

Organisatierechtelijke aspecten van een centraal mediatorsregister

Opinie in opdracht het Ministerie van Justitie en Veiligheid

*Prof. mr. S.E. Zijlstra
Hoogleraar Staats- en bestuursrecht
Afdeling Staats- en Bestuursrecht
Vrije Universiteit Amsterdam*

Amsterdam/Hilversum
Oktober 2023

Ten geleide

Het Ministerie van Justitie en Veiligheid heeft mij bij mails van [REDACTED] d.d. 13 en 14 juli 2023 gevraagd om een opinie over de organisatierechtelijke aspecten van de instelling van een wettelijk centraal mediatorsregister, zoals geschetst in het Consultatiedocument centraal mediatorsregister, versie 0.1 (hierna: Consultatiedocument). Ik heb voor deze opinie, gelet op de korte tijd die mij ervoor ter beschikking stond, geen onderzoek naar wetenschappelijke literatuur of beleidsdocumenten kunnen doen, anders dan kennisneming van de relevante wetgeving.

De opinie is als volgt opgezet. In § 1 schets ik de uitgangspunten bij het instellen van een centraal mediatorsregister, alsmede, in algemene zin, de mogelijke juridische reguleringsvarianten. In § 2 bespreek ik de inrichtingsopties zoals geschetst in de bijlage bij het Consultatiedocument. Na een inleiding komen aan de orde een organisatie onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid (§ 2.2), een privaatrechtelijke rechtspersoon zonder openbaar gezag (§ 2.3), een lichaam van publiekrechtelijke beroepsorganisatie (§ 2.4) en een zelfstandig bestuursorgaan (§ 2.5); ik kom tot de conclusie dat in deze casus een zbo de beste papieren heeft. De vraag, bij wie de beslissing omtrent toelating in het register komt te liggen, staat los van de vraag wie de normen moet vaststellen waaraan bij die beslissing moet worden getoetst. Op die vraag ga ik in § 3 in.

1. Uitgangspunten en reguleringsvarianten

De kwaliteit van mediation wordt als een publiek belang gezien, hetgeen betekent dat de overheid moet bewaken dat die kwaliteit afdoende is geborgd.¹ Er zijn op dit moment verschillende organisaties die zich, al dan niet in de vorm van een register, bezig houden met normstelling voor en toetsing van de kwaliteit van mediators. Dit zijn allemaal vormen van zelfregulering, zij het dat de raad voor rechtsbijstand bij deze zelfregulering aansluit door de manier waarop wordt beoordeeld of een rechtzoekende voor gefinancierde rechtshulp in aanmerking komt. Op deze manier is het eerder genoemde publieke belang onvoldoende geborgd: er zijn geen uniforme kwaliteitscriteria, en ook de wijze van kwaliteitstoetsing loopt uiteen. Het lijkt er niet op dat de sector bereid en in staat is aan deze situatie een einde te maken.

In het Consultatiedocument² wordt hierover gezegd:

“Die omstandigheden rechtvaardigen dat de overheid, lees de Minister voor Rechtsbescherming, als systeemverantwoordelijke voor het rechtsbestel een actieve(re) rol inneemt bij het waarborgen van de kwaliteit en toegankelijkheid van mediation voor de rechtzoekende. Van een overheid die de rechtzoekende actief stimuleert om gebruik te maken van mediation mag immers worden verwacht dat zij de rechtzoekende daarvoor waarborgen biedt. Dat maakt wettelijke regulering gerechtvaardigd.”

Inderdaad kan, als de overheid deze situatie dwingend wil beëindigen, dit alleen met een adequate wettelijke basis. De wetgever wordt daarbij voor verschillende vragen geplaatst:

- wie beheert het register en beslist over toelating en doorhaling?
- wordt hiervoor een nieuwe organisatie in het leven geroepen, of wordt de taak bij een bestaande organisatie ondergebracht?
- wie stelt de kwaliteitscriteria vast waaraan wordt getoetst?

Op 6 juli 2022 heeft de Tweede Kamer de motie van Ellian en Knops aangenomen, waarin de regering wordt verzocht:

- te bevorderen dat één centraal mediatorsregister (door)ontwikkeld wordt waarin ook de respectieve specialismen zichtbaar worden en als uitgangspunt hiervoor MfN te hanteren;
- dit register onder een lichte vorm van publiekrechtelijke regulering te brengen;

¹ Zie daarover Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Borgen van publiek belang*, reeks Rapporten aan de regering nr. 56 en S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, 2^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 267.

² Consultatiedocument, p. 1.

– de huidige opdracht in deze vorm aan de raad voor rechtsbijstand voor de toelating van registers te beëindigen.”

Mij valt op dat in het Consultatiedocument niet bij alle elementen van deze motie aansluit, en dat lijkt me terecht. Nog los van de vraag wat precies onder een ‘lichte vorm van publiekrechtelijke regulering’ moet worden verstaan, kan de keuze voor aansluiting bij het MfN en beëindiging van de rol voor de raad voor rechtsbijstand alleen het resultaat zijn van een goede analyse van varianten van regulering van de kwaliteit mediators.

Wel beschouw ik het volgende als een gegeven:

- de overheid gaat interveniëren, en garanderen dat degenen die in het register zijn opgenomen, aan bepaalde kwaliteitseisen voldoen;
- de kwaliteitscriteria zijn transparant en voor alle mediators uniform;
- bij het vaststellen van de kwaliteitscriteria speelt de beroepsgroep een – in ieder geval inhoudelijk – belangrijke rol.

Bij het zoeken naar de geschikte reguleringsvorm, moet uitgangspunt zijn:³

- a. overheidsingrijpen moet niet verder gaan dan wat nodig is om het tekortschieten van het zelfregulerend vermogen van de sector te compenseren.
- b. bij ieder instrument moet bezien worden wat het zelfregulerend vermogen van de sector aan de vormgeving en uitvoering kan bijdragen.
- c. de overheidsinterventie moet uitvoerbaar, doelmatig en handhaafbaar zijn.

In de praktijk van het openbaar bestuur wordt te vaak eerst de organisatievorm gekozen, en daarna nagedacht over taken, bevoegdheden en rolverdelingen, terwijl het omgekeerd moet zijn: eerst moeten taken en rollen worden geïdentificeerd, en dan pas de juiste organisatievorm erbij worden gekozen.

Met name is – onder andere in verband met toepasselijkheid van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en de Algemene wet bestuursrecht – van belang of sprake zal zijn van openbaar gezag (het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen). In het Consultatiedocument⁴ worden wat betreft de verhouding tot bestaande registers van organisaties van mediators, ‘grosso modo twee opties’ benoemd:

“a) het zbo toetst zelf in volle omvang of aan de kwaliteitseisen die voor het centrale register gelden is voldaan, waarbij het niet relevant is of iemand is aangesloten bij een organisatie van mediators en in diens register is ingeschreven;

³ Vgl. het advies van de commissie-De Jong inzake het validatiestelsel filantropie (aangeboden bij brief van 14 februari 2014, *Kamerstukken II* 2023/14, 32740, nr. 17), p. 6 (hierna: Commissie-De Jong 2014).

⁴ Consultatiedocument, p. 4.

b) het zbo ontwikkelt een vereenvoudigde procedure voor door het zbo erkende registers en (beroeps)organisaties die mediators registreren, zodat de aangesloten mediators via een vereenvoudigde procedure (vermoeden) tot het wettelijk register kunnen toetreden.” Opgemerkt moet worden, dat de vraag of sprake is van openbaar gezag/(zelfstandig) bestuursorgaan niet afhangt van deze opties: het gaat om het *rechtsgevolg van de inschrijving* in het centrale register.

Bij een wettelijk register laten zich in dat licht verschillende juridische vormen⁵ denken:

1. het is verboden de activiteit van mediation te verrichten zonder in het register opgenomen te zijn (vgl. heilkundige handelingen als bedoeld in art. 36 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg in relatie tot het BIG-register);
2. het is niet verboden de activiteit van mediation te verrichten zonder registratie, maar er is een beschermde titel die is gekoppeld aan registratie (bijvoorbeeld ‘geregistreerd mediator’), en het is verboden die te voeren als men niet is geregistreerd (vgl. wetenschappelijke graden aan een universiteit⁶; dit was ook de variant die de Commissie-De Jong aanbeval voor de keurmerken voor fondsenwerving⁷).
3. het is niet verboden de activiteit van mediation te verrichten zonder registratie, er is ook geen beschermde titel die is gekoppeld aan registratie, maar de sector gaat het publiek er via actieve voorlichting met kracht op wijzen dat het aanbeveling verdient een in het wettelijk register opgenomen mediator in de arm te nemen. Deze variant bestaat bij mijn weten niet bij overheidsregisters, maar is heel gebruikelijk bij niet-overheidsarrangementen, zoals bijvoorbeeld de NVM en de BOVAG.

In de eerste twee varianten is opneming in het mediatorsregister de uitoefening van openbaar gezag, en is het tot registratie bevoegde orgaan een bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Staat dit orgaan niet onder volledige hiërarchie van de minister, dan is sprake van een zelfstandig bestuursorgaan (zbo) in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Honorering of afwijzing van een aanvraag daartoe levert een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht op. In de derde variant is geen sprake van publiekrechtelijk rechtsgevolg, en dus ook niet van een (z)bo. Dat doet er overigens niet aan af dat de wetgever ervoor zou kunnen kiezen de beslissingen van het betrokken orgaan bestuursrechtelijk te normeren en van waarborgen (waaronder bestuursrechtelijke rechtsbescherming) te voorzien.

⁵ In § 2.3 komt nóg een variant aan de orde die geen openbaar gezag oplevert, namelijk de zogeheten ‘toezichtsondersteunende variant.

⁶ Zie art. 435 Wetboek van Strafrecht.

⁷ Commissie-De Jong 2014.

Het is mij niet precies duidelijk welke variant in het Consultatiedocument voor ogen staat. Variant 1 (de 'closed shop') acht ik niet goed denkbaar. Het staat een ieder vrij om mensen te helpen bij het oplossen van geschillen, ook juridische geschillen: het zou een niet te verdedigen beperking van grondrechten (zoals vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging en vergadering) opleveren als de overheid een zo vergaande maatregel zou nemen terwijl er effectieve en proportioneler alternatieven bestaan. Hoewel variant 3 waarschijnlijk onvoldoende effectief is in het licht van de probleemstelling en de in het geding zijnde publieke belangen, doet het onderscheid tussen varianten 2 en 3 er juridisch in die zin minder toe, dat het in beide gevallen mogelijk is dat op een andere manier openbaar gezag zal ontstaan. Volgens het Consultatiedocument⁸ is het "de bedoeling, dat alleen nog mediators die ingeschreven staan in het centrale mediators register in aanmerking komen voor deelname aan gesubsidieerde mediation op grond van de Wet op de rechtsbijstand. Mediators die niet (meer) ingeschreven staan in het centrale register komen daar niet (meer) voor in aanmerking." Als dit *wettelijk* wordt bepaald, levert opname in het mediatorsregister de uitoefening van openbaar gezag op, en is het tot registratie bevoegde orgaan een bestuursorgaan in de zin van de Awb.

2. De inrichtingsopties

2.1 Algemeen

In een bijlage bij het Consultatiedocument zijn organisatierechtelijke varianten ('inrichtingsopties') geschetst voor een in te stellen Centraal Mediatorsregister. Hieronder bespreek ik de daarbij beschreven varianten, mede in het licht van voorschotten die daarop in het Consultatiedocument zelf (met name § 3) zijn genomen.

Daarbij hanteer ik de volgorde van het afwegingskader:⁹

1. Moet de overheid de taak behartigen of blijven behartigen?
2. Zo ja, dan is toekenning van de taak aan provincie- en gemeentebesturen (of de besturen van de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba) aangewezen.
3. Zo dit niet mogelijk/wenselijk is, dan moet de taak onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid uitgeoefend.

⁸ Consultatiedocument, p. 5.

⁹ Gebaseerd op de enigszins verstopte, maar uiterst belangrijke toelichting bij Ar 5.8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

4. Zo dit niet mogelijk/wenselijk is, dan kan de taak aan een waterschap of een openbaar lichaam voor beroep, bedrijf of samenwerking in de zin van artikel 134 of 135 Grondwet, dan wel aan een zelfstandig bestuursorgaan worden toegekend.

Dat hier sprake is van een overheidstaak (1), is gegeven (zie eerder, § 1). Territoriale decentralisatie (2) is niet aan de orde vanwege het feit dat het moet gaan om een centraal landelijk register. Daarom wordt hieronder eerst gekeken naar de optie volledige ministeriële verantwoordelijkheid (3), en daarna naar organisaties 'op afstand' (4).

2.2 Volledige ministeriële verantwoordelijkheid

De redenering, in het Consultatiedocument,¹⁰ over de vraag of de betrokken taken en bevoegdheden onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid kunnen worden uitgeoefend, acht ik overtuigend. Het is weliswaar al decennia lang kabinetsbeleid om volledige ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee parlementaire controle voorop te stellen, en om die reden terughoudend te zijn met het instellen van nieuwe zbo's of het geven van nieuwe taken en bevoegdheden aan bestaande zbo's, maar gelet op de aard van de bevoegdheid¹¹ en de in het geding zijnde belangen leent het registreren van mediators zich slecht voor uitoefening onder volledige ministeriële zeggenschap.

Het voorgaande betekent dat het gaat om één van de volgende vormen:

- een privaatrechtelijke rechtspersoon zonder openbaar gezag;
 - een lichaam van publiekrechtelijke beroepsorganisatie;
 - een zelfstandig bestuursorgaan (in publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vorm).
- Deze vormen worden hierna achtereenvolgens besproken.

2.3 Een privaatrechtelijke rechtspersoon zonder openbaar gezag

Conformiteitsbeoordeling en accreditatie

Zoals we zagen, zijn er varianten waarbij geen sprake is van openbaar gezag, omdat de beslissingen omtrent registratie niet op publiekrechtelijk rechtsgevolg zijn gericht. Is echter wettelijk bepaald dat alleen gecertificeerde mediators zich kunnen laten registreren bij de raad voor rechtsbijstand om zaken op basis van een toevoeging of een verwijzing vanuit de rechtspraak te kunnen doen, is wél sprake van publiekrechtelijk rechtsgevolg en openbaar gezag, en daarmee van een (zelfstandig)

¹⁰ Consultatiedocument, p. 1-2.

¹¹ Zie hierover S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat*, diss. Rotterdam, Den Haag: VUGA 1997, § 3.2.

bestuursorgaan.¹² In de bijlage bij het Consultatiedocument¹³ wordt dit ook – terecht – onder ogen gezien.

Anders dan uit eerdergenoemde bijlage naar vormen komt, bestaat er een variant van conformiteitsbeoordeling waarbij geen sprake is van publiekrechtelijk rechtsgevolg en openbaar gezag.¹⁴ Het gaat dan om wat in de literatuur wordt aangeduid als de ‘toezichtsondersteuning’, voor deze casus vertaald naar een stelsel waarbij er geen *wettelijke* één-op-één relatie bestaat tussen certificering door het Mediatorsregister en inschrijving bij de raad voor rechtsbijstand, maar waarbij de mediator die is geregistreerd wordt *vermoed* te voldoen aan de eisen door de raad voor rechtsbijstand voor inschrijving hanteert. Dat zou, gegeven de keuze voor overheidsinterventie, in het licht van de motie Ellian/Knops de meest ‘light’ versie zijn.

Intussen staat een keuze voor deze constructie naar mijn oordeel haaks op een ander uitgangspunt van het gekozen beleid inzake de mediators, te weten duidelijkheid en transparantie voor het publiek. Bij zo’n systeem kan de raad voor rechtsbijstand een mediator die niet is geregistreerd in het Mediatorsregister niet weigeren als betrokkene materieel aan dezelfde eisen als een wél geregistreeerde voldoet. Zou, zoals in de bijlage bij het Consultatiedocument wordt geschetst,¹⁵ gekozen worden voor een – bij conformiteitsbeoordelingen van de toezichtsondersteunende passende – variant waarbij er meerdere geaccrediteerde mediatorsregisters zouden bestaan, dan staat dat ook nog haaks op het uitgangspunt van één landelijk mediatorsregister om de rechtzoekende transparantie en duidelijkheid te bieden.

Rechtspersoon met een wettelijke taak

Met het voorgaande is tevens behandeld de vorm van de ‘rechtspersoon met een wettelijke taak’, die eveneens in de bijlage bij het Consultatiedocument¹⁶ aan de orde komt. De rechtspersoon met een wettelijke taak of RWT is een term uit de Comptabiliteitswet, en heeft daar betekenis in de sfeer van controlebevoegdheden

¹² Interessant in dit verband is dat de raad voor rechtsbijstand in een *wettelijk* voorschrift (Inschrijvingsvoorwaarden mediators 2021, Besluit van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand van 28 oktober 2020, krachtens artikel 33b van de Wet op de Rechtsbijstand, goedgekeurd bij besluit van het Ministerie van Justitie en Veiligheid van 20 november 2020) heeft bepaald dat alleen door de MfN gecertificeerde mediators voor toevoeging in aanmerking komen. Strikt genomen heeft hier dus een zbo (de Raad voor rechtsbijstand) een privaatrechtelijke organisatie met openbaar gezag bekleed, en dus tot zbo gemaakt.

¹³ Bijlage bij het Consultatiedocument, p. 3.

¹⁴ Kabinetsstandpunt *Certificatie en accreditatie in het kader van overheidsbeleid*, Kamerstukken II 2003/04, 29301, nr. 6; zie ook A.R. Neerhof, VAR-reeks p. 218-219.

¹⁵ Bijlage bij het Consultatiedocument, p. 3.

¹⁶ Bijlage bij het Consultatiedocument, p. 2.

van de Algemene Rekenkamer. Als organisatierechtelijke reguleringsvariant heeft zij geen eigen bestaansrecht, want zij overlapt verschillende wel gekende organisatievormen. Gaat het om privaatrechtelijke rechtspersonen zonder openbaar gezag, dan is die hierboven afdoende besproken. Een privaatrechtelijke rechtspersoon mét openbaar gezag is een zelfstandig bestuursorgaan, en komt hieronder, § 2.5, aan de orde.

2.4 Een lichaam van publiekrechtelijke beroepsorganisatie

Een PBO-lichaam is door de grondwetgever (art. 134) in het leven geroepen om, en bij uitstek geschikt voor, ‘het publiekrechtelijk doorzetten’ van zelfregulering. Het maakt het immers mogelijk om een beroepsgroep, binnen wettelijke kaders en gebonden aan het doel van de organisatie, door verplicht lidmaatschap en zeggenschap democratisch gelegitimeerd, publiekrechtelijk bindende en afdwingbare regels te laten vaststellen, gebaseerd op inzichten over hoe de beroepsgroep het beroep het beste kan uitoefenen.

In de bijlage bij het Consultatiedocument¹⁷ wordt deze optie afgewezen. Het eerste daarbij genoemde argument, te weten dat het beroep van mediator een wezenlijk andere plaats en positie inneemt dan de wel in een PBO geregelde beroepen, acht ik niet sterk. De op dit moment in een PBO geregelde beroepen (zoals advocaat, notaris, deurwaarder en accountant) zijn zeer heterogeen. De positie van de geregistreerd mediator zoals die na implementatie van de hier behandelde overheidsinterventie zal ontstaan, lijkt in hoge mate op die van de advocaat:

- het is verboden zich advocaat c.q. geregistreerd mediator te noemen als men dat niet is;
- alleen een advocaat c.q. geregistreerd mediator komt in aanmerking voor inschrijving bij de raad voor rechtsbijstand;
- het is niet verboden om (zolang men zich maar niet zo noemt) de werkzaamheden van een advocaat c.q. geregistreerd mediator, te weten het bijstaan van mensen bij het oplossen van (juridische) geschillen, te verrichten;
- de kosten van het stelsel worden voor een belangrijk deel gedragen door de beroepsgroep zelf;
- de normen waaraan de advocaat c.q. geregistreerd mediator moet voldoen, komen, binnen wettelijke kaders, in belangrijke mate uit de beroepsgroep zelf.

Dat een PBO haaks staat op de politieke wens om een ‘lichte’ variant, het tweede argument dat in de bijlage wordt genoemd, moge zo zijn, maar dat geldt ook voor een zbo, een organisatievorm die in de bijlage niet wordt afgewezen.

¹⁷ Bijlage bij het Consultatiedocument, p. 1.

Een lichaam van PBO voor de mediators past niet alleen prima bij het stelsel dat de grondwetgever bij artikel 134-lichamen voor ogen had, het zou ook consistent zijn met andere vormen van beroepsregulering in de juridische en semi-juridische beroepen. Terecht stelt de bijlage bij het Consultatiedocument echter vast dat deze keuze haaks staat op het kabinetsbeleid om terughoudend te zijn bij het oprichten van (nieuwe) openbare lichamen zoals een PBO. Deze terughoudendheid is mede gebaseerd op moderne beleidsmatige en staatsrechtelijke inzichten over het functioneren van de PBO.¹⁸ De bijlage noemt in het verband van de PBO-constructie ook nog verenigingsdwang die daarvan het gevolg zal zijn. Of daar in juridische zin ook echt sprake van is, staat, omdat het geen ‘closed shop’ zal zijn, voor mij niet vast. Maar omdat er via de één-op-één relatie met gefinancierde rechtsbijstand grote gevolgen aan (niet)lidmaatschap zijn verbonden, komt het probleem wel dichtbij.¹⁹

2.5 Een zelfstandig bestuursorgaan (in publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vorm)

Algemeen

Een zelfstandig bestuursorgaan (zbo) is een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij of krachtens de wet met openbaar gezag is bekleed, en dat niet werkzaam is onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid (art. 1 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).²⁰ Uit het voorgaande kwam naar voren dat consistente toepassing van de uitgangspunten bij regulering van de mediators leidt tot:

- een organisatie die niet werkzaam is onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid, en
- de registratie heeft publiekrechtelijk rechtsgevolg, waarmee de organisatie die belast is met beslissen omtrent registratie met openbaar gezag bekleed, en daarmee een bestuursorgaan zal zijn.

Zoals ook past bij organisatierechtelijke vragen, volgt hier dus uit het gekozen arrangement de organisatievorm, in dit geval een zbo.²¹ Die conclusie laat niettemin nog verschillende vragen open, waarvan de belangrijkste is, of de organisatie de

¹⁸ Vgl. in dit verband ook de discussie over het toezicht op de advocatuur, waar het gegeven dat de Nederlandse Orde van Advocaten een PBO-lichaam is, sterk complicerend werkt.

¹⁹ Zie hierover L.R.M.A. Beurskens, ‘Het aanzetten tot organisatievorming. Over het stimuleren en dwingen door de overheid om deel te nemen aan een zelfregulerende organisatie’, *NTB* 2022/221.

²⁰ Wat hierover op p. 1 van de bijlage staat is niet helemaal juist. De daar besproken controle-instrumenten van de minister bestaan niet uit de aard der zaak van het zijn van zbo, maar zijn juist gecreëerd om compensatie te bieden voor het democratieverlies dat ontstaat als een overheidsorgaan niet onder volledige parlementaire controle zal werken.

²¹ Strikt genomen voldoet een registratieorgaan in de vorm van een orgaan van de PBO ook aan deze definitie; ik besprak haar al in § 2.5

privaatrechtelijke of de publiekrechtelijke rechtsvorm moet hebben. Deze vraag wordt in de bijlage bij het Consultatiedocument ook geadresseerd.

Privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtsvorm

Ingevolge artikel 4 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (hierna: Kaderwet) wordt met openbaar gezag alleen bekleed een orgaan van een rechtspersoon die krachtens *publiekrecht* is ingesteld; in afwijking daarvan kan bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling een orgaan van een rechtspersoon, die krachtens *privaatrecht* is opgericht, met openbaar gezag worden bekleed, mits

- (a) dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang en
- (b) er voldoende waarborgen zijn dat de uitoefening ervan onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan geschieden.

Ondanks dit uitgangspunt – dat ook vóór de Kaderwet al staand kabinetsbeleid was – is in het verleden regelmatig voor een privaatrechtelijke rechtsvorm gekozen als het ging om het voortzetten van activiteiten die tot op dat moment via zelfregulering, en dus in privaatrechtelijke vorm, plaatsvonden. Een voorbeeld daarvan biedt de Stichting Autoriteit Financiële markten, wier voorganger, de Stichting toezicht effectenverkeer, was voortgekomen uit een stichting die was opgericht door marktpartijen in de beurssector. Ook de Nederlandsche Bank NV is ooit begonnen als particuliere handelsbank. Daarnaast leeft vaak bij betrokken partijen de gedachte dat de privaatrechtelijke rechtsvorm meer zelfstandigheid zou opleveren dan de publiekrechtelijke. Deze gedachte berust op een misvatting.²²

Omdat aan de privaatrechtelijke rechtsvorm uit een oogpunt van transparantie, toepasselijke normering en rechtsbescherming grote nadelen kleven²³ – hetgeen de basis is van de wettelijke voorkeur voor de publiekrechtelijke vorm – en er geen objectieve redenen zijn waarom in het geval van het mediatorsregister de privaatrechtelijke rechtsvorm in het bijzonder aangewezen moet worden geacht, dient het zbo een publiekrechtelijke rechtsvorm te krijgen.

²² Zie J.B.J.M. ten Berge en S.E. Zijlstra, 'De publiekrechtelijke rechtspersoon in ontwikkeling', in: *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht, Handelingen NJV 2000-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

²³ J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman en F.K. Buijn, 'Privaatrechtelijke rechtspersonen met publieke taken', in: *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht, Handelingen NJV, 130e jaargang/2000-I*, p. 247-262.

2.6 Omvormen van een bestaande zelfreguleringsorganisatie tot zbo

Bij het omzetten van een stelsel van zelfregulering naar een publiekrechtelijk arrangement komt regelmatig de vraag aan de orde of niet één van de zelfreguleringsorganisaties voor dat doel kan worden omgevormd tot een publiekrechtelijk (meestal zelfstandig) bestuursorgaan.²⁴

De motie Ellian/Knops wil dat “één centraal mediatorsregister wordt (door)ontwikkeld, [en] de Mediatorfederatie Nederland (MfN) als uitgangspunt voor dat register [wordt gehanteerd].” Het Consultatiedocument noch zijn bijlage gaan expliciet in op de vraag of de MfN (of een andere zelfreguleringsorganisatie met ervaring op het punt van registratie van mediators) ‘het zbo kan worden’.

Zoals we zagen (§ 2.3) wordt het toekennen van openbaar gezag aan een privaatrechtelijke rechtspersoon, en dat zijn de hier bedoelde organisaties, (terecht) afgewezen. Wat resteert is de variant waarin een organisatie wordt omgezet in een publiekrechtelijk vormgegeven zbo: omzetten van organen in bestuursorganen, en overnemen van bestuurders en personeel. Vanuit organisatierechtelijke invalshoek meen ik dat een dergelijke constructie onwenselijk is.

Bij publiekrechtelijke regulering en organisatievormen is een belangrijk aandachtspunt dat de betrokken organisatie het algemeen belang, en *alleen* het algemeen belang, behartigt. Bij zbo's van het ‘participatietype’, waar bij deze constructie sprake zou zijn, is dat een steeds terugkerend probleem: men *is* immers afkomstig uit, en dus in zekere zin vertegenwoordiger van, de betrokken achterban, en het is bijna niet te vermijden dat men het belang van die achterban verdisconteert in het nemen van (overheids)beslissingen. Dit probleem is voor een belangrijk deel te ondervangen door de besluitvorming van het zbo zodanig ‘dicht te timmeren’ dat van botsing tussen algemeen belang en belang van de achterban geen sprake is, maar het risico zit als het ware ‘ingebakken’ in de constructie. Precies om deze reden is overheidsbeleid dat het participatietype moet worden vermeden.

De bestaande registers richten zich ook op mediation (en mediators) buiten de juridische geschiloplossing, en het is wenselijk is dat ook voor deze mediators (zelfregulerende) kwaliteitsontwikkeling en registratie blijft bestaan. Het omvormen van een bestaande zelfregulerende organisatie tot zbo maakt het onmogelijk die buitenwettelijke registratie nog te blijven verrichten – behoudens door een

²⁴ Deze vraag doet zich op gezette tijden voor in de sfeer van de fondsenwerving, in het bijzonder ten aanzien van het centraal Bureau Fondsenwerving.

inventieve constructie met personele unies,²⁵ maar dan zijn we wel erg ver van de duidelijkheid en transparantie die nu juist uitgangspunt bij de hele exercitie was.

Het voorgaande laat onverlet dat blijven benutten van de kennis en ervaring uit de zelfregulering van het grootste belang is, met name in de sfeer van ontwikkeling en onderhoud van registratie- en kwaliteitsnormen; daarover gaat de volgende paragraaf.

2.7 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat een zbo in publiekrechtelijke vorm met eigen rechtspersoonlijkheid het meest aangewezen is als organisatievorm voor het centraal mediatorsregister. Dit is ook – de enigszins omfloerst geformuleerde – conclusie van de bijlage bij het Consultatiedocument.²⁶

3. Wie moet de normen waaraan wordt getoetst opstellen c.q. vaststellen?

Het Consultatiedocument stelt terecht vast dat, als het gaat over de centrale overheid, algemeen verbindende voorschriften in beginsel niet door anderen dan de wetgever, de regering of de minister worden vastgesteld. Sterker, de belangrijkste gedragsregels voor de burger en bevoegdheidsregels voor bestuursorganen dienen in de wet in formele zin te worden neergelegd; voor nadere regels is in beginsel de algemene maatregel van bestuur het aangewezen vehikel, terwijl meer technische en organisatorische normen in een ministeriële regeling kunnen worden geregeld (zie Ar 2.19, 2.21, 2.23 en 2.24 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).

Als het gaat om zbo's is deze notie als het ware geconcretiseerd in Ar. 5.10, dat bepaalt dat regelgevende bevoegdheden aan een zelfstandig bestuursorgaan uitsluitend worden toegekend:

- a. voor zover het organisatorische of technische onderwerpen betreft; of
- b. in bijzondere gevallen mits voorzien is in de bevoegdheid tot goedkeuring van de regeling door een minister.

Vooropgesteld moet worden, dat de sector hard heeft gewerkt aan het ontwikkelen en onderhoud van registratie- en kwaliteitsnormen. Deze kennis moet ook in de

²⁵ D.w.z. een zbo dat beslist over registratie van mediators voor juridische geschiloplossing, en een privaatrechtelijke rechtspersoon voor andere mediators, met dezelfde personen in beide organen.

²⁶ Bijlage bij het Consultatiedocument, p. 3, onderaan: "Een publiekrechtelijk zbo lijkt gelet op voorgaande de aangewezen entiteit te zijn."

toekomst worden benut, sterker, die moet een belangrijke rol spelen ook bij de (formele) vaststelling van deze normen (zie ook Ar 2.5).

Het Consultatiedocument²⁷ zegt hierover:

“Bij de beantwoording van de vraag of regelgevende bevoegdheden aan het zbo dienen te worden toegekend, ziet JenV twee opties:

- a) de situatie waarin het zbo (zo nodig via een door het zbo aangewezen commissie van deskundigen) de kwaliteits- en onderhoudseisen zelf ontwikkelt en onderhoudt en periodiek ter goedkeuring aan de minister voorlegt, en daaraan toetst;
- b) de situatie, waarbij de minister de kwaliteitseisen in algemene zin vaststelt en vastlegt in wet- of regelgeving en waarbij de maatstaven aan de hand waarvan wordt beoordeeld of aan die kwaliteitseisen is voldaan, door het zbo (zo nodig via een onafhankelijke commissie van deskundigen) worden geconcretiseerd en vastgesteld .

Niet alleen hier, maar ook elders²⁸ spreekt het Consultatiedocument steeds over ‘door de minister vastgestelde kwaliteitseisen’, maar dat is niet gezegd; welk arrangement ook wordt gekozen, vaststellen van de kwaliteitscriteria c.q. registratievoorwaarden zal altijd over meerdere ambten/instanties verdeeld zijn, waarbij ook de wetgever (in formele zin) een belangrijke rol heeft.

Als we er vanuit gaan dat het zbo niet bevoegd zal worden algemeen verbindende voorschriften vast te stellen, zijn er uit een oogpunt van organisatierecht verschillende arrangementen die (kunnen) voldoen aan de daaraan te stellen eisen: vaststellen door de wet, amvb en minister (hierna: de democratiwetgever)²⁹ op advies van het zbo, vaststellen door de democratiwetgever na consultatie van het zbo, vaststellen van algemene normen door de democratiwetgever, met invulling, in de vorm van beleidsregels, door het zbo, etc. Op voorhand is niet te zeggen welke van deze arrangementen het meest geschikt is. Uiteindelijk moet het resultaat een optimale mix van deskundigheid, democratische legitimatie en machtsverdeling zijn.

²⁷ Consultatiedocument, p. 3-4.

²⁸ Consultatiedocument, p. 3-4.

²⁹Zie daarover R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, band I, 7^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 488.