

It's the system, stupid!

Over de maatschappelijke meerwaarde van effectieve Nederlandse mediation-wetgeving en over nudging.¹

Rechtspraak biedt in veel gevallen niet wat mensen in een conflictsituatie nodig hebben. Mediation sluit wel goed aan bij de behoeften van mensen die een oplossing zoeken voor hun conflict. Wetgeving op het terrein van mediation is noodzakelijk om de zuigkracht van het huidige juridische systeem te doorbreken. Effectieve mediationwetgeving zou gebaseerd moeten zijn op nudging: de keuze voor mediation aantrekkelijk maken.

Door Fred Schonewille

De Wet bevordering mediation die in juli jl. in consultatie werd gegeven door de minister van Veiligheid en Justitie werd voorafgegaan door de initiatiefwetsvoorstellen mediation van het toenmalige Tweede Kamerlid Ard van der Steur.² De desbetreffende voorstellen hadden alleen een vader en dan is de kans op verweesd raken aanmerkelijk groter dan wanneer er ook een moeder was geweest. En met verweesde initiatiefwetsvoorstellen loopt het nogal eens slecht af... Om dit probleem te voorkomen werden de initiatiefwetsvoorstellen formeel ingetrokken en deed minister Van der Steur de Wet bevordering mediation als regeringswetsvoorstel relatief snel het licht zien; dit wetsvoorstel bleek gelukkig veel gelijknissen te vertonen met de bedoelde initiatiefwetsvoorstellen.

Doel mediationwetgeving

In deze bijdrage wil ik stilstaan bij de vraag wat het doel zou moeten zijn van (effectieve) wetgeving op het terrein van mediation en daarmee van de Wet bevordering mediation. Ik geef ook meteen een antwoord op deze vraag: effectieve mediationwetgeving zou maatschappelijke meerwaarde moeten bewerkstelligen. Ik merk terzijde op dat het realiseren van maatschappelijke meerwaarde in beginsel het doel zou moeten zijn van alle wetgeving.

Nu ik meen dat het creëren van maatschappelijke meerwaarde niet minder dan het bestaansrecht van de Wet bevordering mediation betreft, moet vervolgens uiteraard goed worden gekeken naar wat dan de meerwaarde zou zijn voor de Nederlandse samenleving van het bevorderen en meer centraal stellen van de toepassing van mediation. En derhalve dient zich de subvraag aan wat mediation nu eigenlijk aantrekkelijk

maakt. Daarna resteert de vraag op welke wijze een mediation-wet zou moeten worden ingericht opdat deze ook effectief is. Het door mij voor deze bijdrage gekozen bestek brengt mee dat ik de technische aspecten van de Wet bevordering mediation en van de genoemde eerdere initiatiefwetsvoorstellen grotendeels buiten beschouwing laat.³

Onderzoek Nationale ombudsman

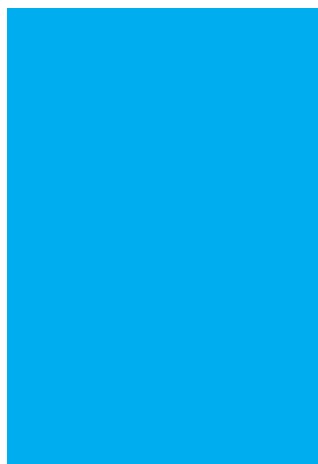
Enkele jaren geleden heeft de Nationale ombudsman een interessant onderzoek verricht.⁴ Gevraagd naar wat er zou moeten gebeuren als er een conflict speelt, antwoordt het leeuwendeel van de mensen die in het onderzoek hebben geparticipeerd dat zij in dat geval graag zouden willen dat hun de mogelijkheid wordt geboden om snel, mondeling en in een vertrouwde omgeving – met iemand erbij – te kunnen vertellen wat er aan de hand is. En dat er vervolgens gezamenlijk naar een oplossing wordt gezocht. Verder blijkt uit dit onderzoek dat de geënquêteerden invloed wil hebben en houden op de verdere gang van zaken. Tot slot wil men dat de gesprekken worden voortgezet als blijkt dat de kwestie niet eenvoudig (in één gesprek) kan worden opgelost. Mij trof dat hier in wezen een heel mooie definitie van mediation werd gegeven. Eigenlijk zegt het overgrote deel van de Nederlanders dus blijkbaar dat men in mediation naar een oplossing wil zoeken als men in een conflict verzeild raakt! Hiermee hebben we meteen een criterium te pakken om de maatschappelijke meerwaarde van de voorliggende mediation-wetgeving te toetsen: beoogt de Wet bevordering mediation te bewerkstelligen dat mensen in een conflict aan tafel worden gezet – met iemand erbij – om het conflict te diagnosticeren en

vervolgens gezamenlijk te zoeken naar oplossingen? Helaas moet het antwoord op deze vraag zijn dat dit in onvoldoende mate het geval is. Geconstateerd kan worden dat dit wetsvoorstel daarmee in negatieve verschild van de genoemde eerdere initiatiefwetsvoorstellen ter zake van mediation waarin dit in veel sterkere mate was geregeld.

Leidse vrederechters

Als we vanuit historisch perspectief naar dit punt kijken gaat het ook helemaal niet om iets nieuws. Al in de zestiende eeuw hadden we hier te lande de Leidse vrederechters die precies dat deden wat de grote meerderheid van de Nederlanders kennelijk zou willen: het faciliteren van een goed gesprek over het conflict dat speelde met het doel om tot een regeling in der minne te komen. Een oplossing dus waarop de partijen een grote invloed hadden.

In die tijd werd van vrijwilligheid gelukkig niet het dogma gemaakt dat de tegenstanders van effectieve mediationwetgeving er nu vaak wel van plegen te maken; het sprak gewoon vanzelf dat je eerst probeerde er samen met je wederpartij uit te komen onder begeleiding van een derde. En wilde een partij niet komen dan werd deze door de toenmalige politie eenvoudigweg – met de roede – naar de vrederechter geslagen! Dat waren nog eens tijden, kom daar nu eens om.



De zuigkracht van het juridische systeem en nudging

Teneinde misverstanden te voorkomen vermeld ik hier dat ik geen verplichte mediation bepleit. Wel dient effectieve mediationwetgeving het beproeven van mediation aantrekkelijk en vanzelfsprekend te maken en dan hebben we het wat mij betreft over *nudging*.⁵ Nudging betekent kort gezegd: een duwtje in de goede richting geven. De overheid zou derhalve een duwtje in de goede richting moeten geven, derhalve in de richting van mediation als burgers in een conflict verzeild zijn geraakt.

Het bijzondere is nu dat de burger dit duwtje eigenlijk helemaal niet nodig zou moeten hebben, gezien de uitkomst van het zojuist door mij aangehaalde onderzoek van de Nationale ombudsman. Hieruit blijkt immers dat de burger zou willen dat in geval van een conflict als eerste stap een gezamenlijk gesprek plaatsvindt onder begeleiding van een derde.

Nu zou mij tegengeworpen kunnen worden dat nudging een

overheid niet past omdat vrije burgers zelf wel kunnen bepalen welke weg zij gaan bewandelen als er sprake is van een conflict. De realiteit is echter dat de overheid vaak veel verder gaat dan nudging. Als ik het wat zwart-wit benader kan worden betoogd dat de overheid een partij in een conflict nu min of meer dwingt te procederen indien zijn wederpartij niet tot overleg bereid is.

Met andere woorden: de stelling dat we op dit moment verplichte rechtspraak hebben valt dus heel goed te verdedigen. En daarmee zet de overheid partijen in een conflict – als het erop aankomt – aan tot het vertonen van escalerend gedrag zoals het bepleiten van het eigen gelijk zonder dat wordt verlangd oog te hebben voor het belang van de wederpartij. In mijn visie dient de overheid als het gaat om het oplossen van conflicten burgers in eerste instantie naar een conflict-oplossingsmethode te leiden die effectief is en efficiënt, de communicatie tussen de betrokken partijen bevordert, de rechtsnormen aanreikt die relevant zijn, die 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 tweehonderd jaar volledig gericht is geweest op rechtspraak.

Betoogd mag worden dat zonder nudging de olietanker die het systeem is slechts traag en maar erg weinig van koers zal veranderen nu ook zowel de rechtenopleidingen aan Nederlandse universiteiten als de beroepsopleiding in de advocatuur zijn ingericht op procederen en niet op overleg en mediation. Een recent voorbeeld uit mijn praktijk maakt denk ik snel duidelijk hoe sterk de zuigkracht is van het huidige systeem en de bestaande structuren.

De rechtbank verwijst een echtscheidingszaak in de aanvangsfase van de procedure naar mediation. Tijdens het intakegesprek waarbij zowel beide echtgenoten als hun advocaten aanwezig zijn vraagt de mediator aan partijen wat maakt dat zij nu wel de stap naar mediation zetten waar zij die voorheen kennelijk niet hebben gezet. De man zegt daarop dat hij steeds een voorkeur heeft gehad voor het treffen van regelingen in onderling overleg maar hij de indruk had dat de vrouw daar niet voor openstond. De vrouw spreekt haar verbazing hierover uit omdat zij niets liever had gewild dan overleggen maar naar eigen zeggen geen gehoor vond bij de man. Desgevraagd door de mediator verklaren beide advocaten als om strijd dat zij graag een regeling in der minne hadden getroffen maar in de veronderstelling verkeerden dat daarvoor geen draagvlak bestond bij hun cliënten.

Daarnaast speelt het probleem dat er helaas vrij veel 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.

Een ander recent voorbeeld uit mijn praktijk geeft helderheid. Een vrouw wil na een huwelijk van 35 jaar scheiden. De laatste vijf jaren van het huwelijk was gebleken dat de echtgenoten elkaar niet veel meer te zeggen hadden en de plannen die elk van hen heeft met de rest van zijn, respectievelijk haar leven niet bij elkaar passen. De vrouw wil erg graag in goed overleg en met respect voor elkaar met haar echtgenoot tot afspraken komen over de gevolgen van hun echtscheiding omdat er ook veel mooie huwelijkse jaren zijn geweest en er daarnaast twee kinderen zijn. Zij wendt zich tot een mediator die ook als *mediation advocate* optreedt en vraagt hem om contact te zoeken met haar echtgenoot teneinde de mogelijkheden te verkennen om het door haar gewenste overleg vorm te geven. De man toont zich aanvankelijk genegen om op het voorstel van zijn echtgenote in te gaan maar wil eerst de kort daarvoor

die mediation biedt door partijen en hun advocaten de verandering in de alledaagse praktijk kan brengen die gewenst is. Daarom is nudging zoals door mij bepleit gerechtvaardigd en noodzakelijk.

Ik haal in dit verband nog het onderzoek van Barendrecht en Baarsma aan die in 2012 tot de conclusie kwamen dat de burger nog erg onbekend is met het middel mediation en deze voorts de kwaliteit van een mediator niet goed kan inschatten.⁶

De voordelen van mediation

De in de inleiding gestelde subvraag wat mediation aantrekkelijk maakt wacht nog op beantwoording. Ik geef dit antwoord hier door kort de voordelen en de kracht van de ‘rechtsgang’ mediation te schetsen in vergelijking met de klassieke rechtsgang die de gerechtelijke procedure biedt.

In tegenstelling tot de juridische procedure gaat het bij mediation in beginsel om een kort, efficiënt en effectief proces met doorgaans relatief lage kosten in vergelijking met de gang naar de rechter. Daarnaast betreft mediation een direct toegankelijke methode voor het oplossen van conflicten omdat wachttijden ontbreken.

Partijen kunnen zich in een mediation kwetsbaar opstellen en vrijuit spreken

door hem ingeschakelde advocaat raadplegen. Enkele dagen later ontvangt de mediator een brief van de desbetreffende advocaat waarin deze stelt dat er niets te bespreken valt en zij het verzoekschrift tot echtscheiding eenzijdig zal indienen indien de echtgenote van haar cliënt niet binnen tien dagen onderbouwd laat weten welke vorderingen zij op haar cliënt geldend meent te kunnen maken.

Het komt zeker ook voor dat door partijen in een conflict en hun advocaten wel een poging is gedaan 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. Ik merk hierbij op dat alle bij een dergelijk gesprek aanwezige personen zijn gebonden aan het beginsel van vertrouwelijkheid. Het is tegen deze achtergrond mijn overtuiging dat alleen het ervaren van de kracht van mediation en van de mogelijkheden

In mediation vindt – anders dan in een gerechtelijke procedure – eerst een conflictanalyse plaats en wordt vervolgens niet gekeken naar de (juridische) standpunten die de betrokken partijen innemen maar naar de onderliggende belangen van de partijen. Na de inventarisatie van de bedoelde belangen wordt in mediation op basis daarvan integratief onderhandeld met behulp van duidelijke onderhandelingsprincipes: het najagen van het eigen gelijk door partijen is niet het doel. Evenmin is mediation een *fact finding mission*.

Voorts kunnen partijen zelf hun mediator kiezen en biedt mediation een veilige setting waarin het beginsel van vertrouwelijkheid aan de orde is, welke vertrouwelijkheid ook geldt voor de partijen in een mediation en niet alleen voor de mediator en de eventueel betrokken advocaten. Ook speelt in mediation het uitgangspunt van juridische vrijblijvendheid totdat de door partijen gemaakte afspraken in onderlinge samenhang schriftelijk door hen worden bekrachtigd. De beide genoemde aspecten brengen mee dat partijen in een mediation zich kwetsbaar kunnen opstellen en vrijuit kunnen spreken. In mediation geldt daarnaast niet een (dwingend) formeel en materieel juridisch kader, doch alleen het principe van de *shadow of the law* wat betekent dat de rechtsnormen wel aan de orde komen maar partijen er ook voor kunnen kiezen om de door hen gevonden oplossing voor hun conflict op andere dan de juridische normen te baseren.

Een rechter in een juridische procedure kan deze weg niet bewandelen en zal zijn beslissing moeten nemen aan de hand van de rechtsregels. Dit gegeven brengt mee dat partijen in een mediation – wederom anders dan in een rechtszaak – een grote invloed hebben op zowel het proces zelf als op de uitkomst daarvan, omdat zij primair zelf de verantwoordelijkheid nemen voor het vinden van oplossingen en deze niet uit handen geven aan advocaat en rechter. In mediation zijn in dit verband creatieve uitkomsten mogelijk.

Tevens worden in mediation de relatie tussen partijen en hun onderlinge communicatie zo goed mogelijk opgebouwd en versterkt in plaats van ernstig beschadigd, hetgeen meestal het gevolg is van het voeren van een procedure voor de rechter. Mediation gaat voorts over de toekomst en is niet een moeizame reconstructie van het verleden waardoor de juridische procedure wordt gekenmerkt. Partijen kunnen verder een op het voor hen relevante rechtsgebied deskundige mediator kiezen, terwijl in een gerechtelijke

systeem en het bieden van een juridisch kader waarin mediation kan gedijen.

Daarnaast biedt deze wet waarborgen waar het betreft de kwaliteit van mediation, van de kwaliteit van de overeenkomsten die in mediation tot stand komen en van de kwaliteit van de door de wet geïntroduceerde nieuwe figuur van de beëdigd mediator.

Tevens voorziet de Wet bevordering mediation in een oplossing voor een zwak punt van mediation – te weten het ontbreken van een eenvoudig toegankelijke beslisser – door mediation en rechtspraak op een innovatieve wijze te verbinden door de regeling van de mediationrechter. Hiermee wordt in wezen een hybride systeem gecreëerd waarin gestart wordt met mediation maar heel eenvoudig de stap naar de rechter gezet kan worden zonder daarmee de mediation te moeten beëindigen. Zoals ik het zie gaat de mediationrechter Nederland weer op de kaart zetten als voortrekker op het terrein van mediation.

Wil de Wet bevordering mediation daadwerkelijk maatschappelijke meerwaarde brengen dan is het noodzakelijk dat de

Binnen het huidige juridische systeem zal een richtingaanwijzer moeten worden verplaatst zodat burgers in een conflict eerst de weg inslaan van conflict diagnose

procedure het tot de mogelijkheden behoort dat de toegewezen rechter niet specifiek deskundig is; ook kan een mediation vaak plaatsvinden op een door partijen zelf gekozen tijdstip, zelfs 's avonds of in het weekeinde.

Tot slot blijkt uit onderzoek dat de naleving door partijen van in mediation gemaakte afspraken groot is, terwijl rechterlijke uitspraken niet altijd worden uitgevoerd dan wel nageleefd. Kort gezegd biedt mediation een proces waarin de autonomie, eigen verantwoordelijkheid en zelfbeschikking van de partijen centraal staan, dat erop is gericht eerst het werkelijke conflict tussen de betrokken partijen boven tafel te krijgen en vervolgens toe te werken naar een oplossing die duurzaam is omdat deze is gebaseerd op de belangen van de partijen en niet op hun standpunten.

Mediation leidt enerzijds tot dejuridisering van conflicten op grond van het feit dat het recht in een mediation dienend is en niet leidend en anderzijds wordt voor de partijen in een mediation de toegang tot het recht juist vergroot omdat zij op een informele wijze worden geïnformeerd over de rechtsnormen die in hun situatie relevant zijn.

De maatschappelijke meerwaarde van de Wet bevordering mediation

De Wet bevordering mediation is op de keper beschouwd een mooi en evenwichtig wetsvoorstel dat op tamelijk adequate wijze voorziet in de inbedding van mediation in het juridische

overheid ervoor zorgt dat deze wet het effect heeft dat partijen in een conflict naar een conflictoplossingsmethode worden geleid die effectief is en efficiënt, de communicatie tussen de betrokken partijen bevordert, die snel verloopt en met lage kosten gepaard gaat.

Gezien de vele voordelen die mediation heeft in vergelijking met de gerechtelijke procedure is naar mijn oordeel zeer goed verdedigbaar dat de overheid door middel van nudging mediation als *default option* positioneert binnen het juridische systeem en er zorg voor draagt dat partijen in een conflict in eerste instantie blootgesteld worden aan mediation en niet aan de juridische procedure. Uit het hiervoor kort door mij aangehaalde onderzoek van de Nationale ombudsman sluit een dergelijke positionering van mediation ook nauw aan bij wat de burger van de overheid verwacht ingeval hij een conflict heeft met een andere burger.

Dit betekent dat er binnen het huidige juridische systeem een richtingaanwijzer zal moeten worden verplaatst zodat burgers in een conflict niet in eerste instantie de (snel)weg die leidt naar de rechtbankprocedure bewandelen maar eerst de weg inslaan van conflict diagnose en het afwegen van de verschillende oplossingsrichtingen – alvorens eventueel voor de rechter te kiezen.

Vastgesteld moet worden dat de Wet bevordering mediation

dient te worden aangescherpt wil de bedoelde potentiële maatschappelijke meerwaarde van deze wet ten volle worden gerealiseerd.

Effectieve mediationwetgeving

Vervolgens resteert de vraag wanneer de Wet bevordering mediation effectief is. Zoals uit de voorgaande paragraaf blijkt is hiervoor in de eerste plaats een aanscherping nodig van deze wet omdat anders de mogelijkheid om de volle potentiële maatschappelijke meerwaarde ervan te benutten niet zal worden bewerkstelligd.

De belangrijkste aanscherping is in mijn ogen daarom het in deze wet opnemen van een bepaling die inhoudt dat in zaken waarin cliënten zich primair tot een advocaat wenden vervolgens in beginsel altijd eerst de stap wordt gezet – bij wijze van uitwerking/modernisering van artikel 3 van de Beroeps- en gedragsregels van de advocatuur – dat een gesprek wordt gearrangeerd waarbij de cliënten en hun advocaten onder begeleiding van een beëdigd mediator gezamenlijk zowel een conflictanalyse uitvoeren alsmede bespreken op welke wijze het conflict het beste kan worden opgelost (mediation, arbitrage, bindend advies, rechtspraak of een combinatie hiervan). Wil de Wet bevordering mediation effectief zijn dan is het noodzakelijk om partijen in een conflict in een andere setting te plaatsen dan die van de juridische procedure, een setting waarin het niet bij voorbaat gelegitimeerd is om als partij (alleen) je eigen gelijk te bepleiten en de belangen van de wederpartij buiten beschouwing te laten. Een setting ook die meebrengt dat escalatie van een conflict wordt voorkomen, communicatie tussen de betrokken partijen wordt bevorderd, waarin het echte conflict en de werkelijke belangen van de partijen op tafel komen, die de toegang tot het recht voor de partijen vergroot en waarin zuinig wordt omgegaan met de publieke middelen en met de tijd en energie van de partijen. De toevoeging aan de Wet bevordering mediation van een bepaling met deze strekking is wat mij betreft gerechtvaardigde nudging.

Noten

- 1 Dit artikel is een (beperkte) bewerking van mijn voordracht tijdens het door de Nederlandse Mediatorsvereniging op 27 oktober 2016 georganiseerde symposium *Succesvolle wetgeving: to opt in or to opt out?!*
- 2 Ik heb het voorrecht gehad nauw betrokken te zijn geweest zowel bij het opstellen van de desbetreffende initiatiefwetsvoorstellen als bij het verdedigen daarvan in het parlementaire proces.
- 3 Een technische bespreking van de Wet bevordering mediation van mijn hand zal in het voorjaar worden gepubliceerd in het tijdschrift WPNR.
- 4 *De burger gaat digitaal*, Nationale ombudsman, rapport van 9 december 2013 (met 48.000 ingevulde enquêtes).
- 5 Zie www.behaviouralinsights.co.uk.
- 6 B. Baarsma en M. Barendrecht, *Mediation 2.0, position paper* geschreven in opdracht van het toenmalige Nederlands Mediation Instituut (NMI), 2012.



Over de auteur

Fred Schonewille is partner in Schonewille & Schonewille Legal Mediation, legal mediator, auteur, docent en onderzoeker.

OPLEIDING NALATENSCHAPSMEDIATION

Lossere familiebanden, echtscheidingen, tweede huwelijken en steeds grotere vermogens leiden in toenemende mate tot familieconflicten als de erfenis moet worden verdeeld. De nalatenschapsmediator kan hierbij een centrale positie innemen en zorgen dat familiebanden behouden blijven.

De nalatenschapsmediator is niet alleen de regisseur van het mediationproces maar informeert de erfgenamen ook over de toepasselijke rechtsregels en helpt hen gestructureerd te onderhandelen.

Wilt u zich als mediator verder specialiseren? Schrijf u dan nu in!

Docenten:

mr. Annette M. van Riemsdijk
 drs. George Smits
 Else Marie van den Eerenbeemt
 mr. Jacques de Waart
 dr. mr. Fred Schonewille.

Locatie:

Kasteel de Vanenburg in Putten

Kosten:

€ 4.500,- excl. btw. Incl. lunch, diner, literatuur en cursusmateriaal.

Tot 4 april a.s. krijgt u 10% vroegboekorting.

Voor meer informatie en/of de brochure:

Iris Ydema
 020 - 205 02 51
opleidingen@resultmediation.nl
resultmediation.nl

Data:

27 en 28 juni 2017
 (12 en 13 september 2017)
 3 en 4 oktober 2017
 15 en 16 november 2017

Opleidingspunten PE

MfN 45, KNB 45, EPN 45,
 VMN 39. Voor andere beroeps-
 groepen zie onze website.



Stichting
 Nalatenschapsmediation



RESULT MEDIATION
 LOST CONFLICTEN OP