

Vergaderjaar 2012–2013

33 723

Voorstel van wet van het lid Van der Steur tot wijziging van Boek 3 en Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering alsmede enkele andere wetten in verband met de bevordering van het gebruik van mediation (Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN DEEL¹

1. Inleiding

In een goed ontwikkelde rechtstaat draagt de overheid er zorg voor dat geschillen tussen justitiabelen kunnen worden voorgelegd aan een onafhankelijke, onpartijdige en deskundige rechter. Nederland kan wat dat betreft trots zijn op de kwaliteit en toegankelijkheid van onze rechterlijke macht en advocatuur. Tegelijkertijd geldt dat het zo hoort te zijn dat in een ontwikkelde samenleving individuele natuurlijke of rechtspersonen pas naar de rechter stappen nadat zij geprobeerd hebben door goed onderling overleg hun geschil op te lossen. De rechter fungeert dan ook als ultimum remedium. Dat uitgangspunt is daarom vastgelegd in de gedragsregels voor advocaten.² De Nederlandse wetgeving voorziet in een aantal methoden om buiten de rechterlijke macht om geschillen op te lossen, zoals door middel van bindend advies, arbitrage en goed onderling overleg, resulterend in een wettelijk omschreven vaststellingsovereenkomst. Uitgangspunt van de diverse in onze wetgeving opgenomen oplossingsmethodes voor geschillen zou moeten zijn dat bij voorkeur die methode wordt gekozen die het meest effectief en efficiënt is, zo min mogelijk kosten meebrengt en waarbij zoveel mogelijk verantwoordelijkheid bij de partijen zelf wordt gelaten. Voorkomen moet worden dat de partijen bij een geschil in een oplossingsmethode terechtkomen waarvoor zij niet op basis van de juiste argumenten hebben gekozen of die zij na verloop van tijd niet meer willen toepassen. Bij geschillen met een relationele dimensie moet het idealiter gaan om een procedure die de relatie niet (verder) beschadigt, maar deze zoveel mogelijk herstelt en partijen in staat stelt in enige vorm samen verder te gaan. Er kunnen verschillende methoden van geschiloplossing worden onderscheiden. Een gerechtelijke procedure is wellicht de meest bekende, maar niet altijd de meest geschikte oplossing. Er zijn verschillende

¹ Het algemeen deel van de memorie van toelichting is gelijk voor de Wet registermediator, de Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht en de Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht.

² Gedragsregels 1992, regel 3.

buitengerechtelijke procedures denkbaar die zich in veel gevallen beter lenen om tot een snelle, effectieve en bestendige oplossing voor partijen te komen. Eén van deze methodes is mediation. Mediation kan algemeen worden omschreven als een vorm van geschiloplossing waarbij een derde, de mediator, partijen begeleidt om gezamenlijk tot een oplossing te komen voor hun onderlinge conflict. Het doel van mediation is om vanuit de belangen van partijen te komen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimaal resultaat. Mediation dient voor veel geschillen het eerste alternatief te zijn en kan derhalve niet op een lijn worden gesteld met andere alternatieven, zoals arbitrage en bindend advies, omdat deze alternatieven uiteindelijk – als het er op aankomt – een andere beslisser dan de rechter bieden en veel minder een andere methode behelzen om tot een oplossing te komen.³

Mediation wordt in de praktijk al lang voor meerdere soorten geschillen toegepast, zowel in het personen- en familierecht als in zakelijke geschillen tussen rechtspersonen. Deze brede toepassing heeft ook een keerzijde. Mediation is een containerbegrip aan het worden: een vlag waaronder allerlei uiteenlopende diensten worden aangeboden, zonder dat er goed zicht is op de kwaliteit van het aanbod, laat staan de aanbieder. Het is niet voor een ieder op het eerste gezicht duidelijk welke kwaliteit door een individuele mediator wordt aangeboden en in welke gevallen mediation als daadwerkelijk volwaardig alternatief voor rechtspraak kan worden gezien. Het is de bedoeling van indiener om in het belang van deze vorm van alternatieve geschiloplossing ordening in wet- en regelgeving aan te brengen. Ordening door middel van wetsvoorstellen waarmee de kwaliteit van registermediators wordt geborgd, de mediationovereenkomst wordt gedefinieerd en mediation als alternatief voor de traditionele rechtspraak in het civiel recht en bestuursrecht wordt verankerd. Indiener verwacht dat de rechterlijke macht na invoering van deze wetsvoorstellen die geschillen voorgelegd zal krijgen waarbij partijen onderling met geen mogelijkheid tot een minnelijke oplossing kunnen komen of geschillen die zich naar hun aard of oorzaak niet lenen voor een van de bestaande alternatieven.

Om de hierboven genoemde redenen dient indiener drie afzonderlijke wetsvoorstellen in, die tezamen een pakket aan maatregelen vormen dat voorziet in het positioneren van mediation als een gelijkwaardige, alternatieve vorm van geschiloplossing. Bij het opstellen van deze wetsvoorstellen is dankbaar gebruik gemaakt van de expertise van dr. mr. F. Schonewille en mr. M. Kraus, alsmede een expert- en klankbord bestaande uit ervaringsdeskundigen op het terrein van mediation en bestuurs- en belastingrecht. Dank is ook verschuldigd aan de ondersteuning verstrekt vanwege de ministers van Veiligheid en Justitie en Financiën alsmede de VVD-fractie zelf.

2. Voordelen van mediation

Het voordeel van mediation boven andere vormen van geschiloplossing is dat partijen zelf overeenstemming bereiken en niet alleen het geschil (het symptoom) maar vaak ook het onderliggende conflict (oorzaak) oplossen. Partijen komen tot een echte oplossing en kunnen weer met elkaar verder. Mediation is daardoor als conflict oplossend instrument in het bijzonder geschikt voor alle conflicten tussen natuurlijke en rechtspersonen waarbij de oorzaak – mede – gevonden wordt in relationele dimensies. Mediation draagt bij aan dejuridisering, een kwalitatief goede en efficiënte wijze van geschiloplossing en een meer pluriforme toegang tot het recht, waarbij partijen (burgers, bedrijven, overheden) in de eerste plaats zelf verantwoordelijkheid dragen voor het behaalde resultaat. Deze persoonlijke betrokkenheid leidt vaak tot een bevredigende en duurzame oplossing van

³ Asser/Vranken Algemeen deel III, 2005.

het geschil, waardoor een beroep op een rechter in veel gevallen niet meer nodig is. Mediation draagt dan ook bij aan het verminderen van de druk op en werklast van de rechtspraak. Daarnaast zal het geschillen bij de rechtspraak weg kunnen houden die eigenlijk naar hun aard of oorzaak niet bij de rechter thuishoren. Vaak is voor de succesvolle beslechting van het geschil niet een hoog gekwalificeerde jurist noodzakelijk, maar iemand met een andere expertise, zoals een deskundig registermediator. Een bijkomend voordeel van mediation is de brede inzetbaarheid en toepasbaarheid van het instrument. Het is in veel gevallen de beste oplossing voor geschillen die zich kunnen voordoen op uiteenlopende terreinen, zoals in het personen- en familierecht (echtscheiding, kinder- en partneralimentatie, voogdijzaken, erfeniskwesties etc.), het arbeidsrecht, de verhoudingen tussen aandeelhouders en de directie van een vennootschap en tussen vennoten in een vennootschap onder firma, het huurrecht als ook voor geschillen tussen bijvoorbeeld franchisenemers en franchisegevers, agenten en hun principalen en zakenpartners, zoals leveranciers en afnemers, die na oplossing van het geschil wellicht ook verder nog wat voor elkaar kunnen of moeten betekenen. Ook is denkbaar dat mediation wordt toegepast in ingrijpende zaken zoals letselschadezaken, geschillen over medische aansprakelijkheid en beroepsfouten van professionele dienstverleners. In verband met dat laatste kan bijvoorbeeld ook worden gedacht aan de bemiddelende rol die de deken van de lokale orde van advocaten heeft bij tuchtklachten tegen advocaten. Bij de hiervoor genoemde geschillen is niet alleen de juridische realiteit van belang, maar spelen ook relationele dimensies een rol die in een traditionele gerechtelijke procedure niet of nauwelijks kunnen worden geadresseerd.

In Nederland zijn al vele goede voorbeelden bekend van de succesvolle toepassing van mediation. Ook het toepassen van mediationvaardigheden, zoals bij (buurt)bemiddeling leidt in veel gevallen tot een bevredigende oplossing van bestaande of dreigende conflicten. In geschillen tussen burgers en bestuursorganen, zoals provincies, gemeenten en de belastingdienst wordt mediation nu al met succes toegepast, zij het naar mening van indiener nog op (te) beperkte schaal. Toepassing van mediation in geschillen tussen bestuursorganen en burgers kan ertoe bijdragen dat het benodigde vertrouwen in het bestuursorgaan in stand blijft of hersteld wordt.

Gelet op de vele voordelen die mediation biedt, hebben opeenvolgende kabinetten initiatieven genomen om het gebruik van dit instrument verder te bevorderen. Het huidige kabinet wil met onder meer de innovatieagenda⁴ het gebruik van mediation verder bevorderen door de eigen bijdrage voor mediation niet te verhogen. Mediation zou ook volgens de regering het logische alternatief moeten zijn voor de traditionele rechtspraak. Indiener sluit met zijn initiatief bij deze ontwikkelingen aan.

3. Het potentiële bereik

Binnen Europa loopt Nederland voorop voor wat betreft het aantal opgeleide mediators en de ontwikkeling van mediation als alternatief voor de traditionele rechtspraak. Desondanks zorgt mediation in Nederland voor een oplossing in slechts 2,7% van de geschillen waarin een vorm van overeenstemming wordt bereikt.⁵ Het aandeel van mediation daalt zelfs licht sinds 1998. Slechts 1,7% van alle toevoegingen die in 2010 werden afgegeven door de raad voor rechtsbijstand betroffen mediationtoevoe-

⁴ Ministerie van Veiligheid en Justitie, Directoraat-Generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving, brief van 31 oktober 2011.

⁵ B.C.J. van Velthoven, C.M. Klein Haarhuis, *Geschillenbeslechtingdelta 2009; Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Boom Juridische Uitgevers

gingen.⁶ Ook nadat een geschil is aangebracht bij de rechtspraak vindt slechts in 8 van de 1.000 zaken verwijzing naar mediation plaats.⁷ Slechts 5% van de door de Geschillencommissie behandelde zaken wordt geschikt met hulp van een mediator. Uit onderzoek van SEO⁸ blijkt dat bij geschillen bij vakbonden (arbeidszaken) helemaal geen gebruik wordt gemaakt van mediation. Minder dan 1 op de 1.000 bezwaarschriften wordt door instanties als het UWV en de belastingdienst afgedaan met behulp van mediation. Rechtsbijstandsverzekeraars passen nauwelijks mediation toe bij de door hen behandelde zaken. Volgens SEO wordt de achterblijvende ontwikkeling van mediation verklaard door de onbekendheid van mediation als geschil oplossend middel. Daarnaast ziet SEO het gebrek aan transparantie van de kwaliteit als een belemmering. Het is voor de potentiële gebruikers niet in een oogopslag duidelijk wie een goede mediator is. Daarnaast wordt groei van mediation ook tegengehouden door andere aanbieders op de markt van geschiloplossing, zoals advocaten die geen belang (denken te) hebben bij doorverwijzing of teveel nadelen (menen te) zien in het middel. SEO schat dat in 2011 in totaal 51.690 mediations zijn gehouden. Het slagingspercentage van mediation is onveranderd hoog: rond de 60%. Het marktpotentieel is volgens SEO echter aanzienlijk groter⁹:

Procedures bij ontslag, echtscheiding en voogdij	Ca. 29.000 zaken
Rechtsbijstandsverzekeraars	Ca. 100.000 zaken ¹
Vakbonden	Ca. 27.000 geschillen
Geschillencommissies	Ca. 5.800 zaken
Overheidsinstellingen	Ca. 934.000 bezwaarschriften
Huurcommissies	Ca. 13.200 verzoeken
Kifid ²	Ca. 6.700 klachten
Nationale Ombudsman	Ca. 14.300 klachten
Buurtbemiddeling	Ca. 7.600 zaken
Zakelijke markt	potentieel onbekend

¹ Hierin zitten ook de – al dan niet al met behulp van een mediator – tot stand gekomen gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding.

² Kifid: het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening. Kifid bemiddelt in geval van klachten over financiële producten of diensten tussen consumenten en banken, verzekeraars, intermediairs en andere financiële dienstverleners.

Niet in alle hierboven genoemde zaken zal door partijen altijd de gang naar de rechter gemaakt zijn. De oorzaak daarvan ligt niet alleen in het feit dat het geschil zich daarvoor naar zijn aard niet leent of de belangen onvoldoende groot zijn. Vaak wordt ook van een gang naar de rechter afgezien vanwege de financiële, administratieve en andere drempels die in dat geval moeten worden genomen. Een daarvan is uiteraard het risico dat een rechtzoekende niet krijgt waarop hij had gehoopt. Het gevolg daarvan is dat in veel gevallen het conflict blijft voortbestaan. En zelfs als partijen wel de gang naar de rechter maken, wordt met een rechterlijke uitspraak, hoe goed ook, het onderliggende daadwerkelijke probleem niet of niet geheel weggenomen. Als ervan wordt uitgegaan dat alleen al in 5 tot 10% van de bovengenoemde zaken mediation met succes kan worden toegepast, is er een enorm marktpotentieel aanwezig.

⁶ L. Crombrink-Kuiters, M. van Gammeren-Zoetewij en S.L. Peters, *Monitor gesubsidieerde Rechtsbijstand 2010*, Raad voor rechtsbijstand, Boom Juridische Uitgevers.

⁷ De Rechtspraak, *Kengetallen 2010*, SDU Uitgevers.

⁸ SEO Economisch Onderzoek, bureau voor onafhankelijk toegepast economisch onderzoek, www.seo.nl.

⁹ http://www.seo.nl/uploads/media/111118_Mediationmarkt_vanuit_economisch_perspectief_01.pdf.

4. Europese ontwikkelingen

In Europees verband beoogt richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 mei 2008 (hierna: de mediationrichtlijn) bepaalde aspecten van mediation in burgerlijke zaken en handelszaken te harmoniseren. Deze richtlijn is voor Nederland geïmplementeerd met de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken. De VVD-fractie in de Tweede Kamer en een aantal fracties in de Eerste Kamer waren naar het oordeel van indiener terecht zeer kritisch over deze richtlijn omdat rechten aan mediators werden verleend, waaronder het verschoningsrecht, zonder te bepalen wat een mediator is en/of eisen te stellen aan de opleiding van mediators. Daarnaast werd bepaald dat het aanvragen van een mediation de verjaring stuit. Dit stelt hoge eisen aan het begrip van de mediator over de aard en omvang van het geschil, de te stuiten vorderingen en de toepasselijke verjaringstermijnen. De bij mediation betrokken partijen lopen mogelijk risico's als zij door een niet kundige mediator worden bijgestaan bij het oplossen van een conflict.

De Europese Commissie werkt aan de ontwikkeling van aanvullende instrumenten die het gebruik van mediation moeten bevorderen. Aan de wens om te komen tot invoering van deze instrumenten ligt in een groot aantal lidstaten echter een onjuiste motivatie ten grondslag: men ziet mediation alleen als een middel om de overbelaste rechtspraak te ontlasten, terwijl mediation niet in alle gevallen een beter of volwaardig alternatief voor de traditionele rechtspraak is. Mediation is evenmin gebaat bij de bureaucratistische instrumenten die in onder meer de mediationrichtlijn worden voorgesteld. Met het pakket aan wettelijke maatregelen dat indiener voorstelt wordt gekozen voor een andere koers, namelijk het verder uitbouwen van het succes van mediation in Nederland door het scheppen van de noodzakelijke voorwaarden waardoor mediation zich verder kan ontwikkelen en aan belang kan winnen.

5. Het totaalpakket aan wettelijke maatregelen

De voorstellen van indiener zijn met name gericht op de wettelijke inbedding en verankering van mediation. Deze wettelijke verankering bestaat uit verschillende elementen, die zijn opgenomen in drie afzonderlijke wetsvoorstellen. De verdeling van de noodzakelijke wettelijke maatregelen over verschillende wetsvoorstellen vindt om de volgende redenen plaats. Uit de behandeling van de wetsvoorstellen van de regering ter implementatie van de mediationrichtlijn¹² blijkt dat er een sterke politieke wens bestaat om het beroep van mediator, voor zover gericht op professionele mediations waarbij sprake is van stuiting van verjaringstermijnen en een beroep op een verschoningsrecht, wettelijk te reguleren. Ook de Minister van Veiligheid en Justitie heeft tijdens de behandeling van de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken aangegeven het belang van een wettelijke regeling op dit punt te onderschrijven. Daartoe moeten bij en krachtens de wet voorschriften worden gegeven over – onder meer – wie onder welke voorwaarden tot het beroep kunnen toetreden, hoe de beroepsregistratie plaatsvindt en in welke gevallen men uit het beroep kan worden gezet. Hierop ziet één van drie wetsvoorstellen, het voorstel voor de Wet registermediator.

¹² Aanvankelijk het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Kamerstukken 32 555), gevolgd door het wetsvoorstel Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Kamerstukken 33 320).

Een vraagstuk dat naar zijn aard een andere materie is (en daarom ook om een andere juridische en politieke afweging vraagt) is de wijze waarop het gebruik van het instrument mediation in de rechtspraak verder kan worden verankerd en door deze verankering kan worden gestimuleerd. Daarop zien de twee andere wetsvoorstellen: de Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht en de Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht. Voor een knip tussen enerzijds het burgerlijk recht en anderzijds het bestuursrecht (inclusief het belastingrecht) is om de volgende reden gekozen. De eerstgenoemde regeling ziet op het gebruik van het instrument mediation tussen natuurlijke personen en rechtspersonen onderling. Gezien de aard van het instrument mediation, dat vooral neerkomt op een keuzevrijheid voor partijen, en gezien de aard van het burgerlijk recht, dat met name van regelend recht is (partijen kunnen er in veel gevallen bij overeenkomst binnen bepaalde grenzen van afwijken) ligt het minder voor de hand om in die verhouding partijen min of meer te verplichten gebruik te maken van mediation. Tegelijkertijd is mediation in het bijzonder in het privaatrecht uitermate geschikt voor de oplossing van geschillen, gezien de veelal (mede) relationele dimensie van die geschillen. Het is dan de taak van de overheid te voorkomen dat partijen een minder geschikte traditionele procedure worden ingezogen zonder dat daaraan een objectieve afweging aan ten grondslag ligt ten aanzien van de vraag welke oplossingsmethode het meest aansluit bij de behoefte van de betrokken partijen.

In het geval van het bestuursrecht is de benadering een iets andere. Bestuursorganen realiseren zich niet in alle gevallen dat een geschil met een burger efficiënt kan worden opgelost via mediation. Dat kan verschillende achtergronden hebben, zoals het feit dat in een specifiek conflict niet alleen de belangen van één specifieke burger kunnen spelen, maar ook de – soms daaraan tegenstrijdige – belangen van andere burgers en/of het algemeen belang. Evenwel blijkt uit ervaringen in de praktijk dat bestuursorganen die wel de moeite nemen om actief het contact te zoeken met de burger in een bepaald conflict, daarmee zeer goede resultaten kunnen boeken. Alleen al het «bellen met de burger», waarbij uitleg wordt gegeven over de achtergronden van een genomen of voorgenomen beschikking, blijkt een sterk conflictvermijdend of -oplossend karakter te hebben. Omdat juist van de overheid mag worden verwacht dat zij conflicten weet te vermijden of – in het geval zij zich onverhoopt voordoen – deze op een laagdrempelige en voor zoveel mogelijk betrokkenen bevredigende manier weet op te lossen, ligt het voor de hand om met regelgeving hierin een actieve(re) houding van bestuursorganen te stimuleren. Daarop ziet het derde wetsvoorstel.

Het zwaartepunt in de drie afzonderlijke wetsvoorstellen verschilt derhalve van elkaar en vraagt in bepaalde gevallen om een andere beleidsmatige, juridische en politieke afweging. De drie wetsvoorstellen houden onderling verband, maar kunnen tot op zekere hoogte ook los van elkaar worden gezien. De gunstige effecten die uitgaan van snelle invoering van één van de onderdelen van het totaalpakket moeten niet worden belemmerd door het tempo van de overige onderdelen. Door te kiezen voor drie gescheiden wetsvoorstellen worden gunstige effecten, waar mogelijk, zo snel mogelijk bereikt.

Voor een uitgebreide toelichting van de drie afzonderlijke wetsvoorstellen wordt verwezen naar hoofdstukken 6 (Wet registermediator), 7 (Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht) en 8 (Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht) en naar de artikelsgewijze toelichting bij de onderscheidenlijke wetsvoorstellen.

6. De Wet registermediator

6.1. Uitgangspunten

Binnen het totaalpakket van wettelijke maatregelen ter verdere stimulering van mediation in de praktijk, regelt het voorliggende wetsvoorstel de invoering van een register voor mediators. Uitsluitend mediators die voldoen aan – onder meer – bepaalde opleidingseisen komen voor inschrijving in aanmerking. Deze opleidingseisen dienen deels bij algemene maatregel van bestuur te worden uitgewerkt. Een suggestie voor een algemene maatregel van bestuur is als bijlage bij de memorie van toelichting op de Wet registermediator aangereikt. Om ingeschreven te blijven staan, dienen mediators opleidingen te volgen en dienen zij regelmatig in de praktijk mediations te begeleiden. Voor bepaalde overheidsinstellingen wordt de verplichting geïntroduceerd om voor mediationdiensten uitsluitend geregistreerde mediators in te zetten. In het register opgenomen mediators kunnen uit het register worden geschrapt als gevolg van toepassing van het tuchtrecht waaraan zij met dit wetsvoorstel eveneens worden onderworpen. Aan ingeschreven mediators wordt de wettelijk beschermde titel van registermediator toegekend. Daarmee kunnen zij zich op een voor derden eenvoudig herkenbare manier afficheren als een professionele mediator die voldoet aan de wettelijke standaarden van kwaliteit en integriteit. Rechtzoekenden kunnen zich met een gerust hart tot de registermediator wenden. Deze voldoet immers aan de opleidingseisen, beschikt over de benodigde juridische kennis en heeft voldoende ervaring om zijn inzet te rechtvaardigen. De regeling van een wettelijk register voor mediators, een beschermde titel voor registermediators en een vorm van tuchtrecht bevorderen de inzet in de praktijk van professionele, geëquipeerde dienstverleners en daarmee het gebruik van mediation als daadwerkelijke oplossing voor een grote variëteit aan geschillen.

Het wetsvoorstel ontnemt echter private partijen geenszins de mogelijkheid om bij mediation gebruik te maken van niet-geregistreerde mediators. Dit betekent bijvoorbeeld dat allerlei, in brede diversiteit in de praktijk voorkomende vormen van mediation (zoals het succesvolle instrument buurtbemiddeling) niet onder het bereik van deze wet vallen. Een ieder mag (blijven) bemiddelen in geschillen en mag zich bemiddelaar of mediator noemen, zonder specifieke vooropleiding of ervaring. Uitsluitend wanneer men op basis van een toevoeging op grond van de Wet op de rechtsbijstand (hierna: Wrb) gebruik wenst te maken van een mediator geldt het uitgangspunt dat een geregistreerde mediator wordt toegevoegd. Hier volgt het wetsvoorstel de ontstane praktijk dat aan personen die op basis van een toevoeging, en dus op kosten van de belastingbetaler als mediator optreden, hoge kwaliteitseisen worden gesteld. Dezelfde methodiek wordt toegepast ten aanzien van advocaten die op basis van een toevoeging hun cliënten adviseren. Ook stuit alleen de inzet van een geregistreerde mediator de verjaring van een rechtsvordering. Buiten de genoemde kaders kunnen partijen dus vrijelijk gebruik blijven maken van de diensten van een ieder die zich als mediator, bemiddelaar of anderszins in de markt zet. Het wetsvoorstel biedt evenwel ook voor private partijen die een vrije keuze hebben in de mediator grote voordelen: door het inschakelen van een registermediator hebben zij grotere zekerheid dat zij gebruik maken van de diensten van een deskundige, onpartijdige/neutrale en onafhankelijke derde die voldoende geëquipeerd is om hen te begeleiden bij de oplossing van een geschil. Bovendien kan een registermediator tuchtrechtelijk worden aangesproken op zijn kwaliteit.

Voor een succesvolle bevordering van mediation is het van belang dat burgers erop moeten kunnen vertrouwen dat de mediator voldoet aan objectiveerbare eisen van kwaliteit en integriteit. Vertrouwen in de

mediator bevordert het vertrouwen in de inzet van het instrument mediation als oplossing van een geschil. Het draagt daarmee bij aan de acceptatie van de uitkomst van het mediationproces en de spontane naleving van de in dat kader gemaakte afspraken. De bevordering van de kwaliteit van mediators is lange tijd primair een taak van marktpartijen geweest; dat wil zeggen de beroepsgroep in samenspraak met gebruikers. Van oudsher heeft het Nederlands Mediation Instituut (NMI) voorzien in een systeem van beroepsregistratie en kwaliteitsborging. Daarnaast zijn andere organisaties opgekomen, zoals het ADR Centrum voor het Bedrijfsleven, Conflictmanagement & Mediation, VFAS, VMSM, NMV en NVVAM, die zich richten op (zakelijke) geschiloplossing. Net als het NMI kent ADR modelreglementen voor mediators, gedragscodes en aansluiting bij de Stichting Tuchtrechtspraak mediators. Aan al deze organisaties – en met name het NMI – is het te danken dat Nederland nog steeds voorloopt op andere landen voor wat betreft het gebruik van mediation in ons rechtsbestel. Dat laat onverlet dat het nu tijd is voor een volgende stap.

6.2. Verhouding tot andere regelgeving

Op 21 mei 2008 is de richtlijn nr. 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (PbEU L 136; hierna ook: de richtlijn) vastgesteld. Deze richtlijn is geïmplementeerd met de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken. Het voorliggende wetsvoorstel staat geheel los van de implementatiewet. De implementatiewet ziet namelijk uitsluitend op mediations in grensoverschrijdende geschillen. Onder een grensoverschrijdend geschil verstaan de richtlijn en de implementatiewet, kort gezegd, een geschil waarin ten minste één van de partijen haar woonplaats of gewone verblijfplaats heeft in een andere lidstaat van de Europese Unie dan de andere partijen. Artikel 2 van de implementatiewet beperkt het toepassingsbereik van die wet bovendien nader tot burgerlijke en handelsgeschillen. Voorts worden enkele zaken expliciet buiten het toepassingsbereik van de implementatiewet gelaten, mede als gevolg van de behandeling van dit wetsvoorstel in de Staten-Generaal.

Het voorliggende wetsvoorstel en de implementatiewet hebben naast elkaar gelding. Indien er geen sprake is van een grensoverschrijdend geschil of van een geschil in een burgerlijke of handelszaak, wordt aan de toepassing van de implementatiewet in het geheel niet toegekomen. Nationale mediations, voor zover hierbij geregistreeerde mediators zijn betrokken, worden in dat geval uitsluitend beheerst door de onderhavige wet. Indien er sprake is van een grensoverschrijdend geschil in een burgerlijke of handelszaak in de zin van de implementatiewet, waarbij geen geregistreeerde mediator is betrokken, wordt aan de toepassing van de onderhavige wet in beginsel niet toegekomen. Wel moet worden bedacht dat het op voorhand niet ondenkbaar is dat ten behoeve van mediation in een grensoverschrijdend geschil een verzoek om een mediationtoevoeging wordt ingediend bij het bestuur van de raad voor rechtsbijstand. Dit kan het geval zijn indien er sprake is van een geschil dat binnen de Nederlandse rechtssfeer ligt (artikel 12, eerste lid, juncto artikel 33e, eerste lid, Wrb). Dan kan op grond van de onderhavige wet alleen een geregistreeerde mediator worden toegevoegd. Deze afnameplicht is niet in strijd met de implementatiewet c.q. richtlijn, aangezien aan de toepassing van die wet en de richtlijn pas wordt toegekomen wanneer er een mediator in beeld is. Anders gezegd: de implementatiewet stelt niet als vereiste dat er een geregistreeerde mediator wordt ingeschakeld. Een en ander laat onverlet dat, gelet op het vertrouwen in het mediationproces, dat is gediend met de inschakeling van kwalitatief goede en

integere mediators, verwacht mag worden dat na invoering van dit wetsvoorstel ook in grensoverschrijdende geschillen vaker geregistreerde mediators zullen worden ingeschakeld. Ook buitenlandse mediators kunnen tot het register worden toegelaten indien zij aan de eisen voldoen. De richtlijn ontnemt lidstaten van de Europese Unie niet de mogelijkheid om op nationaal niveau, in geschillen die niet onder de werking van de richtlijn vallen, (verdergaande) eisen te stellen aan mediations of mediators. De richtlijn roept lidstaten op om de opstelling van vrijwillige gedragscodes en de naleving ervan door mediators te bevorderen alsmede om andere doeltreffende kwaliteitscontrolemechanismen ten aanzien van mediation te ontwikkelen (artikel 4, eerste lid, van de richtlijn). Ook worden lidstaten opgeroepen om de basis- en vervolgopleiding van mediators te bevorderen, zodat aan partijen een doeltreffende, onpartijdige en bekwame mediation wordt gewaarborgd (tweede lid). Met de voorliggende wet wordt aan deze oproepen verder invulling gegeven, ook buiten het toepassingsbereik van de richtlijn.

Naast de regeling van de implementatiewet, bevat hoofdstuk IVa (de artikelen 33a en verder) van de Wrb op dit moment een regeling omtrent mediation. Die regeling komt er kort gezegd op neer dat het bestuur van de raad voor rechtsbijstand een register aanhoudt van mediators die aan het stelsel van mediantoevoegingen wensen deel te nemen, en die aan bepaalde inschrijvingseisen voldoen. De raad voegt in beginsel alleen op die wijze geregistreerde mediators toe. De bestaande regeling van hoofdstuk IVa Wrb vertoont daarmee grote overlap met het in het voorliggende wetsvoorstel opgenomen stelsel. Om die reden wordt de in de Wrb op dit punt opgenomen regeling herzien, zodat van een dubbele registratie geen sprake meer is. De inschrijving van mediators vindt in het vervolg plaats op grond van de voorliggende wet. Indiener verwacht hierdoor ook de belangen van met name rechtzoekenden te dienen.

6.3. Het register

Met dit wetsvoorstel wordt de wettelijke basis geschapen voor een register van mediators. Hierin worden uitsluitend mediators ingeschreven die voldoen aan specifieke eisen ten aanzien van kwaliteit en integriteit. Het voldoen aan bepaalde opleidings- en integriteitseisen is voldoende om als mediator ingeschreven te worden in het register. Ieder jaar wordt getoetst of de registermediator voldoet aan de eisen ten aanzien van het behalen van een bepaalde hoeveelheid opleidingspunten (permanente educatie), maar ook of er voldoende ervaring («vlieguren») met mediations in de praktijk is. De eisen aan inschrijving – met inbegrip van de jaarlijkse toetsing ervan – zullen voor een belangrijk deel bij algemene maatregel van bestuur worden vastgelegd. Dit garandeert dat de te stellen eisen van tijd tot tijd aan de ontstane praktijk kunnen worden aangepast. Via het register kunnen partijen die behoefte hebben aan de inzet van het instrument mediation, kennisnemen van het aanbod van geregistreerde mediators. Het wordt voor hen in één oogopslag duidelijk welke mediators voldoen aan objectieve eisen aan kwaliteit en deskundigheid.

De Minister van Veiligheid en Justitie wordt aangewezen als houder van het register. Deze kan daartoe een beheerder aanwijzen. Gelet op de nieuwe wettelijke regeling van het register voor mediators en de afnameplicht voor onder meer de raad voor rechtsbijstand, bestaat er geen noodzaak meer voor het in stand houden van een afzonderlijk register door de raad voor rechtsbijstand van mediators die wensen deel te nemen aan het toevoegingenstelsel. De betreffende artikelen van de Wrb kunnen dan ook komen te vervallen.

Aan geregistreerde mediators komt een bijzondere positie toe. Niet alleen geldt ten aanzien van hen een afnameplicht voor bepaalde instanties, ook geldt voor hen – mede naar aanleiding van de hiertoe strekkende regeling

in de eerder behandelde in Nederland geïmplementeerde richtlijn – een verschoningsrecht. Verjaringstermijnen van rechtsvorderingen kunnen alleen worden gestuit in geval van inzet van geregistreerde mediators. De beslissing omtrent de inschrijving in het register heeft daarmee een publiekrechtelijk rechtsgevolg en is een beschikking in de zin van artikel 1:3, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Aan het orgaan dat belast is met deze beslissingen komt derhalve openbaar gezag toe. Tegen een weigering van de inschrijving staan de in de Awb geregelde rechtsmiddelen open.

Eén van de voorwaarden voor inschrijving in het register is het overleggen van een verklaring omtrent het gedrag. De aanvraag en verlening van de verklaring geschiedt overeenkomstig de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (hierna: Wjsg). Afgifte van de verklaring wordt geweigerd indien in de justitiële documentatie met betrekking tot de aanvrager een strafbaar feit is vermeld, dat, indien herhaald, gelet op het risico voor de samenleving en de overige omstandigheden van het geval, aan het doel waarvoor de verklaring omtrent het gedrag wordt gevraagd, in de weg zal staan (artikel 35 Wjsg). Wanneer een mediator geen geldige verklaring kan overleggen, heeft dit als consequentie dat betrokkene niet in het register wordt ingeschreven. De indiener kan zich voorstellen dat er naast het wettelijke register behoefte kan bestaan aan registers die het gemakkelijk maken om gespecialiseerde registermediators op bepaalde terreinen te vinden.

6.4. Tuchtrect

Partijen die een geregistreerde mediator inschakelen, hebben belang bij vertrouwen in de kwaliteit van de geleverde diensten en de integriteit van de mediator. Dit vertrouwen begint met de eisen die aan inschrijving in het register worden gesteld. Net als bij vele andere beroepen biedt het uitsluitend voltooien van een opleiding tot mediator echter nog geen garantie voor een daadwerkelijk kwalitatief goede uitvoering van het beroep. Het kan in de praktijk dan ook voorkomen dat een partij die gebruik maakt van de diensten van een geregistreerde mediator ontevreden is over het geleverde werk dan wel diens werkhouding, of wellicht twijfels heeft over de integriteit van de betrokken mediator. In geval van klachten ligt het voor de hand dat een partij zich allereerst wendt tot de geregistreerde mediator zelf. Dit biedt de mediator de gelegenheid op een klacht te reageren en met de klager zelf eruit te komen. Veel klachten zijn eenvoudig in der minne op te lossen, bijvoorbeeld met erkenning van een eventueel gemaakte fout of het aanbieden van excuses. Het doet ook recht aan de eigen verantwoordelijkheid van de mediator jegens zijn cliënten. Voorts kan hierdoor worden voorkomen dat de gang naar de tuchtrechter te licht wordt gemaakt. Uit ervaringen bij andere beroepsgroepen met een wettelijk geregeld tuchtrect blijkt dat veel klachten naar hun aard bejegeningskwesities betreffen en niet altijd gaan over de (kwaliteit van de) beroepsuitoefening. Voor de gevallen waarin rechtstreeks contact met de betrokken geregistreerde mediator niet tot een bevredigend resultaat leidt, of wanneer de klacht van dien aard is dat dit contact niet voor de hand ligt, maakt dit wetsvoorstel het mogelijk om een klacht in te dienen bij de tuchtrechter.

Het wettelijk regelen van een tuchtrect voor registermediators past binnen de wens om niet alleen mediation een volwaardige alternatieve vorm van geschiloplossing te laten zijn, maar ook om het beroep van mediator daarbinnen een volwaardige status te geven. Het beroep komt daarmee, alsmede met de keuze voor een wettelijk beschermde beroepstitel, voor een belangrijk deel op gelijke hoogte met het beroep van advocaat, notaris en gerechtsdeurwaarder. De invoering van een tuchtrect past ook bij een wettelijk geregeld beroep waaraan een verschoningsrecht is toegekend en waarbij de beroepsbeoefenaren

worden beëdigd voor de rechtbank. Het tuchtrecht biedt uitstekende mogelijkheden om, met betrokkenheid van de beroepsgroep zelf, de naleving van beroepsnormen af te dwingen.

De in dit wetsvoorstel neergelegde regeling van het tucht(proces)recht is voor een belangrijk deel ontleend aan de regeling voor advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders. Aan de tuchtrechter komt een brede maatregelencatalogus ter beschikking, variërend van de waarschuwing tot de zwaarste maatregel, de schrapping uit het register. Voor tijdelijke of definitieve doorhaling uit het register zal alleen aanleiding bestaan wanneer sprake is van zodanige omstandigheden dat de kwaliteiten of de integriteit van de betrokken mediator zodanig in het geding zijn, dat dit schade berokkent aan het vertrouwen in het beroep van mediators of in het instrument mediation. De betreffende gedraging – hetgeen onder omstandigheden ook een nalaten kan betreffen – moet van dien aard zijn dat inschrijving van betrokkene in het register niet langer verantwoord is.

7. De Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht

In het Burgerlijk Wetboek (BW) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) worden enkele wijzigingen opgenomen die beogen in de privaatrechtelijke sfeer de positie van mediation als logisch alternatief voor de traditionele rechtspraak te verankeren en te versterken. Daartoe wordt in dat wetsvoorstel allereerst de mediationovereenkomst in Boek 7 BW vastgelegd als een species van de overeenkomst van opdracht. Dit artikel regelt onder meer de vertrouwelijkheid van de mediation, alsmede op welke wijze een mediationovereenkomst tot stand komt en wordt beëindigd. In Rv wordt geregeld dat het inleidende processtuk (de dagvaarding of het verzoekschrift) een mededeling bevat dat mediation beproefd is en, indien ervoor gekozen is om geen mediation toe te passen, waarom dat het geval is. De rechter kan – daartoe opgeroepen door een geïntroduceerd wettelijk vermoeden –, indien naar zijn oordeel ten onrechte niet overwogen is om mediation toe te passen, daaraan de conclusie verbinden dat partijen niet ontvankelijk zijn.

Voorts regelt dit wetsvoorstel dat partijen tijdens een mediation bepaalde onderdelen van hun geschil met een juridisch karakter op een eenvoudige en snelle manier langs elektronische weg aan de rechter voor kunnen leggen voor een beslissing op dit juridische knelpunt. Hiermee kunnen zij op korte termijn een beslissing krijgen van een rechter zodat de mediation snel een vervolg kan krijgen.

Eén van de redenen waarom mediation als instrument voor geschiloplossing nog niet tot volle wasdom is gekomen, is dat een door partijen getekende (vaststellings)overeenkomst nu nog niet leidt tot een voor executie vatbare titel. Partijen moeten thans ofwel de overeenkomst door een notaris laten vastleggen in een notariële akte of een procedure starten bij de rechter om een executoriale titel te verkrijgen. De rechter kan dan een vonnis of beschikking afgeven conform de overeenkomst ofwel – in dagvaardingsprocedures – de overeenkomst vastleggen in een proces verbaal van comparitie (artikel 87, lid 3, Rv). Aan deze opties voegt het wetsvoorstel een optie toe. De mediator kan de (vaststellings)overeenkomst digitaal aanbieden aan de rechtbank met het verzoek deze te bekrachtigen. De rechter toetst de vaststellingsovereenkomst marginaal. Hij beziet of de inhoud en de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen niet in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. Daarnaast wordt bepaald dat uitdrukkelijk overeengekomen mediation-clausules bindend zijn als zij voldoende duidelijk en concreet zijn. Partijen zijn dan verplicht mediation te beproeven voordat de rechter zich over een geschil uitlaat.

8. De Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht

Dit wetvoorstel ziet op de aanpassing van de Awb en de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR), ter stimulering van het gebruik van het instrument mediation binnen dat rechtsgebied. Mediation en de voor mediation noodzakelijke vaardigheden zijn in het bestuursrecht al een met succes toegepaste methode voor de beslechting van geschillen. Een wettelijke regeling, waardoor bestuursorganen geactiveerd worden mediation als alternatief voor het voorkomen of beëindigen van een geschil in te zetten, geeft een belangrijke impuls aan de verdere toepassing van dit instrument. Het wetsvoorstel past binnen het uitgangspunt van behoorlijk bestuur dat bestuursorganen de mogelijkheden onderzoeken voor een informele benadering en behandeling van de bezwaren waarbij informeel overleg met de betrokken belanghebbenden essentieel kan zijn en een conflict kan voorkomen of, indien het zich onverhoopt toch voordoet, eenvoudig kan worden opgelost. Toepassing van mediation kan daarnaast leiden tot een vroegtijdige oplossing van een geschil, waardoor kosten in de bezwaar- en beroepsfase kunnen worden bespaard. Indiener verwacht dat hiermee zeer aanzienlijke (administratieve) lasten kunnen worden voorkomen. Indiener wijst ter onderbouwing van het nut van dit wetsvoorstel naar het eindrapport van een onderzoek dat sinds 2007 heeft plaatsgevonden naar de toepassing van mediationvaardigheden en de informele aanpak binnen bestuursorganen.¹³ Hieruit blijkt dat in de bezwaarfase 60% van de gevallen waarin gekozen werd voor een informele aanpak het bezwaarschrift werd ingetrokken. Het vertrouwen in de overheid nam als gevolg van de toepassing van de informele aanpak toe. De informele behandeling van de bezwaren werd door de betrokken belanghebbenden gewaardeerd met een 7,2, terwijl de landelijke waardering van de reguliere bezwaarprocedure slechts met een 4,8 wordt gewaardeerd. De bruto doorlooptijd van bezwaarprocedures liep terug met 37% ten opzichte van de maximale wettelijke termijn en 21% ten opzichte van de gebruikelijke duur van een bezwaarprocedure. De betrokken overheidsorganisaties boekten een efficiencywinst van ongeveer 26%.

Indiener is van oordeel dat het uitgangspunt zou moeten zijn dat als een belanghebbende aan een bestuursorgaan verzoekt om toepassing van mediation, behoorlijk bestuur met zich meebrengt dat dit verzoek wordt ingewilligd. Daarbij moet het bestuursorgaan wel redelijke voorwaarden kunnen stellen. Op voorhand kan immers niet worden uitgesloten dat een zodanig verzoek wordt gedaan met het oog op – verder – uitstel van de procedure en het oproepen van vertragingen. Het algemeen belang kan zich tegen dat uitstel verzetten. Bij de beoordeling van de vraag of mediation geschikt is als oplossing van het probleem, dienen bestuursorganen dan ook uit te gaan van het principe «ja, tenzij.»

Een voorbeeld van een geschil dat zich niet leent voor mediation is de beoordeling van een zuivere rechtsvraag. In dat soort geschillen zullen de partijen in de regel goed met elkaar communiceren en is het doel van beide partijen zo snel mogelijk te komen tot het oordeel van de hoogste rechter. De ervaring leert echter dat er niet zoveel zuivere rechtsvragen zijn en dat veel geschillen gaan over de uitleg en interpretatie van feiten en over gebreken in de communicatie tussen de betrokken partijen. Daarbij komt het vaak voor dat partijen volledig vasthouden aan de eigen argumenten en niet meer zelfstandig in staat zijn te luisteren naar de argumenten van de andere partij en deze te begrijpen. In dat soort geschillen biedt mediation mogelijkheden. De taak van de mediator is immers partijen over en weer elkaars standpunten en, belangrijker nog, elkaars belangen te doen begrijpen. Vanuit de positie van wederzijds

¹³ Prettig contact met de overheid, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2011.

begrip kunnen veel geschillen – snel – worden opgelost. In het beoordelingsproces of mediation een geschikte oplossing is neemt het bestuursorgaan de intentie van de belanghebbende mee. Voorkomen moet worden dat mediation wordt misbruikt voor andere doeleinden dan waarvoor zij bedoeld is. Mediation is immers bedoeld om op afzienbare termijn te komen tot een door beide partijen gedragen oplossing voor hun geschil(len).

Als het bestuursorgaan besluit geen mediation toe te passen, dient dit in de beslissing op bezwaar te worden gemotiveerd. Mocht de praktijk uitwijzen dat deze motiveringsplicht niet leidt tot substantieel meer gebruik van mediation in het bestuursrecht, dan overweegt indiener een zwaardere verplichting voor bestuursorganen te introduceren.

Indiener is daarnaast van oordeel dat ook in het belastingrecht de toepassing van het instrument mediation waar mogelijk en nuttig moet worden gestimuleerd. Het wetsvoorstel voorziet daarom tevens in aanpassing van de AWR. Voor mediation in belastingzaken kiest indiener voor een eigen regeling die nauw aansluit bij en recht doet aan de bestaande praktijk, zowel in feitelijke als in juridische zin. Feitelijk is het proces mediation in belastingzaken al behoorlijk vorm gegeven. Nadat mediation enige jaren in belastingzaken is beproefd, is mediation in 2005 toegevoegd aan het instrumentarium van de Belastingdienst.¹⁴ De Belastingdienst maakt gebruik van interne registermediators, die in dienst van de Belastingdienst zijn. Inmiddels heeft de Belastingdienst ongeveer 40 interne mediators. In 2011 hebben zij in 97 zaken bemiddeld, in 2012 waren dat er 75. Het gemiddelde slagingspercentage ligt rond 80%. Op een schaal van 1 tot 5 scoort de algehele tevredenheid over de interne mediator 4,3 en de tevredenheid over «onpartijdigheid, zorgvuldigheid en betrokkenheid» zelfs 4,5. Om mediation een nog betere plek binnen de Belastingdienst te geven en de (externe) bekendheid te bevorderen, zijn onlangs diverse acties in gang gezet. Voorbeelden zijn het geven van voorlichting over mediation via de website van de Belastingdienst, aandacht voor mediation bij de (standaard) telefonische intake bij bezwaren («wat is de achtergrond van het bezwaar?»), investering in mediationvaardigheden en erkenning van conflictbeheersing als vak en inbedding daarvan in de nieuwe landelijke directie vaktechniek. Voor deelname aan mediation worden de belanghebbende, dat wil zeggen de belastingplichtige, de inhoudingsplichtige of de administratieplichtige, geen kosten voor de begeleiding door een interne mediator in rekening gebracht. Overigens kan de belanghebbende tevens verzoeken om een externe registermediator. In dat geval worden de kosten gedeeld. Indiener is van oordeel dat de wettelijke regeling van mediation in belastingzaken deze feitelijke praktijk moet eerbiedigen.

In de praktijk van de Belastingdienst blijkt dat mediation voorkomt in iedere fase van de belastingheffing. Ook blijkt bij een mediation nogal eens meer naar boven te komen dan alleen een enkel bezwaar of een enkele klacht. Geschillen waarbij mediation wordt toegepast kunnen betrekking hebben op meer dan een heffingsjaar of heffingsobject. Daarnaast heeft mediation in belastingzaken in het bijzonder toegevoegde waarde als er indicaties zijn dat er sprake is van (meestal onbedoelde) persoonlijke frictie. De positieve ervaringen bij de Belastingdienst tonen aan dat er voor bestuursorganen nog veel terrein valt te winnen op het gebied van mediation. Indiener beoogt met de voorgestelde wijzigingen op het gebied van het bestuursrecht dan ook te bereiken dat andere bestuursorganen deze goede voorbeelden volgen en uitbreiden, en vaker zullen inzetten op het instrument mediation, al dan niet op verzoek van burgers.

¹⁴ Kamerstukken II, 2004/05, 29 643, nr. 4.

9. Consultatie

De concepten van de in paragraaf 8 besproken wetsvoorstellen zijn in consultatie gebracht, waaronder internetconsultatie. Dit heeft geleid tot een groot aantal reacties, afkomstig van onder meer verschillende mediationorganisaties, advocatenkantoren, overheidsorganisaties en individuele mediators. De via de internetconsultatie ontvangen reacties zijn – voor zover de indieners instemden met openbaarmaking ervan – voor een ieder raadpleegbaar via <http://www.internetconsultatie.nl/mediation/reacties>. Daarnaast zijn reacties ontvangen van de Raad voor de rechtspraak, het Federatief Verband van mediatorsverenigingen¹⁵ en het ADR International Register. Van de ontvangen adviezen, die doorgaans positief van toon waren, is dankbaar gebruik gemaakt bij het opstellen van de thans voorliggende wetsvoorstellen en toelichtingen.

De indiener heeft in het bijzonder goed gekeken naar de wijzigingsvoorstellen die zijn voorgesteld door het Federatief Verband van mediatorverenigingen en de drie wetsvoorstellen dientengevolge op een groot aantal punten aangepast. Zo is een omschrijving van de vereiste gedragswetenschappelijke vaardigheden toegevoegd en is mogelijk gemaakt dat een mediator zich in het register kan inschrijven als «algemeen mediator», derhalve zonder te beschikken over een specifieke specialisatie. Daarnaast is de vereiste juridische deskundigheid van de registermediator genuanceerd. Ook is verduidelijkt dat «punten» gehaald in het huidige NMI-stelsel meetellen voor toelating tot het nieuwe register. Ook is de onafhankelijkheid van de mediator van de overheid onderstreept. Verduidelijkt is dat vertegenwoordigers uit het mediationveld – waaronder de federatie – leden afvaardigen naar de commissie mediation die de minister adviseert over de te nemen beleidsbeslissingen. Verder is de verplichting tot herinschrijving in het register na vijf jaren ter voorkoming van administratieve lasten geschrapt.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel I

Boek 3 BW

Onderdeel A (artikel 3:316 BW)

De voorgestelde wijziging van artikel 3:316 BW regelt in samenhang met onderdeel B (artikel 3:319 BW) dat partijen niet de mogelijkheid ontnomen wordt alsnog een gerechtelijke procedure of arbitrage met betrekking tot hun geschil aanhangig te maken door het verstrijken van verjaringstermijnen tijdens een mediation als bedoeld in artikel 7:424a BW. Deze bepaling vloeit voort uit de al in Nederland geïmplementeerde mediationrichtlijn waarin de stuiting van verjaring voor grensoverschrijdende mediations is geregeld.

In het voorgestelde nieuwe lid 4 van artikel 3:316 BW is bepaald dat de verjaring van de rechtsvordering die onderwerp is van een mediation tussen de vorderingsgerechtigde en de wederpartij door die mediation wordt gestuit. Het gaat dus niet om alle potentiële rechtsvorderingen tussen partijen maar slechts om die rechtsvorderingen die onderwerp zijn van een mediationovereenkomst in de zin van artikel 7:424a BW en waarover tussen partijen overeenstemming bestaat dat deze onderwerp zijn van de mediation. Het enkele aanbod van mediation over een

¹⁵ In het Federatief Verband zijn verenigd het Nederlands Instituut van Psychologen, de Nederlandse Vereniging van Mediation Advocaten, de Vereniging GemeenteMediation, de Vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsmediators, de Vereniging van Mediators en Scheidingsbemiddelaars in het notariaat en het Nederlands Mediation Instituut.

bepaalde vordering is niet voldoende om de verjaring van die rechtsvordering te doen stuiten.

De verwijzing naar artikel 7:424a BW maakt duidelijk dat stuiting van de verjaring als hier bedoeld alleen aan de orde is ingeval partijen met een registermediator een mediationovereenkomst ten aanzien van een geschil sluiten waarop de rechtsvordering betrekking heeft. In de mediationovereenkomst zal in dat geval ook met zoveel woorden melding worden gemaakt van de desbetreffende rechtsvorderingen waarvan de verjaring door de mediation worden gestuit. De afbakening van het geschil is bepalend voor de vraag of de verjaring van rechtsvorderingen ter zake op alle relevante punten wordt gestuit. De kans op niet-repareerbare fouten is dus aanwezig. Onder andere uit deze bepaling vloeit ook voort dat een registermediator een bepaalde juridische kennis moet hebben, zoals wordt uitgewerkt bij en krachtens de Wet registermediator.

Onderdeel B (artikel 3:319 BW)

Om duidelijk te maken wat de gevolgen van de stuiting van rechtswege ingevolge artikel 3:316 lid 4 BW zijn, is een nieuw derde lid aan artikel 3:319 BW toegevoegd. Zodra een mediation is geëindigd, begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen van in beginsel drie jaar. De nieuwe verjaringstermijn bedraagt drie jaar, ook indien de oorspronkelijke verjaringstermijn ter zake van de rechtsvordering langer is. Dit is alleen anders indien de oorspronkelijke verjaringstermijn op het moment van verstrijken van de nieuwe verjaringstermijn van drie jaar nog niet zou zijn verstreken. Stel de oorspronkelijke verjaringstermijn bedraagt vijf jaar. Indien de mediation zou beginnen en eindigen terwijl van de oorspronkelijke verjaringstermijn minder dan twee jaar is verstreken, zou het onverkort hanteren van de nieuwe verjaringstermijn van drie jaar betekenen dat door de mediation de vordering eerder zou verjaren dan zonder mediation. Om die reden is opgenomen dat de verjaring niet eerder intreedt dan het tijdstip waarop de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verlopen.

Voor de duur van de nieuwe verjaringstermijn is aangesloten bij hetgeen is bepaald in de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Stb. 2012,570), omdat de situaties vergelijkbaar zijn. Het doel van de stuiting van de verjaring van de rechtsvordering door het sluiten van de mediationovereenkomst is om partijen niet in het mes te laten lopen van de verjaring van een termijn waardoor de mediation onder druk zou kunnen komen te staan. Een partij kan het initiatief nemen om de mediation te beëindigen ingevolge artikel 7:424a lid 6 BW door dit schriftelijk mede te delen aan de wederpartij. Hierdoor is het duidelijk op welk moment een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen. Op dat moment vangt de nieuwe verjaringstermijn aan. In samenhang hiermee wordt in lid 6 van artikel 7:424a BW geregeld dat de registermediator de mediation door schriftelijke kennisgeving aan betrokken partijen beëindigt, indien naar zijn oordeel gedurende drie maanden geen handelingen van betekenis in de mediation zijn verricht. Het zou te veel rechtsonzekerheid met zich meebrengen indien pas na een langere termijn de mediation als beëindigd zou mogen worden beschouwd. Overigens kan worden opgemerkt dat het wel de bedoeling is dat een mediation onder regie van een registermediator voortvarend wordt opgepakt, waardoor het derhalve niet snel zal gebeuren dat door «niets doen» de mediation wordt beëindigd.

Het valt onder de zorgplicht van de registermediator om – zo nodig – dit tevens mede te delen aan de rechtbank indien het geschil daar was aangebracht en voor de duur van de mediation werd aangehouden. De

registermediator waarschuwt de betrokken partijen er vanzelfsprekend ook voor dat door de beëindiging verjaringstermijnen wederom zijn gaan lopen.

Uit de verwijzing naar artikel 424a volgt dat het hier uitsluitend gaat om mediations die door een registermediator worden uitgevoerd.

Artikel II

Boek 7 van het BW

Afdeling 2A De mediationovereenkomst (artikel 7:424a BW)

Indiener heeft er uitdrukkelijk voor gekozen om de mediationovereenkomst een eigen plek te geven als benoemde overeenkomst in het BW en heeft daarmee niet de keuze gemaakt om mediation als zodanig in een aparte wet te regelen. Mediation is een fenomeen dat zich in de afgelopen twee decennia een belangrijke plaats heeft verworven in het burgerlijk recht en indiener heeft hieraan uitdrukking willen geven door mediation daarin nu ook te verankeren door middel van een aantal wettelijke bepalingen in het BW en in Rv. Tevens beoogt hij met deze wettelijke bepalingen de mogelijke wrijving die op bepaalde punten zou kunnen bestaan tussen het burgerlijk recht en de mediationmethode, op te heffen. Tegen deze achtergrond wordt de mediationovereenkomst in dit artikel gedefinieerd als een species van het genus overeenkomst van opdracht. Dit was noodzakelijk omdat artikel 7:425 BW e.v. reeds de *bemiddelings*-overeenkomst kent en mediation en bemiddeling in het spraakgebruik ten onrechte nog wel eens door elkaar worden gebruikt. Indiener beschouwt mediation – in navolging van de wetgever bij de invoering van de Wet voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding – als een specifieke methode en zal de term bemiddeling dan ook niet hanteren.

Er is van afgezien om in artikel 7:424a BW een definitie van mediation te geven omdat indiener niet voor ogen staat om de inhoudelijke aspecten van mediation te regelen, doch de wijze waarop mediation en het burgerlijk recht zich tot elkaar verhouden, alsmede het bevorderen van de toepassing van mediation. Een definitie van mediation zou tot op zekere hoogte echter kunnen worden afgeleid uit de aan de registermediator in respectievelijk de Wet registermediator (en in de daarop te baseren algemene maatregel van bestuur) gestelde (kwaliteits)eisen en uit de bepalingen van dit artikel.

Lid 1 maakt duidelijk dat het artikel alleen betrekking heeft op de mediationovereenkomst die door een registermediator wordt aangegaan met partijen. Tevens vloeit uit dit lid voort dat een mediation ten minste twee partijen vergt, naast de registermediator. Daarnaast is er – zoals gebruikelijk in de praktijk – voor gekozen om aan te sluiten bij het bepaalde in artikel 7:405 lid 1 BW waar als een essentieel onderdeel van een professionele overeenkomst van opdracht het verschuldigd zijn van loon is genoemd; deze voorwaarde neemt niet weg dat partijen met de registermediator een symbolisch loon zouden kunnen overeenkomen. In het tweede lid is vastgelegd dat een mediationovereenkomst te allen tijde schriftelijk dient te worden aangegaan, hetgeen meebrengt dat deze door de partijen en de registermediator wordt ondertekend. Uit het vereiste dat een mediationovereenkomst alleen schriftelijk kan worden aangegaan, volgt dat ook wijzigingen van de mediationovereenkomst op schrift moeten worden gesteld. Lid 3 bepaalt daarnaast op welk moment een mediation aanvangt. Hierover dient geen misverstand te kunnen ontstaan in verband met het bepaalde in de artikelen 3:316 en 3:319 BW. De indiener heeft met dit schriftelijkheidsvereiste beoogd duidelijk te maken dat een mediationovereenkomst als bedoeld in dit artikel niet mondeling tot stand kan komen; dit zou alleen al onwenselijk zijn in verband met het bepaalde in lid 3 van dit artikel.

In het vierde lid is het vertrouwelijkheidsbeginsel dat een mediation kenmerkt geformuleerd. Volstreekte vertrouwelijkheid is als wettelijk uitgangspunt gewaarborgd ter zake van stukken en informatie waarover een partij de beschikking krijgt in een mediation – waaronder uitdrukkelijk ook begrepen zijn de door de mediator opgestelde verslagen van de gevoerde mediationgesprekken – en waarover hij daarbuiten niet had kunnen beschikken. Hier sluit het verschoningsrecht van de registermediator – dat is opgenomen in artikel 165 lid 3 Rv – op aan. Partijen kunnen het vertrouwelijke karakter van mediation desgewenst echter geheel of gedeeltelijk ter zijde stellen door middel van een daartoe strekkende bepaling in de mediationovereenkomst; ook hiervoor geldt vanzelfsprekend het schriftelijkheidsvereiste.

De vertrouwelijkheid van de mediation kent voorts zijn begrenzing in de aard en strekking van de mediationovereenkomst. De vertrouwelijkheid van de mediation dient niet zover te gaan dat deze strafbare feiten en evident wangedrag, zoals een doodsbedreiging (vgl. Rechtbank Zutphen, 9 januari 2007, LJN AZ 6524 r.o. 3.5.5) kunnen verhullen. Of hiervan sprake is in een specifieke zaak, is uiteraard ter beoordeling van de rechter. Denkbaar zou anderzijds ook zijn dat de vertrouwelijkheid in een mediationovereenkomst wordt uitgebreid door partijen.

In de praktijk is het voorts soms onvermijdelijk dat in het voortraject dat leidt tot de ondertekening van een mediationovereenkomst vertrouwelijke gegevens op tafel zijn gekomen: dergelijke informatie uit het voortraject is vanzelfsprekend begrepen onder «al hetgeen in een mediation aan de orde komt» als bedoeld in dit lid en in de mediationovereenkomst zal dit met zoveel woorden worden bevestigd.

Voor de openbaarmaking van het resultaat van een mediation – de (vaststellings)overeenkomst – is in alle gevallen de toestemming van partijen nodig; hierover zullen partijen in de (vaststellings)overeenkomst zelf afspraken maken.

Conform het algemene uitgangspunt van het overeenkomstenrecht kan van (onderdelen van) een mediationovereenkomst bij latere schriftelijke overeenkomst worden afgeweken. Dit geldt ook voor eerdere afspraken over de vertrouwelijkheid van de mediation.

In het vijfde lid is neergelegd dat, in afwijking van het algemene rechtsbeginsel dat wil dat mondelinge overeenstemming juridisch bindend is, een overeenkomst – in het overgrote gedeelte van de gevallen een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 900 e.v. Boek 7 BW – die door partijen tijdens een mediation wordt gesloten, uitsluitend bindend is indien deze door hen schriftelijk is aangegaan, door hen is ondertekend en door de registermediator is medeondertekend. Het betreft hier een essentieel beginsel in een mediation omdat het wezenlijk is voor het slagen daarvan dat partijen in een veilige setting met elkaar van gedachten kunnen wisselen, voorstellen op tafel kunnen leggen en scenario's en opties kunnen bespreken, zonder dat op enig moment gebondenheid kan ontstaan aan mondelinge afspraken of toezeggingen. Daarnaast is het noodzakelijk dat partijen met elkaar kunnen afspreken dat tussen hen een overeenkomst alleen tot stand komt als deze betrekking heeft op alle punten waarover tussen hen geschil bestaat, gezien het feit dat verschillende kwesties in de praktijk vaak nauw met elkaar blijken samen te hangen en deze in een mediation veelal afzonderlijk zullen worden besproken hetgeen tot mondelinge deelovereenkomsten zou kunnen leiden. De desbetreffende samenhang vergt echter dat een partij beslist of een afspraak tot stand is gekomen die ziet op het geheel, nadat hij de gelegenheid heeft gehad om de gemaakte deelafspraken in hun onderlinge samenhang te bestuderen en het geheel desgewenst heeft kunnen bespreken met een eigen adviseur, zoals een advocaat of notaris. Teneinde in dezen onduidelijkheden en misverstanden te voorkomen, heeft indiener ervoor gekozen om een heldere procedure vast te leggen waarvan partijen desgewenst geheel of gedeeltelijk kunnen afwijken, doch

uitsluitend in de schriftelijke mediationovereenkomst die door hen wordt aangegaan met de registermediator, dan wel in een latere schriftelijke overeenkomst die de mediationovereenkomst wijzigt.

Of een rechtens relevante overeenkomst tot stand komt, hangt mitsdien uitsluitend af van de wil van de partijen in een mediation. Partijen bevestigen alle tijdens een mediation mondeling gemaakte deelafspraken in een door hen gesloten integrale (vaststellings)overeenkomst die ziet op alle punten van hun geschil, dan wel bevestigen zij één of meer deelafspraken door de ondertekening van een (vaststellings)-overeenkomst waarin deze deelafspr(a)ak(en) is of zijn verwoord. In vrijwel alle gevallen zal de overeenkomst worden opgesteld door de registermediator. Pas door de ondertekening door partijen en de medeondertekening door de registermediator komt de overeenkomst tot stand.

Het voorgaande brengt mee dat gesteld kan worden dat het antwoord op de vraag of in een mediation een overeenkomst tot stand komt louter van de wil van de partijen afhangt en lid 5 daarmee mogelijk een door de wet gesanctioneerde zogenaamde potestatieve voorwaarde omvat.¹⁶

De bepaling strekt er mitsdien toe een voor de werking van mediation uiterst relevante voorwaarde te waarborgen die inhoudt dat partijen in een mediation betrouwbaar en vrijblijvend met elkaar kunnen spreken teneinde tot een oplossing voor hun geschil te komen. Hiermee verdraagt zich niet dat juridisch gezien op enig moment het risico bestaat dat een partij gebonden is, zonder dat er schriftelijke afspraken zijn gemaakt. Dit kan buiten de context van mediation wel aan de orde zijn.¹⁷ Buiten mediation geldt voorts dat onderhandelingen in een vergeand stadium niet meer mogen worden afgebroken zonder schadevergoeding te betalen.¹⁸

De onderhavige bepaling impliceert derhalve dat een partij zelfs in het stadium waarin door partijen op alle punten overeenstemming is bereikt en een vaststellingsovereenkomst ter ondertekening gereed ligt, er voor kan kiezen zich niet te binden zonder dat hij gehouden is verder te onderhandelen, schadevergoeding te betalen aan zijn wederpartij of de mediation voort te zetten.

De vereiste medeondertekening van de desbetreffende (vaststellings)overeenkomst door de registermediator maakt deze uiteraard niet tot partij bij deze overeenkomst maar heeft slechts tot doel te bevestigen dat partijen de desbetreffende overeenkomst hebben gewild en deze in diens aanwezigheid hebben ondertekend. Ook bevestigt de registermediator door diens medeondertekening dat de partijen die in de overeenkomst worden vermeld in persoon de (vaststellings)overeenkomst hebben ondertekend en dat hij hun identiteit heeft geverifieerd aan de hand van een identiteitsdocument. De juridische kennis waarover een registermediator dient te beschikken waarborgt dat de afspraken begrijpelijk, door partijen zo gewild en afdwingbaar zijn.

De tweede volzin van lid 5 is opgenomen omdat de indiener oog heeft voor de mediationpraktijk waarin partijen bijvoorbeeld tot overeenstemming komen in een emailcorrespondentie of via sms-berichten, dan wel in een mediationsessie die tot laat op de avond duurt en zij op dat moment wensen te volstaan met het nemen van iPhone-foto's van ondertekende sheets van een flipover. In deze voorbeelden zal de vaststellingsovereenkomst op een later moment worden opgesteld door de mediator, dan wel door bijvoorbeeld de advocaten van partijen of zal deze zelfs achterwege kunnen blijven.

Indien partijen deze flexibiliteit wensen dan dienen zij in hun mediationovereenkomst de mogelijkheid daartoe derhalve uitdrukkelijk op te nemen.

¹⁶ Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 175 e.v.

¹⁷ Vgl. HR 25 september 1992 (*Tomol vs. Notaris Van Eijck*), NJ 1993, 467.

¹⁸ Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 197.

In het zesde lid wordt bepaald dat een mediationovereenkomst te allen tijde schriftelijk kan worden beëindigd door een partij of de registermediator. Niet is vastgelegd – naar analogie van het door indiener toegevoegde artikel 22a lid 2 Rv – dat altijd eerst een mediationgesprek ter uitvoering van de mediationovereenkomst dient te worden gevoerd, alvorens de mediationovereenkomst te kunnen beëindigen omdat in dat geval strijd zou kunnen ontstaan met het bepaalde in artikel 7:408 lid 1 jo. artikel 7:413 BW. Partijen kunnen in de mediationovereenkomst dan wel in een latere schriftelijke overeenkomst die de mediationovereenkomst aanvult of wijzigt, geheel of gedeeltelijk overeenkomen dat zij in het vervolg afwijken van het bedoelde schriftelijkheidsvereiste. Ook kunnen partijen nadien nog afwijkende schriftelijke afspraken maken. Zo is het niet ongebruikelijk dat ingeval van een mediation die geheel of gedeeltelijk niet slaagt een overeenkomst wordt gesloten die bepaalt op welke wijze partijen het geschil of een deel ervan aan een arbiter of aan de rechter zullen voorleggen.

Het zevende lid geeft aan dat partijen in een mediation slechts tot rechtsgeldige afspraken kunnen komen ten aanzien van zaken waarvan de rechtsgevolgen ter vrije bepaling van partijen staan. Dit is op dezelfde wijze geregeld als bij arbitrage (artikel 1020 lid 3 Rv), de andere wettelijk geregelde wijze van alternatieve geschilbeslechting.

Ter voorkoming van enig misverstand zij opgemerkt dat, ook wanneer een registermediator mediationdiensten verleent zonder daarvoor loon te verlangen, betrokkene geheel onder de werking van het tuchtrecht voor registermediators valt, al is er geen sprake van een mediationovereenkomst in de zin van dit artikel.

Artikel III

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

Onderdeel A (artikel 22a Rv)

Het voorgestelde artikel 22a Rv dient in samenhang met de voorgestelde wijzigingen in de artikelen 111 en 278 Rv te worden gelezen.

Indiener staat zoals gezegd niet alleen voor ogen om mediation in te bedden in het burgerlijk recht maar tevens om de toepassing van mediation te bevorderen in die zaken die zich er naar het oordeel van indiener meer voor lenen om in mediation te worden opgelost dan door middel van de klassieke gerechtelijke procedure. Het betreft hier geschillen die een relationele dimensie kennen waarmee wordt bedoeld dat tussen de partijen bij het geschil een relatie bestaat die het conflict dat tussen hen bestaat mede kleurt waardoor het in de meeste gevallen wenselijk is om de desbetreffende relationele aspecten bij de oplossing van het geschil te betrekken. Mediation leent zich als inclusieve methode hiervoor gemiddeld genomen veel beter dan een gerechtelijke procedure. Voor de voordelen die mediation in het algemeen kent ten opzichte van de procedure bij de rechter verwijst indiener hier kortheidshalve naar het algemeen deel van de memorie van toelichting.

In het eerste lid wordt tot uitdrukking gebracht dat in de daar bedoelde geschillen mediation wordt vermoed voor partijen de eerst aangewezen route te zijn om tot een oplossing voor hun geschil te komen. Deze opsomming is niet uitputtend bedoeld. Mede gezien het voorschrift dat indiener heeft voorgesteld op te nemen in respectievelijk artikel 111, tweede lid, onderdeel m, respectievelijk artikel 278, tweede lid, Rv, is indiener van oordeel dat het de voorkeur verdient om de geschillen die zich er bij uitstek voor lenen om met toepassing van mediation te worden opgelost, in dit lid met zoveel woorden op te sommen. Door hier concreet te zijn waar het de desbetreffende geschillen betreft, wordt met betrekking tot partijen in een geschil bevorderd dat zij daadwerkelijk stilstaan bij de

mogelijkheid mediation (eerst) te beproeven en wordt voor hen tevens duidelijk bij welk type geschillen de rechter dit in beginsel steeds ook van hen zou kunnen verwachten. Het risico dat de rechter hen naar mediation zal verwijzen, moet voor partijen een voldoende prikkel opleveren om eerst mediation te beproeven.

De voorgestelde, reeds genoemde, aanvullingen op de artikelen 111 en 278 Rv brengen voor een partij eveneens de verplichting mee om steeds af te wegen of mediation ook in diens specifieke zaak de eerst aangegeven wijze is om tot een oplossing voor het geschil te komen. Ingeval een partij in een zaak wordt vertegenwoordigd door een gemachtigde – in de meeste gevallen een advocaat –, zal deze op grond van de beide bepalingen in een dagvaarding of een verzoekschrift duidelijk dienen te maken of mediation is beproefd alsmede – ingeval mediation niet is beproefd – de redenen daarvan. Hiermee wil indiener bereiken dat partijen in de geschillen als genoemd in het eerste lid steeds eerst hun eigen verantwoordelijkheid nemen door mediation te beproeven, alvorens hun toevlucht te zoeken tot de procedure bij de rechter. Ingeval een advocaat of andere gemachtigde bij een zaak is betrokken vereist dit derhalve een zorgvuldig overleg tussen een partij en diens gemachtigde.

De door indiener voorgestane gang van zaken is reeds geruime tijd staande praktijk in geschillen tussen werknemer en werknemer¹⁹ en indiener ziet voor zich dat deze praktijk *mutatis mutandis* ook ontstaat ter zake van de overige in dit lid opgesomde geschillen. Uit de arbeidsrechtelijke jurisprudentie blijkt dat het informeren van de rechter over eventuele mediationpogingen niet op gespannen voet staat met het hiervoor besproken vertrouwensbeginsel, hetgeen kan worden verklaard doordat aan de rechter geen informatie behoeft te worden gegeven die inhoudelijk van aard is en deze daar ook niet naar zal vragen, doch bij de rechter alleen de procedurele kant aan de orde komt. De desbetreffende praktijk sluit ook nauw aan bij gedragsregel 3 van de Gedragsregels 1992 voor de advocatuur, waarin is geformuleerd dat de advocaat zich voor ogen dient te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces.

Indiener wil met deze bepalingen, kort gezegd, het concept van *vanzelfsprekende mediation* ingang doen vinden voor die geschillen waar mediation een betere, snellere, efficiëntere, goedkopere en daarmee voor partijen potentieel een meer optimale methode voor geschiloplossing kan zijn.

Waar in het eerste lid een zekere drang is vormgegeven eerst mediation te beproeven, bepaalt het tweede lid dat, indien partijen een mediationclausule in hun overeenkomst hebben opgenomen – i.e. een bepaling die ziet op het op voorhand instemmen van de toepassing van mediation ingeval een geschil mocht ontstaan dat voortvloeit uit of samenhangt met de overeenkomst waarvan de mediationclausule deel uitmaakt – en er over of naar aanleiding van deze overeenkomst tussen hen een geschil ontstaat, dan wel anderszins omtrent een rechtsverhouding waarop de mediationclausule betrekking heeft tussen hen een geschil rijst, voor hen de verplichting bestaat om uitvoering te geven aan de door hen gemaakte afspraak eerst mediation te zullen beproeven. Indien beide partijen nadien – doch voordat het geschil voorgelegd wordt aan de rechter – zouden overeenkomen dat het beding niet of niet langer geldt, doet de hiervoor gegeven situatie zich uiteraard niet voor.

Hierbij aansluitend wordt aan de rechter de instructie gegeven de zaak aan te houden indien hem blijkt dat partijen geen uitvoering hebben gegeven aan het tussen hen geldende mediationbeding. Wel blijft mogelijk dat de rechter in uitzonderingsgevallen vaststelt dat de desbe-

¹⁹ Vgl. M. Cazemier e.a. (red.), *Rechtspraak Mediation*, Den Haag: SDU 2010, nr. 26, p. 105–108 en 109–110.

treffende mediationclausule niet geldig is overeengekomen of dat de werking daarvan is geëindigd.

Indiener meent dat in de overgrote meerderheid van de gevallen een redelijke uitleg van de mediationclausule zal meebrengen dat ten minste één serieus mediationgesprek zal worden gevoerd. Omdat een mediationclausule niet in alle gevallen zal voorzien in een mediation uitgevoerd door een registermediator – aangezien vrijwel alle thans overeengekomen mediationclausules voorafgaand aan het indienen van dit initiatiefwetsvoorstel zijn gesloten – is in dit lid een directe koppeling met de mediationovereenkomst als bedoeld in artikel 424a Boek 7 BW achterwege gelaten. Niettemin mag worden verwacht dat in mediationclausules die na de invoering van deze wet worden overeengekomen in de meeste gevallen zal worden gekozen voor de aanwijzing van een registermediator.

Waar het mediationclausules betreft die zijn opgenomen in algemene voorwaarden meent de indiener dat deze – in tegenstelling tot arbitragebedingen die onderdeel uitmaken van algemene voorwaarden – niet met nietigheid of vernietigbaarheid worden bedreigd aangezien een mediationclausule de toegang tot de reguliere rechter niet uitsluit, gezien het feit dat een mediation – na de start daarvan – op ieder moment kan worden beëindigd door een partij.

Indiener beoogt met deze bepaling uitdrukkelijk een breuk aan te brengen met de huidige jurisprudentie²⁰ waarin veelal wordt gesteld dat, indien een partij geen medewerking meer wil verlenen aan een mediation, dit ook niet van hem kan worden verlangd op grond van het vrijwilligheidsbeginsel dat mediation zou kenmerken. Wat daarvan ook zij, indiener is van oordeel dat partijen die een mediationclausule overeenkomen daartoe vrijwillig en op goede gronden zullen zijn overgegaan en dat dit rechtvaardigt dat een hoofdregel van het contractenrecht – *pacta sunt servanda* – hier onverminderd van kracht is. Dit betekent dat voor dergelijke partijen de verplichting bestaat om eerst mediation te beproeven, alvorens toegang tot de rechter te hebben.²¹ Deze bepaling is ook van toepassing op mediationclausules die voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wet zijn overeengekomen.

Onderdeel B (artikel 87 Rv)

Dit betreft een voor de hand liggende toevoeging aan artikel 87 Rv dat handelt over de bevoegdheid van de rechter een schikking te beproeven en partijen daarvoor op te roepen. Toegevoegd wordt dat de rechter in die gevallen ook mediation onder leiding van een registermediator kan voorstellen alvorens de bedoelde schikking te beproeven.

Onderdeel C (artikel 96 Rv)

De toevoeging aan dit artikel van de desbetreffende woorden is noodzakelijk om buiten discussie te stellen dat partijen zich ook bij voorbaat kunnen overeenkomen artikel 96 Rv toe te zullen passen ingeval in de toekomst een geschil ontstaat over of naar aanleiding van een door hen gesloten overeenkomst, nu in enkele recente uitspraken van rechtbanken wordt geconcludeerd dat dit niet het geval zou zijn omdat de wetgeschiedenis van het artikel hierover geen uitsluitel biedt.²²

²⁰ Vgl. HR 8 mei 2009, *LJN* BH7132.

²¹ Vgl. Van Ginkel die beschrijft dat de verplichting voor partijen gevolg te geven aan een overeengekomen mediationclausule effectief is; E. van Ginkel, «Afdwingbaarheid van de mediationclausule in Californië en Nederland», *Forum voor Conflictmanagement* 2008/1, p. 12–13.

²² Vgl. Boonekamp, Van Schaick en Wesseling-Van Gent, die in *Wet en rechtspraak burgerlijke rechtsvordering* stellen dat de wetgeschiedenis hieromtrent geen uitsluitel geeft; Deventer: Kluwer 2009, p. 125.

Onderdeel D (artikel 111 Rv)

Zie hiertoe de toelichting bij onderdeel A.

Onderdeel E (artikel 165 Rv)

Aanpassing van de wet op dit punt is noodzakelijk, omdat naar huidig Nederlands recht aan een mediator geen verschoningsrecht toekomt. Dit is enkele jaren geleden bevestigd door de Hoge Raad.²³ De Hoge Raad overwoog destijds dat wegens het grote belang van de waarheidsvinding slechts in bijzondere gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op de getuigplicht van artikel 165, eerste lid, Rv. Met betrekking tot mediation/mediators overwoog de Hoge Raad dat mediation een ruim en niet steeds afgebakend begrip is en plaatsvindt in verschillende vormen en onder verschillende voorwaarden, terwijl de groep van mediators weinig vastomlijnd is, waarbij naast mediators die op grond van het voldoen aan bepaalde opleidings- en andere kwaliteitseisen door een mediationorganisatie als zodanig zijn gecertificeerd, ook «ad hoc» mediators voorkomen voor wie geen kwaliteitswaarborgen gelden. De onderhavige bepaling is alleen van toepassing op registermediators en derhalve niet op andere mediators en bemiddelaars. De door de registermediator bij de mediation ingeschakelde derden hebben een afgeleid verschoningsrecht.

De rechter kan voorts de vertrouwelijkheid buiten toepassing laten indien het gaat om zaken waarvan de rechtsgevolgen niet ter vrije bepaling van partijen staan. De vertrouwelijkheid geldt dus niet in zaken die de openbare orde raken, de staat van personen betreffen of anderszins door de wetgever buiten de vrije bepaling van partijen zijn gelaten. Bij de afbakening van welke onderwerpen naar Nederlands recht ter vrije bepaling van partijen staan, kan worden aangeknoopt bij de uitleg van artikel 1020, tweede lid, Rv inzake arbitrage. Dit artikel bepaalt dat de arbitrageovereenkomst niet mag leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen in zaken die niet ter vrije bepaling van partijen staan.

Anders dan bij een verschoningsrecht van bijvoorbeeld een advocaat of notaris, kunnen partijen in een mediation afspreken dat de registermediator of een persoon die bij een mediation is betrokken wel mogen getuigen: zie artikel 7:424a lid 4 BW. In dat geval kunnen de mediator en de door hem ten behoeve van de mediation ingeschakelde personen zich niet op het verschoningsrecht beroepen dat in dit artikel is vastgelegd. Met de redactie van artikel 165 lid 3 is door de indiener geen inhoudelijke wijziging beoogd in vergelijking met de tekst van artikel 5 van de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

Onderdeel F (artikel 278 Rv)

Zie hiertoe de toelichting bij onderdeel A.

Onderdeel G (artikel 279 Rv)

In een dagvaardingsprocedure is het thans reeds mogelijk om het proces-verbaal in executoriale vorm op te maken (artikel 87, derde lid, Rv) indien in het kader van een comparitie een schikking tot stand komt. Voor de verzoekschriftprocedure is dit niet geregeld. Om het ook in verzoekschrift mogelijk te maken dat een proces-verbaal in executoriale vorm kan worden opgemaakt als er hangende de procedure een schikking wordt bereikt, al dan niet na mediation onder leiding van een registermediator, is dit aan het vierde lid van artikel 279 toegevoegd.

²³ HR 10 april 2009, LJN: BG9470

Gesteld zou kunnen worden dat mediation thans als relatief zwak punt het ontbreken van een beslisser kent. Indiener wil met het voorgestelde nieuwe artikel 292 Rv dit bezwaar wegnemen door een specifieke procedure te creëren die slechts openstaat voor partijen die met een registermediator een mediationovereenkomst hebben gesloten als bedoeld in artikel 424a Boek 7 BW. Hiermee staat indiener voor ogen om van het bedoelde zwakke punt een sterk punt te maken in mediations die worden geleid door een registermediator. Dit maakt het aantrekkelijk voor partijen om te kiezen voor mediation ingeval van bijvoorbeeld een geschil als bedoeld in artikel 22a, eerste lid, Rv.

Partijen in een mediation kunnen behoefte hebben aan een principiële – juridische – uitspraak ter zake van een in een mediation relevant deelgeschil. Deze procedure voorziet zoals bepaald in het tweede lid (en tevens in artikel 293 Rv, tweede lid) in een langs elektronische weg snel beschikbare beslisser, die desgevraagd door partijen in een mediation beslissingen kan nemen over kwesties die hen verdeeld (blijven) houden en die daardoor de voortgang van de mediation blokkeren. In de eerste plaats moet in dit verband worden gedacht aan het doorhakken van knopen inzake juridische twistpunten tussen partijen maar ook is denkbaar dat partijen een beslissing wensen in meer praktische kwesties. De procedure leent zich bij uitstek voor één of meer deelgeschillen. In uitzonderingsgevallen zou echter ook aan de orde kunnen zijn dat de rechter gevraagd wordt een beslissing op alle punten te geven. Het oogmerk is steeds de voortzetting, dan wel de afhandeling van de desbetreffende mediation.

Het is in alle gevallen aan de registermediator – die exclusief bevoegd is om de onderhavige verzoekschriften in te dienen bij de rechtbank – om de kwesties die ter beslissing aan de rechter worden voorgelegd zodanig te formuleren dat deze in staat wordt gesteld om op verantwoorde wijze een beslissing te nemen en mitsdien wordt voorkomen dat een ingediend verzoek niet-ontvankelijk is. Ingeval toch een onduidelijkheid speelt, kan de rechtbank de registermediator vragen om het verzoekschrift aan te passen, dan wel dit aan te vullen of nadere informatie te verstrekken. In het slot van het eerste lid wordt voorts bepaald dat partijen de rechter een instructie kunnen geven over de wijze waarop het geding zal worden gevoerd. De achtergrond van deze bepaling is dat beoogd is om een snelle, uitsluitend langs elektronische weg te voeren, procedure in het leven te roepen waarbij de gebruikelijke procesorde niet wordt gevolgd. De beoogde snelheid die door de rechter aan de dag dient te worden gelegd ingeval van de onderhavige procedure, wordt benadrukt door het bepaalde in het derde lid waar een doorlooptijd van ten hoogste zes weken wordt gestipuleerd voor de afhandeling van onderhavige verzoekschriften en waarin tevens wordt bepaald dat de rechter terstond langs elektronische weg zijn uitspraak aan de registermediator dient toe te sturen.

Dit uitgangspunt leidt ertoe dat in beginsel geen zittingen worden gehouden en dat door de rechter een beslissing wordt genomen op grond van de door de registermediator aan hem voorgelegde stukken. Er is in deze procedure dus geen ruimte voor repliek en dupliek, tenzij partijen dit uitdrukkelijk zouden wensen en daarvan dan blijkt geven via de bedoelde instructie aan de rechter. Zo laat zich denken dat het in uitzonderlijke situaties toch wenselijk is dat van de hiervoor beschreven procesorde wordt afgeweken en partijen de rechter verzoeken om bijvoorbeeld een korte mondelinge behandeling te houden. Ook biedt de onderhavige procedure geen plaats voor hoger beroep zoals bepaald in het vijfde lid van het artikel.

Het vierde lid voorkomt dat, indien de mediation onverhoopt niet slaagt, partijen automatisch gebonden zouden zijn aan een beslissing van de

rechter die bedoeld was om eraan bij te dragen dat de mediation succesvol zou kunnen verlopen. Ingeval van een geslaagde mediation dient de beschikking van de rechter door partijen in hun vaststellingsovereenkomst te worden bevestigd teneinde de opschortende voorwaarde in vervulling te doen gaan. Het staat partijen echter vanzelfsprekend vrij om voorafgaand aan de indiening van het verzoekschrift, dan wel reeds in hun mediationovereenkomst overeen te komen dat de beslissing van de rechter voor hen ook bindend is indien de mediation niet zou slagen. Gezien het voorlopige karakter van de beslissing van de rechter binnen het mediationproces, alsmede gezien het feit dat dit mediationproces zelf vertrouwelijk is, is ook de beschikking van de rechter vertrouwelijk tot het moment waarop de daaraan verbonden opschortende voorwaarde in vervulling gaat en de beschikking juridisch gezien een definitieve status heeft verkregen. Het behoort tot de verantwoordelijkheid van een registermediator om het slagen van een mediation aan de rechtbank door te geven. Indiener meent dat de rechter met een relatief lichte motivering van diens beslissing kan volstaan, zodanig dat voor de partijen in de mediation begrijpelijk is hoe hij tot zijn beslissing is gekomen. De indiener wijst erop dat artikel 292 een aantrekkelijke mogelijkheid biedt aan partijen bij een mediation met een registermediator om op adequate wijze een kwalitatief hoogstaande beslissing te verkrijgen voor hun geschil, doch dat voor hen andere wegen om een beslisser in te schakelen – bijvoorbeeld artikel 96 Rv, arbitrage, bindend advies of de reguliere rechtspraak – onverminderd beschikbaar blijven indien zij daaraan de voorkeur zouden geven.

(artikel 293 Rv)

In artikel 293 Rv wordt bepaald dat partijen eveneens langs elektronische weg de rechter kunnen verzoeken om een onderhandse overeenkomst als bedoeld in artikel 7:424a lid 5 BW – in de meeste gevallen zal dit een vaststellingsovereenkomst zijn als bedoeld in artikel 7:900 e.v. BW –, te bekrachtigen. Hiermee wordt een thans nog bestaand belangrijk bezwaar van mediation ondervangen. Het adieren van de gewone rechter na een geslaagde mediation teneinde een executoriale titel te verkrijgen is door de snelle en eenvoudige procedure van artikel 293 Rv niet meer nodig. De beslissing van de rechter levert een titel op waardoor executoriale werking wordt verleend aan de vaststellingsovereenkomst. Uit artikel 7:902 BW volgt dat een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een vermogensrechtelijk geschil ook geldig is indien zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij de overeenkomst naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. De rechter dient de bekrachtiging te weigeren indien de hem voorgelegde overeenkomst kennelijk in strijd is met de openbare orde of de goede zeden en toetst mitsdien slechts marginaal. Op dit punt zou zich bijvoorbeeld een probleem kunnen voordoen als partijen discriminerende onderdelen van buitenlands recht, bijvoorbeeld sharia-recht, in een vaststellingsovereenkomst zouden hebben toegepast. Met de in artikel 293 opgenomen regeling wordt door indiener een eenvoudige procedure voorgesteld die voorziet in een grote behoefte die in de praktijk bestaat. Naast de hiervoor beschreven procedure ter verkrijging van een executoriale titel bepaalt het derde lid van artikel 293 Rv tevens dat de rechter – op een door de registermediator in opdracht van de echtgenoten dan wel de geregistreerde partners daartoe ingediend verzoek – een echtscheiding, dan wel de ontbinding van een geregistreerd partnerschap kan uitspreken, indien geen voorlopige voorzieningen behoeven te worden getroffen of nevenverzoeken worden ingediend. De op het echtscheidingsverzoek of verzoek tot ontbinding van een geregistreerd

partnerschap toepasselijke bepalingen van Boek 1 BW blijven onverminderd van kracht.

De gedachte achter deze bepaling is dat ingeval de mediation ziet op een echtscheiding, dan wel de ontbinding van een geregistreerd partnerschap, het onredelijk belastend voor partijen zou zijn dat zij op grond van het eerste lid van het onderhavige artikel wel een executoriale titel zouden kunnen verwerven waar het betreft hun scheidingsconvenant (vaststellingsovereenkomst) door een verzoek in te laten dienen door de registermediator, doch zij niet tegelijkertijd via dat verzoekschrift de echtscheiding kunnen laten uitspreken: daarvoor zou door henzelf dan nog een echtscheidingsprocedure dienen te worden opgestart. Vanuit kostenperspectief zou een dergelijke gang van zaken evenmin te rechtvaardigen zijn, noch voor partijen, noch voor de overheid.

Het is voor partijen ook mogelijk om via de registermediator een verzoek tot echtscheiding of ontbinding van hun geregistreerd partnerschap in te dienen op grond van het derde lid zonder dat daarbij de rechter tevens wordt verzocht een executoriale titel te verbinden aan de door hen in de mediation gesloten vaststellingsovereenkomst, bijvoorbeeld indien deze laatste al is voorzien van een executoriale titel omdat deze is vastgelegd in een notariële akte, dan wel indien partijen geen prijs stellen op een executoriale titel.

Nu het zo is dat er in mediation juist veel oog is voor de positie van minderjarige kinderen in een echtscheiding²⁴ en, in het verlengde hiervan, voor het zorgvuldig opstellen van een ouderschapsplan als bedoeld in artikel 815, tweede lid, Rv, kan niet worden gesteld dat het belang van minderjarige kinderen zich tegen deze procedure zou verzetten.

Het vierde en vijfde lid van artikel 293 Rv zijn gelijk aan respectievelijk het derde en vijfde lid van artikel 292 Rv, zij het dat de in lid 5 genoemde termijn in artikel 293 ten hoogste drie weken bedraagt, nu het hier niet om inhoudelijke beslissingen gaat; korthedshalve zij hier verwezen naar de toelichting op deze leden bij artikel 292 Rv.

De grondslag voor het langs elektronische weg kunnen indienen van verzoekschriften is artikel 33 Rv. Hiertoe dienen bij algemene maatregel van bestuur regels te worden gesteld die zien op de betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid. Indiener gaat ervan uit dat in het vroege najaar van 2013 zal worden voorzien in een algemene maatregel van bestuur die de digitale procedure in het algemeen regelt en die ook voor de onderhavige artikelen de bedoelde regels geeft.

De rechterlijke macht werkt op dit moment aan het zogenaamde KEI-project (Kwaliteit En Innovatie). Dit traject moet elektronische procesvoering in de civiele procespraktijk mogelijk maken. Mocht dit project het initiatief van indiener overlappen en nog betere oplossingen voorstellen, dan is indiener zonder meer bereid zijn initiatiefwetsvoorstellen daaraan aan te passen.

Artikel IV

Indiener acht het wenselijk dat de registermediator een gereduceerd tarief aan griffierechten is verschuldigd in het geval deze een verzoek indient als bedoeld in artikel 292 en artikel 293 Rv. Dit verlaagt de drempel om snel aan de rechter een tussenbeslissing te vragen en bespoedigt daarmee de mediation. Om die reden wordt voorgesteld in de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken de verzoek uit de artikelen 292 en 293 als aparte categorie op te nemen en uit te gaan van het thans bestaande laagste tarief aan griffierechten, te weten € 75.

²⁴ Vgl. bijvoorbeeld C.A.R.M. van Leuven en A. Hendriks, *Kind in bemiddeling*, Amsterdam: SWP 2006, G.P. Hoefnagels, *Gelukkig Getrouwd Gelukkig Gescheiden*, Den Haag: Veen 2009 en D.H.D. Mac Gillavry, *Scheidingsbemiddeling*, Houten: Bohn, Stafleu Van Loghum 2002.

Artikelen V tot en met IX

In artikel V wordt geregeld dat de registermediator, evenals advocaten en andere verschoningsgerechtigden, zich jegens de bestuursrechter kan verschonen indien hij wordt opgeroepen als getuige (artikel 8:33 Awb) of indien hij als deskundige is benoemd (artikel 8:34 Awb). De artikelen VI tot en met XI zien op wetstechnische wijzigingen in verband met de invoering van een nieuw lid 3 in artikel 165 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering.

Artikel X

Dit artikel bepaalt dat op een mediation die is aangevangen voordat deze wet in werking treedt, het recht zoals dat gold voor inwerkingtreding van toepassing blijft. Door te spreken van mediation, is de bepaling zowel van toepassing op een mediation die wordt geleid door een registermediator (relevant indien de Wet registermediator eerder in werking treedt dan deze wet) als op een mediation die door een andere persoon wordt begeleid. Er kan dan dus geen beroep gedaan worden op de bepalingen van deze wet. Voor mediationbedingen als bedoeld in artikel 22a, tweede lid, Rv geldt wel de onmiddellijke werking van de bepalingen van deze wet.

Het tweede lid bepaalt dat op dagvaardingen die zijn uitgebracht (betekening aan de gedaagde) en verzoekschriften die zijn ingediend (bij de griffie) voor het tijdstip van inwerkingtreding van artikel III van deze wet het oude recht blijft gelden. De onderdelen E en G van Artikel III wijzigen onder meer de vereisten die worden gesteld aan dagvaardingen en verzoekschriften. Met deze overgangsbepaling wordt voorkomen dat bijvoorbeeld in het geval van een dagvaarding een herstelexploit moet worden uitgebracht.

Artikel XI

Dit artikel bepaalt dat de inwerkingtreding bij koninklijk besluit zal geschieden. Het heeft de grote voorkeur van indiener dat de wetsvoorstellen die zien op mediation gelijktijdig in werking treden. Door te voorzien in een inwerkingtreding bij koninklijk besluit kan dit worden bewerkstelligd, ook indien de parlementaire behandeling van de wetsvoorstellen niet gelijktijdig zou kunnen worden afgerond.

Artikel XII

Dit artikel bevat de citeertitel van de wet. Een citeertitel lijkt aangewezen nu er door indiener verscheidene wetsvoorstellen ter zake van mediation (zullen) worden ingediend.

Van der Steur