

# Prettig contact bij de mediator

## Beschouwingen over het conflicthanteringspalet en de plaats van mediation daarin<sup>1</sup>

Dick Allewijn<sup>2</sup>

De ontdekking van mediation vormde de opmaat tot de pioniersprojecten die tegenwoordig worden gekanaliseerd in “Prettig contact met de overheid”. In veel gevallen bleek de “formele” mediation een te zwaar middel om tot oplossing van kwesties tussen overheid en burger te komen. Een of meer prettige gesprekken tussen burger en ambtenaar doen vaak al wonderen. In deze bijdrage onderzoek ik wat de plaats van mediation nog kan zijn in het conflicthanteringspalet. Ik betrek de voorgenomen wetgeving ter bevordering van mediation van kamerlid Ard van der Steur in mijn beschouwingen.<sup>3</sup>

### 1. Het conflicthanteringspalet

De mooie boekenserie “Prettig contact met de overheid” begon in 2010 met de “Praktische handreiking voor het inzetten van mediationvaardigheden” van Euwema, Van der Velden en Koetsenruijter. Een praktische handreiking weliswaar, maar niettemin gebaseerd op theoretische noties. Die betroffen conflicten in het algemeen, en conflicten tussen overheid en burger in het bijzonder. De informele aanpak werd onderverdeeld in vijf verschijningsvormen:

1. Bellen
2. Keukentafelgesprek
3. Informeel overleg
4. Informeel overleg met een onafhankelijke gespreksleider
5. Mediation.

Het boek bevat het conflicthanteringspalet, waarin deze vijf informele oplossingsmethoden worden aangevuld met de formele procedures.<sup>4</sup> De bellende ambtenaar is in deze benadering degene die de conflict diagnose maakt, teneinde tot een passende interventiemethode te komen.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Dit opstel is afgerond op 8 augustus 2013, en dus voordat tweede kamerlid Van der Steur zijn voorontwerp van wet verving door het wetsontwerp dat nu voor advies bij de Raad van State ligt.

<sup>2</sup> Dick Allewijn is bestuursrechter bij de Rechtbank Den Haag, NMI-registermediator, trainer, docent en publicist. Hij schreef een boek over mediation met de overheid (“Met de overheid om tafel, fair play aan beide kanten”, tweede herziene druk, Den Haag: SDU 2013) en promoveerde in 2011 bij prof. dr. A.F.M. Brenninkmeijer op een proefschrift getiteld: “Tussen partijen is in geschil ... , de bestuursrechter als geschilbeslechter” Den Haag: SDU (2011).

<sup>3</sup> Voorontwerp van een initiatief wetsvoorstel van Tweede kamerlid Ard van der Steur bestaande uit: 1) Wet registermediator, 2) Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht, en 3) Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht.

<sup>4</sup> Euwema, M.C., Van der Velden, L. & Koetsenruijter, C.C.J.M. (2010). *Prettig contact met de overheid* 1. Den Haag: Ministerie van BZK, pag. 46/47.

<sup>5</sup> In het Engelse taalgebied zou men zeggen: “To fit the forum to the fuss”.

Daarbij let hij vooral op de mate waarin het conflict geëscaleerd is. Voor het onderwerp conflictescalatie wordt verwezen naar de welbekende escalatieladder van Glasl.<sup>6</sup>

Enkele relevante inzichten uit de theorievorming rond conflictescalatie zijn:

- Een conflict onderscheidt zich van de enkele belangentegenstelling of het enkele verschil van mening door de emotionele component: het gevoel door de ander te worden gedwarsboemd.
- Een conflict heeft, door het actie-/reactiepatroon waaruit het in feite bestaat, de neiging te escaleren. De escalatie kent drie hoofdfasen. In de eerste hoofdfase is er een probleem waarin de standpunten zich dreigen te verharderen. Partijen kunnen het nog samen oplossen. In de tweede escalatiefase is er sprake van strijd, partijen zijn tegenstanders geworden, zij kunnen er zonder hulp van buitenaf niet meer uitkomen. In de derde fase is het oorlog, strijd op alle fronten, het bekende: samen de afgrond in. Partijen zijn elkaars vijand geworden. Interventie van een persoon of institutie met beslissingsmacht is geboden om geweld en eigenrichting te voorkomen.
- In de loop van de conflictescalatie framen partijen hun conflict in de termen van een dispuut. Elk van beiden claimt het eigen gelijk en is bereid dat (en daarmee het ongelijk van de ander) te bewijzen. Een transformatie met nadelen (de emotionele component verdwijnt uit zicht, terwijl emotie, het gevoel te worden gedwarsboemd, toch aan de basis stond van het conflict), maar ook met voordelen (het conflict koelt af, en wordt vatbaar voor beslechting door een derde).
- Eenzijdige conflicten bestaan: de een heeft wel het gevoel dat de ander hem dwarsboemt, maar de ander heeft geen wederkerige gevoelens van gedwarsboemd worden. Bij een bepaalde mate van escalatie wordt echter elk conflict tweezijdig. Bij de keuze van de juiste conflictoplossingsmethode moet worden aangesloten bij de escalatiegraad waarin de meest geëscaleerde partij zich bevindt.

In het ideale geval heeft de bellende ambtenaar deze inzichten in zijn bagage. Het feit dat hij de burger opbelt, hem met respect behandelt, belangstelling heeft voor zijn verhaal, en bereid is om de mogelijkheid van een informele oplossing te onderzoeken, heeft doorgaans op zichzelf al een de-escalierend effect op het gedrag van de burger. Blijft dat effect uit, dan is het vijandsbeeld dat de burger over de overheid heeft opgebouwd kennelijk van dien aard, dat er meer voor nodig is dan een prettig gesprek om de overheid weer te gaan vertrouwen. Mogelijk is er inmiddels sprake van negatieve gevoelens over en weer. Neemt de bellende ambtenaar dan contact op met de afdeling waar het besluit is genomen, dan moet hij goed tussen de regels door kunnen luisteren. Hoe spreekt men daar over de burger en zijn gedrag? Wordt er nog respectvol over de burger gesproken, dan is het conflict kennelijk nog niet wederzijds. Maar soms worden er uitspraken gedaan die erop duiden dat ook de behandelende ambtenaren deze burger als tegenstander zijn gaan percipiëren. Uitspraken van het type: "Oh, ben je met die in gesprek? Nou, succes!"

---

<sup>6</sup> Glasl, F. (2001). *Help! Conflicten: heb ik een conflict of heeft het conflict mij?* Zeist: Cristofoor, pag. 100 e.v., Prein, H.C.M. (2013) Conflicten. In Brennikmeijer c.s. *Handboek Mediation*. vijfde druk, pag. 91. Euwema, Van der Velden en Koetsenruijter, 2010, pag 57. & Allewijn, D. (2011). *Tussen partijen is in geschil ... , de bestuursrechter als geschilbeslechter*, diss. Leiden, Den Haag: SDU, pag. 131 e.v.

Op basis van al deze signalen maakt de bellende ambtenaar zijn conflict diagnose. In de meeste gevallen zijn burger en overheid nog niet elkaars tegenstanders. De eerste drie varianten uit het conflicthanteringspalet zijn dan adequaat. Het geven van informatie of uitleg, het wegnemen van misverstanden en het herstellen van fouten zijn dan adequate interventies.

Zijn overheid en burger al elkaars tegenstanders geworden, dan komt informeel overleg met een onafhankelijke derde in beeld. Informeel overleg met een onafhankelijk gespreksleider is geïndiceerd als er meerdere conflictpartijen zijn of wanneer de communicatie en de relatie tussen de indiener en de betrokken ambtenaar moeizaam is geworden. Deze vorm van overleg is laagdrempeliger dan “formele” mediation, want aan mediation zijn normen en procedures (zoals bijvoorbeeld het NMI-reglement) verbonden.<sup>7</sup> De neutrale derde heeft geen beslissingsmacht, maar doet er toch goed aan zich te laten leiden door de beginselen van de procedurele rechtvaardigheid. Bijzonder is nu, dat de overheid, normaal gesproken de partij die procedurele rechtvaardigheid aan de burger zou moeten bieden, nu als het ware object van procedurele rechtvaardigheid wordt. De neutrale derde moet dus ook de overheidsdienaar, met zijn typerende koude conflictgedrag (“regels zijn nu eenmaal regels”) met respect bejegenen, en de bereidheid hebben om ook de onderliggende belangen van de overheid en haar dienaren te onderzoeken (“Vertel, wat maakt de regels belangrijk voor u?”). Bij deze vorm van procedurele rechtvaardigheid is balans essentieel.<sup>8</sup> De “formele” mediation komt in beeld bij geëscaleerde conflicten, bij complexe en/of politiek-bestuurlijk gevoelige zaken, wanneer het om meerdere partijen gaat en wanneer de vertrouwelijkheid van het proces belangrijk is.<sup>9</sup> Of ook, wanneer simpelweg het vakmanschap van de geschoolde mediator gewenst is.

In de hoogste escalatiefase is de bereidheid van partijen om nog met de ander om tafel te zitten, en naar een oplossing te zoeken, doorgaans verdwenen. Zeker als daar agressie, intimidatie en (dreiging met) geweld bijkomen, is er doorgaans geen basis voor informele begeleiding of mediation. De gang naar de rechter ligt dan voor de hand.<sup>10</sup> Als die rechter de bestuursrechter is, zal deze, in de nieuwe zaaksbehandeling, eerst, liefst in een methodisch

---

<sup>7</sup> De formele inbedding van mediation heeft overigens juist als doel om de mediationkamer tot een veilige plek voor ieder te maken. Bijvoorbeeld door de vertrouwelijkheid te waarborgen en klacht- en tucht recht toepasselijk te maken op de mediator.

<sup>8</sup> Elke neutrale derde, dus de informele gespreksleider en de mediator, maar ook de voorzitter van de bezwaardviescommissie en de rechter, moet beide conflictpartijen met hun verhalen op een uitgebalanceerde manier uit de verf laten komen. Verliest de neutrale derde de balans uit het oog, dan zet hij zijn neutraliteit op het spel. Slechts enkele natuur таланten is het gegeven om zonder een methode deze balans te houden. De methode die mediators hanteren, is doorgaans het in beeld brengen van de belangen van elk van partijen, deze gegroepeerd op een flip-over schrijven, en net zo lang bij ieder doorvragen tot allen zeggen: “Ja, daar staan mijn belangen”. De methode die rechters op pleitzittingen hanteren is elk van partijen de gelegenheid geven hun standpunt voor te dragen. Comparerende rechters die niet methodisch te werk gaan, zetten hun neutraliteit op het spel, hetgeen zich kan vertalen in een verhoogd aantal klachten, wrakingen en appellen. Er zijn goede methoden ontwikkeld, zoals het 7-i model voor conflict diagnose van Giebels en Euwema, operationeel gemaakt in het cursusboek voor de Conflict diagnose zitting van SSR, en het model “Methodische vraagstelling op zitting” van Pieters, Van Leuven en Admiraal (SSR 2011).

<sup>9</sup> Euwema, Van der Velden & Koetsenruijter 2010, pag. 48.

<sup>10</sup> A.w. blz. 59.

gesprek, met partijen nagaan of zij inderdaad in die hoge escalatiestand zitten. Als dat niet zo is, dan kan hij hen voorstellen alsnog terug te schakelen naar een van de informele interventies.

Lag de theoretische fundering van het “Prettig contact met de overheid” in dat eerste deel vooral bij de sociaal-psychologische inzichten rond conflictescalatie, gaandeweg is, als ik het goed zie, in die theoretische fundering meer de nadruk komen te liggen op de rechtvaardigheidstheorieën, met name het leerstuk van de procedurele rechtvaardigheid.<sup>11</sup> Dit leerstuk biedt belangrijke inzichten en richtsnoeren voor concreet handelen in het kader van prettig contact. Je zou kunnen zeggen: voor de verschijningsvormen 1) t/m 3) van de informele aanpak is de procedurele rechtvaardigheid leidend als theoretische basis voor de manier waarop de overheid met de burger omgaat. Een klacht of bezwaar van een burger wordt primair opgevat als een signaal dat de burger zich gedwarsboemd voelt door de overheid. De overheid voelt zich niet gedwarsboemd door de burger, en kan, zonder naar het eigen gelijk te zoeken, aan de burger laten blijken dat zij hem eerlijk wil behandelen. Zij kan hem zijn verhaal laten doen, hem laten blijken dat zij hem gezien, en zijn verhaal gehoord heeft, en wel in een *face-to-face* contact waarin zij de burger vriendelijk en respectvol tegemoet treedt. Deze handelwijze zorgt ervoor dat het actie- en reactiepatroon dat we conflictescalatie noemen in veruit de meeste gevallen niet optreedt. Met als bonus dat de burger, die de vraag of hij een institutie kan vertrouwen afmeet aan concrete contacten met vertegenwoordigers van die institutie, uit het proces tevoorschijn komt met een verhoogd vertrouwen in de overheid.

Ook voor de verschijningsvormen 4) en 5) zijn, zoals we zagen, de inzichten over procedurele rechtvaardigheid van belang, ditmaal met name voor de neutrale derde, die met overheid en burger om tafel gaat. Maar als het hoog is opgelopen is het bieden van procedurele rechtvaardigheid niet voldoende om partijen in beweging te krijgen. Specifieke interventies, gericht op de-escalatie, zijn nu geboden. Dan komen de “mediationvaardigheden”<sup>12</sup> uit de begintijd van de pioniersprojecten, weer in beeld. LSD<sup>13</sup> is nu niet meer voldoende, vaardigheden als metacommunicatie, feed-back geven en herformuleren moeten nu worden ingezet.

Ik heb de indruk dat de eerste drie verschijningsvormen van de informele aanpak binnen de overheid, waarin de overheid nog geen onderdeel van het probleem is, en dus nog onderdeel van de oplossing kan zijn, makkelijker geadopteerd worden dan de laatste twee, waarin de overheid onderdeel van het probleem is, en er dus een derde-interventie nodig is. ik heb het niet onderzocht, en ik kan er dan ook geen geldige uitspraken over doen. Wel kan ik er, op basis van mijn persoonlijke waarnemingen in “het veld”, enkele hypothesen over formuleren.

---

<sup>11</sup> Zie Van den Bos, K & Van der Velden, L. (2013). *Prettig contact met de overheid 4: Legitimiteit van de overheid, aanvaarding van overheidsbesluiten en ervaren procedurele rechtvaardigheid*. Den Haag: Ministerie van BZK.

<sup>12</sup> Het woord is trouwens terecht in onbruik geraakt, deze vaardigheden zijn alleen mediationvaardigheden als zij in een mediationachtige setting worden aangewend.

<sup>13</sup> Luisteren, Samenvatten en Doorvragen.

## 2. De overheid als conflictpartij

Op het oog zou men zeggen, dat de overheid, als oudste en meest wijze partij, de eerst aangewezene is om, als een conflict met een burger uit de hand loopt, stappen te zetten in de richting van de-escalatie. Toch ontpopt de overheid zich soms als een hardnekkige conflictpartij. En als de overheid eenmaal de hakken tegenover de burger in het zand heeft gezet, is het nog niet zo eenvoudig om die er weer uit te krijgen. Mediators, voorzitters van bezwaaradviescommissies en comparerende bestuursrechters, zij allen vragen zich van tijd tot tijd af: “Hoe krijg ik (in hemelsnaam) de overheid in beweging?”

Een factor die daarbij een rol speelt is, dat het de overheid eigenlijk bij wet verboden is om met haar burgers in conflict te zijn. Zij moet, van artikel 1 van de Grondwet, alle burgers gelijk behandelen, en zij is verplicht, volgens artikel 2:4 van de Awb, haar burgers zonder vooringenomenheid tegemoet te treden. Niets menselijks is onze overheden vreemd. Maar een bestuursorgaan dat toegeeft dat zij met haar burger in conflict is, en dat zij eigenlijk van deze burger wil winnen, verzwakt op die manier haar eigen positie. Elke overheidsdienst die met burgers omgaat, kent burgers met wie de ambtenaren “het helemaal gehad” hebben. Burgers jegens wie een vijandsbeeld gekoesterd wordt. De conflictuiting van zo’n bestuursorgaan zal dan niet zijn: “Wij hebben het helemaal met u gehad”, maar: “Als u zich niet bij ons besluit kunt neerleggen staat het u vrij om in bezwaar te gaan”. Het eerste klinkt onredelijk, en kan leiden tot een verloren klachtprocedure, het tweede klinkt een stuk redelijker. Maar toch lang niet zo redelijk als: “Wat jammer dat u zich niet bij ons besluit kunt neerleggen, laten we samen eens onderzoeken wat wij als overheid wel voor u kunnen betekenen”. Dat stukje toeschietelijkheid reserveert de overheid voor burgers met wie zij niet in conflict is. De verplichte redelijkheid<sup>14</sup> leidt tot het voor de overheid zo typerende “koude conflictgedrag”. Ontkenning dat men een probleem heeft, kan er onderdeel van zijn: “Wij hebben geen conflict” (en hoeven dus ook niet te bewegen om aan een oplossing mee te werken).

Een andere, hiermee samenhangende factor ligt in de notie van eenzijdigheid die de bestuursrechtelijke dogmatiek beheerst.<sup>15</sup> Bestuursrechtjuristen zijn geneigd de bestuursrechtelijke rechtsstrijd te definiëren als een strijd van een burger tegen een document (het bestuursbesluit) en niet als een strijd tussen de burger en zijn overheid. Deze dogmatische insteek staat voor belangrijke rechtsstatelijke waarden.<sup>16</sup> Maar een nadeel is, dat zij het conflictgedrag van de overheid aan het zicht onttrekt. Een burger kan een besluit tot handhaving aanvechten, en de gemeente kan een ambtenaar naar de bezwaarschriftprocedure sturen met een korte pleitnota waarin wordt verwezen naar de beginselplicht tot handhaving. Veel bestuursrechtjuristen vinden het moeilijk onder dit juridisch geschil een conflict tussen overheid en burger te

---

<sup>14</sup> Euwema, Van der Velden & Koetsenruijter 2010, pag. 56.

<sup>15</sup> Zie hierover uitvoerig Gribnau, J.L.M. (1998). *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht: rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst*. Deventer: Kluwer, alsmede mijn eerder aangehaalde dissertatie.

<sup>16</sup> Zie de opstellenbundel van Van der Linden, E.C.H.J. & Tak A.Q.C. (red.) (1995). *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer.

zien. Dat degene die om handhaving verzocht ruzie heeft met de aangeschrevene, dat willen zij wel aannemen. Maar de overheid? Die doet alleen haar werk. Het terugkijken van twee Zembla-uitzendingen uit 2009 (“Gek van de gemeente” en “Procederen tot je erbij neerval”) kan hen uit de droom helpen.

Een derde factor is, dat de overheid, zelfs al is zij de tegenstander van de burger geworden, in feite veel minder last van het conflict heeft dan de burger. De emotionele en financiële schade van het conflict zijn geruime tijd voor de overheid te overzien. Veel langer dan voor de burger. Pas als de burger het uitoefenen van zijn hindermacht maximaal opvoert (zie het recente bezwaarschriftbombardement van een woningverhuurder uit Dordrecht<sup>17</sup>) kan ook de overheid niet meer ontkennen dat zij een probleem heeft. Maar dan zitten partijen inmiddels wel in de hoogste fase van conflictescalatie. De overheid bestempelt de burger tot querulant, hetgeen in de praktijk betekent dat zij hem het recht op een onbevooroordeelde bejegening op de voet van hoofdstuk 2 Awb ontzegt. Het zou interessant zijn eens te onderzoeken hoeveel geld en menskracht de overheid besteedt aan inspanningen om van haar burgers te winnen.

Ik denk dat het lastig is voor beleidsmakers en besluitvormers om deze duistere, conflictueuze kant van het overheidsbestuur onder ogen te zien. Reflectie op eigen handelen is veelal niet de sterkste kant van bureaucratisch gestructureerde organisaties. Terwijl nu juist die reflectie aan tafel bij een onafhankelijk gespreksleider de sleutel vormt tot gedragsverandering aan beide kanten. Juist door het defensieve gedrag van beide partijen jegens elkaar te benoemen, in het licht te brengen, zorgt de gespreksleider ervoor dat beide partijen, meestal in kleine stapjes en met gelijk oversteken, dat gedrag kunnen wijzigen en zich meer constructief jegens elkaar kunnen gaan gedragen.

---

<sup>17</sup> Rechtbank Rotterdam 21 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4905. Een verhuurder van woningen had het aan de stok met de gemeente en besloot de gemeente te gaan dwarszitten door grote hoeveelheden bezwaarschriften in te dienen. Aardig is om te zien, hoe in de publieke opinie de sympathie in dat geval bij de gemeente is komen te liggen. De eigenaar van het verhuurbedrijf werd onmiddellijk aangemerkt als “huisjesmelker”. De bijdrage die de gemeente had geleverd aan het bereiken van de hoogste escalatiegraad bleef in de berichtgeving onbelicht.

### 3. Palet 4 en 5: Informeel overleg met een onafhankelijke gespreksleider of mediation

Een gestructureerde gespreksvoering onder leiding van een onafhankelijke derde heeft eigenstandige betekenis tussen de vormen van informeel overleg tussen overheid en burger aan de ene kant en formeel bezwaar en beroep aan de andere kant. Die betekenis bestaat er allereerst in, dat de overheid haar regierol even los kan laten, en even gewoon een conflict-partij mag zijn. De mens die de overheid vertegenwoordigt, mag eindelijk terugpraten en de belangen van de overheid op tafel leggen. Die belangen zijn, in een geëscaleerd conflict, vrijwel steeds inhoudelijk, procedureel en psychologisch van aard.<sup>18</sup> Inhoudelijk: oplossing die past binnen wet- en regelgeving en als het even kan binnen ons beleid. Procedureel: Wij vinden het belangrijk dat ook onze inbreng aan bod komt. Psychologisch: Begrip voor onze positie als overheid, erkenning van het feit dat wij er over gaan, respectvol tegemoet getreden worden door onze burgers.

Een ander uniek kenmerk van de gestructureerde gespreksvoering onder leiding van een onafhankelijke gespreksleider is, dat daarin gewerkt kan worden aan een wijziging van de probleemdefinitie. Conflictpartners hebben de neiging hun probleem zodanig te definiëren dat hun beider oplossingen elkaar uitsluiten. “Ik heb recht op een traplift” vs. “U heeft geen recht op een traplift”. Zolang dit de definitie blijft, is een consensuele oplossing niet goed denkbaar, hooguit in de procedure (bindend advies vragen). De gespreksleider kan het relationele aspect van het conflict terug in beeld brengen: Hoe gaan overheid en burger met elkaar om als er een probleem is rond de mobiliteit in huis? Welke verwachtingen hebben zij van elkaar in termen van bejegening en fair play?

Maar de wijziging van probleemdefinitie gaat dikwijls nog veel verder. Een collega mediator vertelde mij - nadat zij de deelnemers onherkenbaar had gemaakt - het volgende verhaal: *Een mediation op verwijzing van de Raad van State in een geschil over de milieuvergunning van een opslagbedrijf. De probleemdefinitie bij de bestuursrechter was: Verdraagt de vergunning zich met de toepasselijke geschreven en ongeschreven rechtsnormen? De gespecialiseerde advocaat die de appellant te hulp had geroepen, had nogal wat zwakke plekken in de vergunning blootgelegd, binnen de juridische probleemdefinitie was de kwestie bepaald complex. In de vertrouwelijkheid van de mediation legden partijen hun onderliggende drijfveren bloot. De omwonende appellanten hadden al lang besloten om weg te gaan, de gemeente had al lang besloten om te zijner tijd te gaan onteigenen, het opslagbedrijf had al lang besloten om uit te breiden. Onderhandelingen over een uitkoopprijs, vooruitlopend op een formele onteigening, waren echter vastgelopen. Sindsdien hielden de drie partijen elkaar gevangen in het complexe geschil over de milieuvergunning (en in nog een vijftal rechtszaken bij de rechtbank over bouwvergunningen en handhavingsverzoeken). De nieuwe probleemdefinitie werd: Hoe trekt u de onderhandelingen over de koopprijs weer vlot en wat kunt u daarin voor elkaar betekenen? Nadat dat probleem was opgelost (daar gingen, vanwege de hoge escalatiegraad, toch nog vier mediationsessies overheen), konden alle rechtszaken worden beëindigd.*

---

<sup>18</sup> Euwema, Van der Velden & Koetsenruijter 2010, pag. 83.

Kwesties als deze komen vrij veel voor. Een wijziging van probleemdefinitie als hier aan de orde zal bij de bestuursrechter, ook in de nieuwe zaaksbehandeling, niet spoedig kunnen plaatsvinden. Goed gezien dus van de dienstdoend staatsraad, die partijen een mediation-voorstel deed.

En zo heeft het gestructureerde gesprek onder leiding van een onafhankelijk gespreksleider, zijn eigen, bescheiden plek in het conflicthanteringspalet. In 88% van de gemeenten bestaat bekendheid met mediation. Mediation is vaak maatwerk, voor langsepende kwesties of voor gevallen waarin de burger of het bedrijf erom vraagt.<sup>19</sup> Mediation wordt bij gemeentes vooral effectief geacht als informele conflictbemiddeling niet tot het gewenste resultaat heeft geleid. Ook acht men een externe mediator gewenst als het gaat om de behandeling van klachten tegen een bestuurder.<sup>20</sup> De beoordeling of een conflict zich leent voor mediation is vooral een zaak van de behandelend ambtenaar, de (secretaris van de) bezwaarschriftencommissie en de klachtenfunctionaris. In 25% van de gevallen komt het College van Burgemeester en Wethouders eraan te pas. Er bestaat een voorkeur voor interne mediators. Vaak vormen die een regionale poule, zodat men in elkaars gemeente de rol van onafhankelijk mediator kan vervullen.<sup>21</sup>

## 4. Mediation en het voorontwerp van Van der Steur: meer van hetzelfde of nieuwe invalshoeken?

Zoals bleek heeft het gestructureerde gesprek met een onafhankelijk gespreksleider, in matig tot hoog geëscaleerde conflicten, een aantal voordelen:

- De omgangsvormen over en weer kunnen aan de orde komen,<sup>22</sup>
- Het geschil kan uit zijn juridische schil worden gehaald,
- Beide partijen kunnen worden uitgenodigd tot het loslaten van hun conflictgedrag jegens elkaar, en:
- Wijziging van probleemdefinitie kan een onoplosbaar geschil tot een oplosbare kwestie maken.

Inmiddels spreek ik in deze fase van mijn betoog niet meer over mediation, maar over het gestructureerde gesprek met een onafhankelijk gespreksleider. Dat heeft te maken met twee van de drie voorontwerpen van wet die het tweede kamerlid Van der Steur afgelopen voorjaar presenteerde: de Wet registermediator en de Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht. Van der Steur wil een wettelijk register van mediators aanleggen. Om geregistreerd te worden, moeten mediators aan een aantal eisen voldoen inzake initiële opleiding, perma-

---

<sup>19</sup> Rapport NMI/Vereniging Gemeentemediation: De stand van mediation anno 2012/2013, blz. 4.

<sup>20</sup> A.w. blz. 6.

<sup>21</sup> A.w. blz. 6/7.

<sup>22</sup> Meer uitgebreid schreef ik hierover in "Onze defensieve overheid", *Tijdschrift voor Conflicthantering*, 2013 nr. 3, blz.



nente educatie en ervaring. Bij de opleidingseisen hoort dat de mediator een door de Minister van Veiligheid en Justitie erkende juridische opleiding heeft gevolgd en daardoor onder andere de competenties heeft om vaststellingsovereenkomsten als bedoeld in artikel 900 van boek 7 BW te redigeren, en het juridisch kader ter zake van het rechtsgebied waarop hij werkt te verwoorden.<sup>23</sup> De registermediator moet partijen namelijk informeren over het juridisch kader dat aan de orde is.<sup>24</sup> Rechters en bestuursorganen mogen, behoudens uitzonderingen, uitsluitend gebruik maken van registermediators.<sup>25</sup> De mediator wordt in dit voorontwerp van wet in feite gepositioneerd als een juridisch beroepsbeoefenaar, die voorlichting over het toepasselijke recht inzet als middel om partijen tot elkaar te brengen. Op zichzelf kan dit goed werken op terreinen waar conflicten hoog zijn opgelopen, zonder dat zij al zijn gejuridiseerd. Schoolvoorbeeld is dat van de advocaat-scheidingsbemiddelaar. De echtelieden hebben letterlijk de schrik van hun leven: hun huwelijk is mislukt. Wat nu? Een proces bij de advocaat-scheidingsbemiddelaar, die hen meeneemt in het proces van scheiding, en hen tegelijkertijd informeert over de marges waarbinnen zij de gevolgen van hun verdrietige beslissing kunnen regelen, brengt rust en voorkomt onnodige juridisering. Overigens zijn er veel goede samenwerkingverbanden tussen advocaat-echtscheidingsbemiddelaars en psycholoog-bemiddelaars die naar elkaar verwijzen. De psycholoog begeleidt het psychologische proces van scheiding, de advocaat de zoektocht naar een voor beiden aanvaardbare juridische regeling.

Buiten de wereld van de echtscheiding bestaan er echter wel bedenkingen tegen de mediator die ook de juridische voorlichting voor zijn rekening neemt. Die nadelen spelen in conflicten tussen overheid en burger eens te meer. Vaak is daar het probleem niet een tekort aan juridische voorlichting, maar een overdaad daaraan. De jurist-mediator die zich uitspraken veroorlooft over het juridische geschil van partijen, hanteert daardoor, wat Brink in het voetspoor van Kolb noemt: het *settlement-frame*.<sup>26</sup> De mediator helpt partijen een compromis tussen de standpunten te vinden. Veel conflictpartijen zijn meer gebaat zijn bij het *communication frame*. De mediator schept een atmosfeer waarin partijen elkaar weer kunnen horen en weer rekening kunnen houden met elkaar en elkaars belangen. Door voor te schrijven dat de mediator partijen informeert over het juridisch kader dreigt de Wet registermediator partijen op te leggen in welk *frame* zij moeten gaan zitten. En dat is nu juist niet de basisgedachte van mediation. Die gedachte is, dat partijen de regie over hun eigen probleem weer in eigen hand nemen en zelf gaan zoeken naar de beste (rechtmatige) oplossing. Daarbij past dat zij zelf bepalen of zij juridische voorlichting willen hebben en zo ja, van wie. In de praktijk die zich in Nederland heeft ontwikkeld, heeft de mediator de verantwoordelijkheid om de wenselijkheid van het inwinnen van juridisch advies met partijen te bespreken. Niet om dat advies ook zelf te geven. Juist in conflicten tussen overheid en burger heeft het *communication frame* dikwijls meer kansen dan het *settlement frame*. Door de werking van het legaliteitsbeginsel, en door de pijlsnelle juridisering die aan deze conflicten eigen is, valt er op het juridische inhoudsniveau vaak niet veel meer te *settelen*. De gedachte dat mediation gericht is op compromissen op inhoudsni-

---

<sup>23</sup> Concept AMvB artikel 5 sub d en e.

<sup>24</sup> Artikel 21, tweede lid, ontwerp Wet registermediator.

<sup>25</sup> Artikel 22, eerste lid, ontwerp Wet registermediator.

<sup>26</sup> Brink M. (2012). *(Business) Mediation en Materiedeskundigheid*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers, pag. 123.

veau, maakt potentiële verwijzers in de wereld van het openbaar bestuur (buiten de fiscaliteit) juist kopschuw over mediation.<sup>27</sup> Het herstellen van relatie en communicatie tussen overheid en burger, en het komen tot een gewijzigde probleemdefinitie (van: “wat kan er niet?” naar: “wat kan er wel?”) moet dus de belangrijkste insteek blijven van conflictbemiddelaars in de wereld van het openbaar bestuur.

Informatie geven over het juridisch kader, dat kan de overheid zelf wel. Het juridisch inkaderen kan de mediator bovendien in riskant vaarwater brengen en hem ertoe brengen de emotionele, psychologische en gedragsmatige kanten van het conflict over het hoofd te zien.

Het zal duidelijk zijn, als Van der Steurs register er komt, zullen ook mediators die uitgaan van de behoefte van partijen, en niet van het juridisch kader, er een plek in moeten krijgen. Mediators die partijen helpen in een zoektocht naar alternatieve paradigma's. De oplossing in het hierboven beschreven voorbeeld was er niet gekomen als mijn collega-mediator partijen de regels van het milieurecht, het ruimtelijk ordeningsrecht en het onteigeningsrecht was gaan voorhouden. Zij ging op zoek naar de angel van de vastgelopen onderhandeling (“terug naar het verleden zolang het moet”) en naar de belangen die voor elk van partijen in de toekomst op het spel stonden (“op naar de toekomst zodra het kan”). Indien de mediator die uitgaat van het juridische kader de enige optie wordt, moet de vrijheid om naar de meest geschikte conflictbemiddelaar te zoeken buiten de formele mediation gezocht worden. Variant 4 van het conflicthanteringspalet (de neutrale derde niet zijnde mediator) komt dan scherper in beeld. Nu al worden, naast de “formele” mediator, ook andere neutrale derden ingeschakeld. Belangrijkste is natuurlijk dat beide partijen er vertrouwen in hebben. Gaat Van der Steurs plan door, dan krijgt die informele mediation de wind in de zeilen. Al mogen we het dan, vanwege artikel 22 van zijn wet, geen mediation meer noemen.

Er is veel kritiek op de juridische inkadering waartoe Van der Steur de registermediator wil verplichten.<sup>28</sup> Laten we er dus vanuit gaan, dat amenderingen in het verdere wetgevingsproces ertoe zullen leiden dat ook de niet-juridisch georiënteerde mediator zich registermediator mag blijven noemen en mediationovereenkomsten met zijn of haar cliënten mag blijven sluiten.<sup>29</sup> Dan zal mediation haar plaats ook in het conflicthanteringspalet van “Prettig contact” blijven houden. Dat maakt het interessant om te kijken naar de manier waarop van der Steur mediation in het bestuursrecht wil bevorderen.

---

<sup>27</sup> Rapport NMI/Vereniging Gemeentemediation: De stand van mediation anno 2012/2013, blz. 7.

<sup>28</sup> Zie de reactie van de federatie van mediatorsverenigingen i.o. d.d. 24 juni 2013, te raadplegen op [www.NMI-mediation.nl](http://www.NMI-mediation.nl).

<sup>29</sup> Pikant in dit verband: Van de 27 mediators die voor de Raad van State werken zijn er 8 niet-jurist.

## 5. Van der Steur en het *submission problem*

Mediation heeft op bepaalde terreinen vaste voet aan de grond gekregen. Bij problemen rond omgang en scheiding, bij problemen in de buurt, en bij problemen in arbeidsrelaties is de gedachte aan mediation vanzelfsprekend. Baarsma en Barendrecht stellen echter vast dat de doorgroei stagneert.<sup>30</sup> Zij schrijven dat onder andere toe aan het *submission problem*: Voor twee personen of instituties die een conflict hebben is het moeilijk om op hetzelfde moment voor dezelfde oplossingsmethode, te weten mediation te kiezen. Dat is een van de redenen voor Van der Steur om de vrijblijvendheid te verkleinen in zijn initiatief wetsontwerp. Voor het bestuursrecht stelt hij in dat verband voor:

- Het bestuursorgaan kan in de bezwaarfase belanghebbenden in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation (artikel 7:3A Awb)
- De beslistermijn voor het besluit op bezwaarschrift wordt opgeschort zolang de mediation loopt (artikel 7:10 Awb)
- In het besluit op bezwaarschrift worden de redenen vermeld waarom geen mediation heeft plaatsgevonden (artikel 7:12 Awb)
- De bestuursrechter kan aan partijen mediation voorstellen (artikel 8:32a Awb).

Voor het belastingrecht stelt hij een iets andere regeling voor.

Interessante voorstellen, die zullen leiden tot nieuw debat over de plaats van mediation bij geschillen tussen overheid en burger. Enkele beschouwingen van mijn kant.

Wederom wordt de overheid hier in de regierol gepositioneerd. Het bestuursorgaan kan de belanghebbende een mediationvoorstel doen. Maar kan de belanghebbende het bestuursorgaan een mediationvoorstel doen? Als er in het bestuursrecht al een *submission problem* is, dan ligt het daar. De meeste burgers willen een conflict, zolang dat nog niet in de hoogste escalatiefase verkeert, wel in een face to face contact met een overheidsdienaar oplossen. Het project "Prettig contact met de overheid" wijst uit, dat daar doorgaans geen formele mediation voor nodig is.<sup>31</sup> Problemen rijzen, als de overheid zelf conflictpartij is geworden. De formele procedures zijn dan haar domein geworden, voor informeel contact met de burger heeft zij een prikkel nodig.

De Federatie van mediatorsverenigingen stelt dit aan de orde in haar reactie op het initiatief wetsvoorstel van Van der Steur: "De insteek van het voorliggende wetsvoorstel lijkt, dat juridische procedures de overheid meer mogelijkheid van regie over de kwestie geven, dan de onzekerheid van het mediationgesprek; dit tegen de achtergrond, dat in politiek-bestuurlijke constellatie zaken gewonnen moeten worden."<sup>32</sup> De Federatie grijpt terug op een oud voor-

---

<sup>30</sup> Baarsma, B. & Barendrecht, M. (2012). Mediation 2.0. *Nederlands Juristenblad*, jaargang 2012 nr. 32, pag. 2239-2243.

<sup>31</sup> Zie Rapport NMI/Vereniging Gemeentemediation: De stand van mediation anno 2012/2013, blz. 19: Het aantal mediations is gemiddeld niet gestegen, wat een gevolg is van de succesvolle voorliggende voorziening van de informele aanpak met toepassing van mediationvaardigheden."

<sup>32</sup> Zie de reactie van de federatie van mediatorsverenigingen i.o. d.d. 24 juni 2013, te raadplegen op [www.NMI-mediation.nl](http://www.NMI-mediation.nl).

stel van de Vereniging Gemeentemediation, namelijk om in de Awb op te nemen:  
*Indien een burger zich tot een bestuursorgaan wendt met het verzoek een kwestie in mediation met hem op te lossen, is dat bestuursorgaan gehouden dat verzoek te honoreren door een gesprek te faciliteren onder leiding van een neutrale en onafhankelijke voorzitter of begeleider om in dat gesprek te zoeken naar een mogelijkheid om te komen tot een rechtmatige oplossing van de kwestie.*<sup>33</sup>

Ik ondersteun de gedachte achter dit voorstel. Als de burger zijn hand uitsteekt naar de overheid, dan mag de overheid die hand in feite niet weigeren. Dat is ook de lijn die de Nationale Ombudsman op dit vlak hanteert. De burger mag de overheid houden aan de intentie “*to fit the forum to the fuss*”.

Van der Steur gaat zover niet, hij wil het bestuursorgaan verplichten om in zijn besluiten op bezwaarschrift te motiveren waarom niet voor mediation is gekozen. Een sympathieke gedachte. Al denk ik dat het wat gerichter moet. Het ligt niet werkelijk voor de hand om op ieder domein van overheidsbestuur mediation tot *default* te maken. Lang niet elk bezwaarschrift duidt erop dat er onder begeleiding van een neutrale derde iets moet worden uitgesproken of bijgelegd. In de grote beschikkingenfabrieken geldt de bezwaarschriftprocedure veelal als piepsysteem, om fouten en onnauwkeurigheden te herstellen. Mediation is daar meestal *overkill*. Aan de andere kant, in de repressieve domeinen van het bestuursrecht (Bijvoorbeeld de uitvoering van de Wet Arbeid Vreemdelingen, het weigeren en verstrekken van verklaringen omtrent gedrag, het opleggen van alcoholslotprogramma's) heeft mediation niet veel te bieden boven de formele procedures. De bestuursorganen voeren hier bij uitstek strenge regelgeving uit. Wil Van der Steur die bestuursorganen werkelijk verplichten bij voorkeur op zoek te gaan naar minnelijke oplossingen met de burgers die zij van de wetgever hard moeten aanpakken? Ik denk dat de motiveringsplicht beter gekoppeld kan worden aan de domeinen waarop de overheid een wat warmere relatie met de burger hoort te onderhouden.

Dat de bestuursrechter aan partijen mediation kan voorstellen, acht ik een welkome aanvulling van het wettelijk repertoire van de bestuursrechter. Dat de bestuursrechter ook zonder uitdrukkelijke wetsbepaling met partijen over mediation kan praten, wordt algemeen aanvaard. Maar een wettelijke legitimatie voor rechterlijk handelen is natuurlijk wel zo fraai.

Mediation op verwijzing van de bestuursrechter is inmiddels gekoppeld aan de nieuwe zaaksbehandeling. De bestuursrechter gebruikt de zitting om met partijen de verschillende aspecten van de voorliggende kwestie te bespreken. Blijkt dat partijen eigenlijk nog iets met elkaar uit te zoeken hebben, en dat zij daar meer bij gebaat zijn dan met een uitspraak van de rechter, dan kunnen zij er alsnog voor kiezen, al dan niet met behulp van een mediator, met elkaar in gesprek te gaan. Deze nieuwe praktijk wordt maar half gedekt door de wetsbepaling die Van der Steur voorstelt.

---

<sup>33</sup> Deze ingewikkelde formulering duidt er op, dat de overheid pas op het mediationvoorstel hoeft in te gaan, als er inderdaad sprake is van een serieus verzoek. In hoog geëscaleerde conflicten wordt het mediationvoorstel ook wel ingezet als strategisch middel in de strijd. In een eerste gesprek (pre-mediation, conflict diagnose) kan dit verkend worden.

Een alternatief zou kunnen zijn:

*Ter zitting onderzoekt de bestuursrechter met partijen of op basis van de belangen die aan beide c.q. alle kanten spelen, een rechtmatige minnelijke oplossing mogelijk is. In dat kader kan hij aan partijen mediation voorstellen.*

## 6. Slot

Zo beëindig ik mijn tour d' horizon langs actuele ontwikkelingen rond mediation als onderdeel van het conflicthanteringspalet in de verhouding overheid-burger. Er is genoeg aanleiding om mediation binnen het blikveld te houden van "Prettig contact met de overheid".