeen en een enigszins veranderende rol voor de rechter, zien we als belangrijke vernieuwing de inverbindingstelling als materiële norm en een stimulerende rol van de rechter

Synthese en gezamenlijke aanbevelingen

Wij komen vanuit onze verschillende perspectieven tot gezamenlijke voorstellen die een rijker palet aan conflict-oplossingsmethodieken kunnen bewerkstelligen.

Naast bevordering van mediation in het algemeen en een enigszins veranderende rol voor de rechter,³² zien we als belangrijke vernieuwing de *inverbindingstelling* als materiële norm en een stimulerende rol van de rechter. In de huidige, door procederen beheerste opzet worden partijen te zeer tegenover elkaar gezet. Doordat andere methoden voor conflictoplossing minder in beeld zijn, krijgen die de facto minder kans. Om dat recht te trekken moet de aandacht tevens op die andere methoden gericht worden, ook door de rechter. Een wettelijke regeling van mediation kan die aandacht belangrijk versterken.

Inverbindingstelling als materiële norm

De beoogde regeling zou partijen steun moeten bieden bij beantwoording van de vraag hoe zij het beste hun conflict tot een oplossing kunnen brengen. Zij dienen goed geïnformeerd te zijn over de verschillende wegen en vrij te zijn om te opteren voor de weg die het meest aansluit bij hun specifieke situatie.

Vervolgens is het de vraag hoe een oplossing buiten rechte gelijke kansen krijgt naast de oplossing in rechte. Naar onze opvatting zou het wenselijk zijn dat een partij die ter oplossing van zijn conflict de rechter wil benaderen ten minste behoorlijk heeft onderzocht of een oplossing in der minne mogelijk is. Wij stellen hiertoe een andere materiële norm in de pre-processuele fase voor dan de ingebrekestelling: deze komt niet in de plaats van de laatstgenoemde norm maar gaat daaraan vooraf. Deze door ons geïntroduceerde norm – de inverbindingstelling – gaat een stap verder. De norm berust op de gedachte dat in het algemeen in de verhouding tussen partijen in een conflict in redelijkheid kan worden verwacht dat de partij die de rechter wil inschakelen die stap niet zet zonder de andere partij te benaderen met het voorstel om gezamenlijk te onderzoeken of een minnelijke oplossing mogelijk is. Dat kunnen partijen zelfstandig, maar mediators en advocaten kunnen hierin een ondersteunende rol vervullen. Daarmee krijgt in onze visie verbindend, probleemoplossend handelen een gelijke positie naast handelen op basis van tegenspraak.

De rechter dient daarnaast een actieve rol te spelen in de de-escalatie van het conflict en bij het onderzoek naar de meest adequate wijze waarop geschillen in het concrete geval opgelost kunnen worden.

Gezamenlijke aanbevelingen

Vanuit onze verschillende perspectieven komen we tot de volgende gezamenlijke aanbevelingen.

1. *Mediationwet*
Een wet die mediation bevordert is wenselijk en noodzakelijk.
2. *Informatievoorziening*
Andere vormen van conflictoplossing dan rechtspraak dienen te worden bevorderd. Om mediation daadwerkelijk als gelijkwaardige vorm van conflictoplossing benut te zien worden, is een goede informatievoorziening door de overheid wenselijk. Een campagne zou daaraan kunnen bijdragen.
3. *Combinaties en overgang rechtspraak – mediation*
Het overstappen van mediation naar rechtspraak en van rechtspraak naar mediation zou moeten worden gefaciliteerd en wel in een eenvoudige, informele en voortvarende vorm, in een niet-escalerende setting. Daarbij is het denkbaar dat partijen in mediation de rechter inschakelen voor een beslissing op onderdelen van het conflict.
4. *Executoriale titel (vaststellings)overeenkomst na mediation*
De rechter zou tevens de in een mediation tot stand gekomen (vaststellings)overeenkomst op eenvoudige en snelle wijze van een executoriale titel moeten kunnen voorzien.
5. *Inverbindingstelling in het burgerlijk recht*
De inverbindingstelling en de conflictdiagnose zouden op de volgende wijze in de wetgeving kunnen worden ingebed in een nieuw artikel 3:303a BW (in te voegen na artikel 3:303 BW):

Behoudens spoedvoorzieningen wordt geen rechtsvordering ingesteld zonder dat de eiser in redelijkheid heeft onderzocht of het geschil door partijen in der minne kan worden opgelost. Hij doet dit onderzoek zo mogelijk tezamen met de wederpartij.

De eiser of zo mogelijk partijen tezamen kan/kunnen daartoe een deskundige – zoals een mediator of advocaat – inschakelen maar dat is niet een vereiste.

27. J. de Jongh & W. Smit, *Nederlanders en Mediation, een kwantitatief onderzoek onder Nederlanders*, RuigrokNetpanel, Amsterdam, mei 2017 (onderzoek uitgevoerd in opdracht van NMv en MfN).
28. Het register van de Mediatorsfederatie Nederland is een door de markt en de Rechtspraak erkend kwaliteitsregister voor mediators. MfN-registremediators zijn

gekwalificeerde mediators die voldoen aan bepaalde kwaliteitseisen en werken onder vastgestelde condities en gedragscode. Zij vallen onder het klacht- en tuchtrecht.
29. Art. 51h Sv.
30. Partijen die een mediationclausule overeengekomen zijn, zullen daadwerkelijk eerst mediation moeten beproeven alvorens zij zich tot een rechter kunnen wenden.

31. Bijvoorbeeld bijna 60% van de familiezaken en bijna 80% van de strafzaken worden na doorverwijzing met een overeenkomst opgelost.
32. Wij bedoelen hiermee dat de rechter bij het juridisch geschil ook oog dient te hebben voor de conflictdynamiek tussen partijen teneinde daarin constructief te kunnen interveniëren, anders dan alleen ter verdui-

delijking van de rechtsvraag en de waarheidsvinding. Die andere rol kan maar hoeft niet te leiden tot mediation, omdat partijen in bepaalde gevallen ook nog steeds het beste af kunnen zijn met een uitspraak over de juridisch juiste duiding van de situatie.

Wendt een partij zich tot een mediator dan behoort het tot de kern van diens professie om samen met partijen tot een diagnose van het conflict en het verkennen van oplossingsrichtingen te komen. Schakelt een partij een advocaat in, dan zal deze met zijn client dienen te bespreken op welke wijze het conflict

Er zou minstens evenveel overheidsgeld moeten zitten in een bemiddelend proces, al dan niet met inschakeling van mediators en rechters, als in een proces op tegenspraak met advocaten en rechters

het beste kan worden opgelost (mediation, arbitrage, bindend advies, rechtspraak of een combinatie hiervan). Vervolgens zal hij in de regel contact zoeken met (de advocaat van) de wederpartij om te onderzoeken of een gezamenlijke koers naar een oplossing gevaren kan worden. Het staat een partij natuurlijk ook vrij zelf – zo mogelijk samen met de wederpartij – te onderzoeken hoe een oplossing gevonden kan worden en of dat buiten rechte kan. Komt de zaak toch bij de rechter, dan zal ook deze – samen met partijen – zodanig onderzoek doen.

6. *Inverbindingstelling en conflictdiagnose in bestuursrecht*

Een soortgelijke bepaling als onder 5. beschreven, dient te worden opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht: dat de burger of een andere partij bij conflicten met de overheid niet alleen de mogelijkheid heeft in bezwaar of beroep om de juridische

weg te kiezen, maar op een gelijke manier toegang heeft tot mediation.

7. *Mediationclausules in contracten*

Voor een verankering van de verbinding mediation en rechtspraak zou artikel 22a Rv als volgt kunnen luiden:

De rechter kan in elke stand van het geding onderzoeken of het de moeite waard is te trachten het aanhangige geschil in mediation op te lossen, daartoe overleg met partijen te voeren en/of voorstellen te doen. Hij zal dat onderzoek in ieder geval doen, indien hem blijkt dat partijen in een door hen gesloten overeenkomst hebben bepaald dat zij ingeval van een geschil eerst mediation zullen beproeven.

8. *Waarborging en transparantie kwaliteit mediator*

Het is van belang dat mediation herkenbaar en onderscheidend beschikbaar is voor de partijen als methode voor conflictoplossing. Daarnaast is het nodig dat er inzicht is in de kwaliteit en ervaring van de mediator. Dat zou kunnen worden ingevuld met een bescherming van de beroepsgroep, een keurmerk/certificering of een register.

9. *Gelijkschakeling overheidsfinanciering verschillende conflictoplossingsmethoden*

Er zou een *level playing field* moeten zijn voor conflictoplossing op basis van belangen en overleg (vormen van mediation, maar mogelijk op termijn ook voor vernieuwde vormen van rechtspraak) enerzijds en voor conflictoplossing door de rechter in een setting van tegenspraak anderzijds. Dat betekent subsidiëring (via lage griffierechten, toevoegingen, eigen bijdragen) van een vergelijkbare hoogte voor beide soorten van conflictoplossing. Er zou minstens evenveel overheidsgeld moeten zitten in een bemiddelend proces, al dan niet met inschakeling van mediators en rechters, als in een proces op tegenspraak met advocaten en rechters. •