

Namens het bestuur van de Vereniging Ambtenaar & Recht heet ik u van harte welkom bij deze voorjaarsbijeenkomst. In het bijzonder zijn wij verheugd met de gasten van vandaag die zich bereid hebben verklaard de inleidingen en workshops voor hun rekening te nemen: Dick Allewijn, Monique van de Griendt, Saskia Reuling, Jacques de Waart en Marion Uitslag.

Wij hebben als thema gekozen **“Alternatieve geschillenbeslechting”**. Tussen haakjes is daaraan toegevoegd: mediation. Dat is dan ook de belangrijkste vorm van alternatieve geschillenbeslechting, zeker als het gaat om individuele arbeidskwesties. Indien sprake is van geschillen die betrekking hebben op het collectieve arbeidsrecht, komen ook arbitrage en bindend advies voor. Die zullen vanmiddag vermoedelijk niet aan de orde komen. Wel het onderwerp ‘nieuwe zaaksbehandeling’, dat met enige goede wil ook als een vorm van alternatieve geschillenbeslechting zou kunnen worden gezien. Mediation is echter het hoofdonderwerp en dat is niet verwonderlijk nu alle vijf sprekers mediator zijn.

Wat de toepassing van mediation betreft: ik heb getracht cijfermateriaal te verzamelen dat enig inzicht biedt op dat punt. Uit een onder auspiciën van onder meer de VNG uitgevoerd onderzoek, getiteld ‘De stand van mediation anno 2012/2013’ leid ik af dat de toepassing in de praktijk uiterst beperkt is. Wel geldt voor de gemeenten dat zij hoge verwachtingen hebben van mediation. Bovendien zou driekwart van de ambtenaren beschikken over mediationvaardigheden volgens dit rapport. Verder blijkt eruit dat vooral veel gewicht wordt gehecht aan de toepassing van mediationvaardigheden. Wellicht kan door ruime toepassing daarvan het aantal mediations beperkt blijven.

In een rapport van de Stichting Economisch Onderzoek (u weet wel, dat is die stichting die heeft berekend dat minder ambtenaren ziek zullen worden zodra de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren in werking is getreden) staat dat in 2,7% van de gevallen waarin overeenstemming tussen partijen wordt bereikt, dat gebeurt via mediation. Verder zou door de rechterlijke macht in 8 op de 1000 zaken verwijzing naar mediation plaatsvinden. In 2011 zouden er 52.000 mediations hebben plaatsgevonden, oftewel 11 mediations per mediator. Volgens de SEO is het mediatorschap meestal een nevenfunctie en in sommige gevallen zelfs een hobby.

Tot zover de praktijk. De vraag kan zich voordoen wat mediation nu precies is. Er bestaat een handboek Mediation, waarin een definitie is opgenomen:

“Een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de onderhandelingen tussen partijen begeleidt teneinde vanuit hun werkelijke belangen tot gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale resultaten te komen.”

Dat lijkt mij een vrij duidelijke definitie. Onlangs zijn door het voormalige Tweede Kamerlid Ard van der Steur drie wetsvoorstellen ingediend die betrekking hebben op mediation. In één daarvan komt ook een definitie voor die naar mijn smaak minder duidelijk is:

“Het in gezamenlijke opdracht van partijen op grond van de mediationovereenkomst door een onafhankelijke neutrale derde begeleid gestructureerd proces dat als doel heeft partijen in onderling overleg weloverwogen de door hen gedeelde norm te laten vinden of hervinden waar die ontbreekt, terwijl daar bij partijen wel behoefte aan is.”

Ik ben regelmatig bij mediations betrokken geweest, maar ik heb nooit de indruk gehad dat we op zoek waren naar een gedeelde norm, laat staan dat er een norm zou ontbreken die hervonden zou moeten worden, nog los van de vraag of dat kan. De norm ontbreekt dan immers.

Hier doet zich ook meteen de vraag voor of het nodig is om tot een wettelijke regeling van mediation te komen. Feit is dat mediation zich in de afgelopen jaren als een serieuze vorm van alternatieve geschillenbeslechting heeft ontwikkeld en ook als zodanig vrij breed is geaccepteerd, hoewel er nog steeds mensen zijn die zeggen dat mediation eigenlijk overbodig is. Immers, als de gemachtigden van partijen hun werk goed doen, leidt dat er veelal toe dat zaken buiten de rechter om worden opgelost. Voor advocaten is dat zelfs een elementair uitgangspunt. Zie Gedragsregel 3: *“De advocaat dient zich voor ogen te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces.”*

Hoe dan ook, mediation heeft in de praktijk haar weg gevonden. Ik heb zelfs begrepen dat er al bijna 5.000 mediators zijn.

Dan nogmaals de vraag of een wettelijke regeling nodig is. Kennelijk vindt de regering van wel, want de indiener van de wetsontwerpen die betrekking hebben op mediation is onmiddellijk benoemd tot minister van Veiligheid en Justitie. Ik heb dus toch maar even de moeite genomen om de wetsontwerpen goed door te lezen en eerlijk gezegd werd ik daar niet vrolijk van. Om te beginnen is er het voorstel inzake de Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht. Ik struikelde al direct over het eerste artikel dat ertoe strekt dat een nieuw artikel 2:4a Awb wordt ingevoerd. Daar moet in komen te staan: *“Het bestuursorgaan*

spant zich in om geschillen met burgers te voorkomen door vroegtijdige en actieve communicatie.”

Een open deur lijkt mij, hetgeen de vraag oproept of open deuren wettelijk moeten worden verankerd. Ik denk bijvoorbeeld aan een wettelijke bepaling waarin staat dat bankiers zich inspinnen om geld uit te lenen.

Ik heb de literatuur erbij gepakt en gezien dat ik niet de enige ben die moeite heeft met symboolwetgeving zoals deze. Ik las de ronduit vernietigende kritiek van Bert Marseille in de JB (Jurisprudentie Bestuursrecht Plus 2014, pagina 194 e.v.), waarin hij zich beperkt tot het wetsvoorstel dat betrekking heeft op het bestuursrecht en wijst op de overbodige bepalingen daarin en de slordigheden en inconsistenties. Zijn conclusie is dat het voorstel niets bevat wat bestuursorgaan en rechter niet al mogen en maar weinig waar ze niet reeds toe verplicht zijn.

Er is één uitzondering, namelijk het voorgestelde nieuwe artikel 8:41a Awb. Dat verplicht de rechter met partijen te onderzoeken of een ‘rechtmatige’ (dus niet een onrechtmatige!) minnelijke oplossing mogelijk is. Op dit punt gaat het wetsvoorstel verder dan het voorstel dat ziet op het civiele recht. Marseille vindt dat dit artikel te vroeg komt en dat eerst maar eens moet worden afgewacht hoe de nieuwe zaaksbehandeling zich ontwikkelt.

De tendens in de literatuur is dat het wetsvoorstel als een soort homeopathisch middel wordt gezien: baat het niet, dan schaadt het niet.

Dat geldt ook voor het voorstel inzake de Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht. Ook hiervoor geldt dat het meer vragen oproept dan beantwoordt. Er staat onder meer dat de civiele rechter partijen kan verwijzen naar een registermediator. Daar wordt het niet bij gelaten. Er wordt onder meer aan toegevoegd dat dat in beginsel aan de orde is bij geschillen met ‘een relationele dimensie’. Ik zou dan denken dat dat altijd het geval is, maar in het ontwerp wordt vervolgens een opsomming gegeven van geschillen met een relationele dimensie, waaronder geschillen tussen werkgever en werknemer. Daarnaast wordt onder meer melding gemaakt van de categorie ‘duurovereenkomst in algemene zin’. Kennelijk heeft een geschil tussen een ZZP’er en een incidentele opdrachtgever volgens de indiener van het wetsontwerp geen relationele dimensie.

Afgewacht zal moeten worden of de wetsontwerpen al dan niet een vroege dood sterven. Het zou zomaar kunnen, want een minister van Veiligheid en Justitie is tegenwoordig nu eenmaal vooral bezig met het bestrijden van de misdaad en het goed administreren van bonnetjes.

In de literatuur wordt ook aandacht gevraagd voor de vrijwilligheid van mediation en de beperking daarvan in de praktijk. Weliswaar kan werkgever noch werknemer deelname aan mediation door de andere partij afdwingen, maar een weigering kan consequenties hebben, in het bijzonder voor de ontbindingspraktijk in het civiele arbeidsrecht. Denk aan de hoogte van de ontbindingsvergoeding. Mediation wordt dan ook wel eens omschreven als een strategisch verplichte omweg, oftewel 'pro forma mediation'.

Verder is er de nodige jurisprudentie over mediation, in het bijzonder van de civiele rechter. Daarbij gaat het meestal om het spanningsveld tussen de geheimhoudingsverplichting voor partijen en het belang van waarheidsvinding in een procedure. Zo heeft de Hoge Raad in 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BG9470) bevestigd dat een mediator geen verschoningsrecht heeft. Interessant is ook een uitspraak van 1 oktober 2014 van de Rechtbank Noord-Holland (ECLI:NL:RBNHO:2014:13082) in een zaak waarin een advocaat die geen partij was bij een mediationovereenkomst, maar daarmee wel bekend was, mediationverslagen had overgelegd aan de rechter. Het Hof van Discipline vond dit tuchtrechtelijk verwijtbaar. De rechtbank oordeelde echter dat het belang van de werknemer om de rechter kennis te laten nemen van de mediationverslagen dermate zwaarwegend was dat een onverkorte nakoming van de geheimhoudingsverplichting niet kon worden gevegd.

Als uitsmijter noem ik nog een ambtenarenrechtelijke uitspraak van 5 november 2014 waarin werd geconcludeerd dat 'naar huidig recht' een mediationclausule in een vaststellingsovereenkomst niet in rechte afdwingbaar is. Als ik het goed zie, blijkt dat ook zo, zelfs indien het wetsvoorstel van Van der Steur wordt aangenomen. Het betreft hier overigens een uitspraak van de Rechtbank Den Haag (ECLI:NL:RBDHA:2014:13434), afkomstig van de eerste spreker van vandaag: Dick Allewijn. Ik wil hem dan ook graag het woord geven om nader in te gaan op het thema 'Mediation vanuit het perspectief van de rechter'.