

Vergaderjaar 2013–2014

- 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)**
- 33 722** **Voorstel van wet van het lid Van der Steur tot het stellen van regels omtrent de registratie en de bevordering van de kwaliteit van mediators (Wet registermediator)**
- 33 727** **Voorstel van wet van het lid Van der Steur tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen ter bevordering van het gebruik van mediation in het bestuursrecht (Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht)**
- Nr. 4¹** **ADVIES VAN DE AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INITIATIEFNEMER**
- Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 22 november 2013 en de reactie van de initiatiefnemer d.d. 3 juni 2014, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering is bijgevoegd.
- Bij brieven van de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 9 en 10 september 2013 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de voorstellen van wet van het lid Van der Steur tot het stellen van regels omtrent de registratie en de bevordering van de kwaliteit van mediators, tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen ter bevordering van het gebruik van mediation in het bestuursrecht en 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 registermediator, Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht en Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht), met memorie van toelichting.*

¹ Dit stuk is eender voor de drie bovengenoemde Kamerstuknummers.

Het gaat om drie met elkaar samenhangende voorstellen: het voorstel van Wet registermediator, het voorstel van Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht en het voorstel van Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht. De voorstellen omvatten kort samengevat de volgende elementen:

- Het wetsvoorstel registermediator richt een register in, met daaraan verbonden een aantal bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te stellen kwaliteitswaarborgen en uitgangspunten voor de registermediator, een beëdiging en titelbescherming voor de geregistreerde mediator, een commissie mediation verantwoordelijk voor de advisering over de aan te registreren mediators te stellen eisen, een systeem van kwaliteitstoetsing en een systeem van tuchtrechtspraak.*
- Het wetsvoorstel bevordering van mediation in het burgerlijk recht bevat een verplichting voor partijen in het burgerlijk recht mediation te overwegen voorafgaand aan een procedure, en een verplichting voor de rechter om een verwijzing naar mediation te overwegen in een groot aantal civielrechtelijke geschillen.*
- Het wetsvoorstel bevordering van mediation in het bestuursrecht bevat voor bestuursorganen een inspanningsverplichting om geschillen met burgers te voorkomen door vroegtijdige en actieve communicatie. Voorts worden bestuursorganen verplicht gebruik te maken van registermediators en wordt de rechter verplicht de doorverwijzing naar een registermediator te overwegen.*
- Ten slotte wordt in de voorstellen een aantal specifieke voorzieningen getroffen, zoals een regeling van het verschoningsrecht van de registermediator, de stuiting van de verjaring van de rechtsvorderingen en de mogelijkheid om deelgeschillen binnen een mediation versneld voor te leggen aan de rechter.*

Gelet op de samenhang van de drie voorstellen wordt hierover één advies gegeven. Het advies start met een algemeen deel. Dit deel begint met een overzicht van de beleidsinitiatieven ten aanzien van mediation sinds de jaren negentig (§1). De Afdeling acht een dergelijk overzicht van belang om inzicht te geven in de maatregelen die eerder zijn overwogen, dan wel reeds zijn genomen om mediation te bevorderen. De toelichting gaat hier slechts summier op in. Vervolgens wordt ingegaan op de huidige plaats en het gebruik van mediation in het rechtsbestel (§2). Daarna gaat het advies in op de noodzaak en te verwachten effecten van de voorstellen, mede in het licht van de voorgeschiedenis en de rol van mediation in de huidige situatie (§3). Vervolgens gaat de Afdeling nog in op het ontbreken van een definitie van mediation (§4). Zij adviseert hierin alsnog te voorzien. Ten slotte volgen in het tweede deel van het advies meer specifieke opmerkingen met betrekking tot de afzonderlijke wetsvoorstellen.

Samenvattend ondersteunt de Afdeling de gedachte dat burgers en bedrijven in beginsel zelf verantwoordelijk zijn voor het oplossen van conflicten. Een oplossing getroffen tussen partijen, eventueel met behulp van een onafhankelijke derde, heeft in veel gevallen de voorkeur boven een gang naar de rechter. De Afdeling overweegt evenwel dat de voorstellen naar verwachting zullen leiden tot het tegenovergestelde van wat de initiatiefnemer kennelijk beoogt; zij zullen leiden tot een aanzienlijke juridisering en in de gevallen waarin mediation geen resultaat heeft tot onnodige vertraging en substantiële kostenverhoging. De kans op mislukking is te meer aanwezig nu de voorstellen druk beogen uit te oefenen op partijen om – in bepaalde gevallen niet of niet geheel vrijwillig – aan mediation deel te nemen. De voorstellen dreigen daarmee hun doel voorbij te schieten.

Mede in het licht van het voorgaande mist de Afdeling in de toelichting een grondige en evenwichtige afweging van de voor- en nadelen van overheidsregulering van mediation. Daarbij zou tevens meer aandacht moeten worden besteed aan de reeds bestaande wettelijke regels en zelfregulering door de mediationbranche. In de toelichting wordt onvoldoende gemotiveerd waarom het samenstel van bestaande regels te kort schiet. Dat is te meer gewenst nu de voorstellen de toegang tot de rechter beperken. Gegeven het ontbreken van een toereikende motivering van de noodzaak en effectiviteit van de voorstellen ziet de Afdeling voor een zodanige beperking vooralsnog onvoldoende grond.

Het is verheugend dat de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) de aan de voorliggende wetsvoorstellen ten grondslag liggende gedachte steunt dat burgers en bedrijven in beginsel zelf verantwoordelijk zijn voor het oplossen van conflicten. Met de Afdeling is de initiatiefnemer van mening dat een oplossing, getroffen tussen partijen zelf, zo nodig met behulp van een onafhankelijke derde, in veel gevallen de voorkeur heeft boven een gang naar de rechter. Geschillen blijven buiten de juridische sfeer en de druk op de rechtspraak blijft zodoende beperkt, wat onder meer tot voordeel kan hebben dat een snelle toegang tot de rechter gewaarborgd blijft, aldus de Afdeling. De Afdeling overweegt evenwel voorts dat de wetsvoorstellen zullen leiden tot juridisering, vertraging in de beslechting van geschillen en kostenverhogingen. In reactie daarop merkt de initiatiefnemer op dat de wetsvoorstellen zich met name richten op partijen die een conflict hebben en die niet in alle gevallen van nature geneigd zijn de weg van een laagdrempelige, buitengerechtelijke geschilafdoening te beproeven. In veel gevallen kiezen zij ervoor zich juridisch in te graven en vast te houden aan hun standpunten en positie, zonder (of slechts in beperkte mate) in dialoog te gaan en zonder te bezien of op basis van zoveel mogelijk gedeelde gronden tot een vergelijk in der minne kan worden gekomen. De wetsvoorstellen die zien op het bevorderen van het gebruik van mediation in het privaatrecht en in het bestuursrecht bevatten daarom bepalingen om partijen, ook wanneer zij niet vanzelf en spontaan tot mediation zouden komen, zoveel mogelijk te stimuleren mediation een kans te geven. De overweging daarbij is dat mediation over de loop der jaren heeft aangetoond een volwaardig en goed werkend systeem van geschiloplossing te zijn, althans voor partijen die mediation een kans hebben gegeven. Het succespercentage is hoog en de kans op een bestendig akkoord is hoger dan bij geschilbeslechting door een derde (zoals een rechter of arbiter) omdat uiteindelijk partijen zelf aan de basis hebben gestaan van het minnelijk vergelijk. Op dit punt zij verwezen naar de in de memorie van toelichting opgenomen cijfermatige gegevens (algemeen deel, paragrafen 2 en 3).

De door de Afdeling in de onderdelen I.1 en I.2 van het advies gegeven beschrijving van het overheidsbeleid in zake mediation en de plaats en het gebruik van mediation in het rechtsbestel geeft een goed overzicht van de manieren waarop de overheid in de afgelopen decennia het gebruik van mediation heeft willen bevorderen. Voor een belangrijk deel heeft dit ook bijgedragen aan het succes van mediation op dit moment. In de memorie van toelichting is tevens ingegaan op het potentieel bereik van mediation. Hieruit blijkt dat er naar verwachting in nog heel veel (categorieën van) conflicten een kans ligt voor mediation. Ondanks de jarenlange bestendige inzet op mediation door de overheid, zowel de centrale overheid als de decentrale overheid, is het potentieel nog (lang) niet bereikt. Met het huidige beleid tot stimulering van mediation kan daarom niet worden volstaan om het bereik (aanzienlijk) te vergroten. Om die reden wil initiatiefnemer inzetten op andere methoden om de toepassing van mediation te vergroten en partijen die een conflict hebben te

stimuleren dit instrument als het ware te ontdekken. Het is dan ook om deze reden dat in de wetsvoorstellen die zien op stimulering van het gebruik van mediation in het bestuursrecht en in het privaatrecht partijen, nog sterker dan nu het geval is, begeleid worden naar het beproeven van mediation. Wanneer ook dan blijkt dat partijen er niet onderling – met de hulp van een deskundige derde – uit komen, staat uiteraard nog altijd de weg open naar andere, meer klassieke vormen van geschilbeslechting. Partijen worden uiteindelijk, indien zij die weg wensen te kiezen, niet weggehouden van de rechter.

De kans op een succesvolle mediation is mede afhankelijk van de deskundigheid van de door partijen ingeschakelde mediator. Om die reden worden met het voorstel tot invoering van een Wet registermediator waarborgen voor de kwaliteit van geregistreerde mediators ingevoerd. Initiatiefnemer heeft de overtuiging dat, juist door het samenstel van deze wetsvoorstellen, en door partijen sterker te begeleiden richting het beproeven van mediation onder leiding van een deskundige derde, meer van het potentieel bereik voor mediation ook daadwerkelijk bereikt wordt.

De memorie van toelichting is naar aanleiding van het advies van de Afdeling aangevuld met een beschrijving van het bestaande overheidsbeleid inzake mediation en het gebruik van mediation in de praktijk tot nu toe. Daarbij is dankbaar gebruik gemaakt van de door de Afdeling in het advies aangereikte passage. Hiermee wordt mede invulling gegeven aan het advies van de Afdeling om een nadere afweging van de voor- en nadelen van een wettelijke regulering van mediation in de toelichting op te nemen.

I. ALGEMEEN DEEL

1. Context – Overheidsbeleid inzake mediation

Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw is het gebruik van mediation in Nederland in opkomst.² Mediation biedt de mogelijkheid om in een geschil zonder tussenkomst van de rechter vanuit de werkelijke belangen van partijen tot een door hen gezamenlijk gedragen oplossing te komen.³ Met de opkomst begon tevens het denken bij de overheid over haar rol bij het bevorderen van mediation.

1996 – Platform ADR & Beleidsbrief «ADR 2000–2002»
In april 1996 stelde de toenmalige Minister van Justitie het Platform Alternative Dispute Resolution (ADR) in om mogelijkheden te verkennen om in wet- en regelgeving nieuwe vormen van geschilbeslechting te bevorderen en belemmeringen weg te nemen.⁴ De verkenning van het platform vormde de basis voor de in 1999 door de opvolgende Minister van Justitie gepresenteerde beleidsbrief «ADR 2000–2002». Daarin werd mediation gepresenteerd als mogelijk tegenwicht tegen de juridisering van de samenleving.⁵ ADR en dan met name mediation moest op de lange termijn bijdragen aan de dejuridisering van de geschilbeslechting, het op de kwalitatief beste resp. meest effectieve wijze van afdoen van geschillen, het bieden van een meer pluriforme toegang tot het recht en het verminderen van de druk op de rechtspraak. Hiertoe werd een aantal proefprojecten aangekondigd. Mediation zou op vrijwillige basis plaats

² A. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Sdu uitgevers, Den Haag 2013, blz. 25.

³ Ibidem blz. 31, zie tevens adviesopmerking 4.

⁴ Staatscourant 1996, nr. 74.

⁵ Kamerstukken II 1999/2000, 26 352, nr. 19, blz. 3.

moeten vinden, aldus de Minister. Wel hield hij in navolging van het platform ADR de mogelijkheid van een verplichting in specifieke gevallen open.

De Minister heeft zich in de beleidsbrief op het standpunt gesteld dat de kwaliteitswaarborging primair de verantwoordelijkheid van de beroepsgroep zelf is. De overheid zou wel eisen moeten stellen aan de mediators naar wie zij doorverwijst. Een wettelijk verschoningsrecht was volgens de Minister niet aan de orde.

2004 – Beleidsbrief «Mediation en het rechtsbestel»

Naar aanleiding van de resultaten in bovengenoemde (proef)projecten en de uitgevoerde onderzoeken kwam de toenmalige Minister van Justitie in 2004 met de beleidsbrief «Mediation en het rechtsbestel». Hierin werden landelijke informatie- en verwijzingsvoorzieningen naar mediation bij het Juridisch Loket en de rechtspraak, en ondersteunende financiële voorzieningen aangekondigd.⁶ De Minister hield de mogelijkheid open dat in de toekomst tevens mediation als voorwaarde aan de toegang tot de rechter zou kunnen worden verbonden, maar een generieke verplichting tot mediation werd uitgesloten.⁷

De Minister stelde op basis van de uitgevoerde onderzoeken vast dat er geen algemene normen bestaan om te kunnen beoordelen wat de beste oplossingsmethode voor een bepaald conflict is. Of een zaak geschikt is voor mediation wordt met name bepaald door de onderhandelingsbereidheid van partijen.⁸ Met betrekking tot de introductie van kwaliteitswaarborgen en het introduceren van een verschoningsrecht merkte de Minister op: «Regeling van de wettelijke geheimhoudingsplicht voor mediators draagt het risico in zich als katalysator voor verdere regulering rondom mediation te gaan werken.» Verdere regulering achtte hij onwenselijk, omdat de kracht van mediation nu juist gelegen is in het feit dat het zich los van wettelijke regels kan aanpassen aan behoeften en omstandigheden.

2009 – «Mediation Monitor 2005–2008»

De uitvoering van de in de beleidsbrief «Mediation en het rechtsbestel» aangekondigde maatregelen is uitgebreid geëvalueerd aan de hand van de mediation monitor, uiteindelijk leidend tot het eindrapport «Mediation Monitor 2005–2008».⁹ Bij de aanbidding van dit rapport stelde de toenmalige Minister van Justitie vast dat de verwijzingsvoorziening vanuit het juridisch loket en de rechtspraak bevredigend werkt en dat de verwijzing naar mediation is opgenomen in de normale werkwijze. De tijdelijke stimuleringsbijdrage werd beëindigd, nu de bekendheid van mediation was toegenomen en uit het eindrapport niet bleek dat de stimuleringsbijdrage een belangrijk verschil maakte.¹⁰ De mediation-toevoeging¹¹ bleef wel behouden.

Met betrekking tot de kwaliteitsborging van mediators verwees de Minister naar het NMI dat inmiddels een groot segment van de mediation-sector onder één dak had verenigd.

⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 528, nr. 1.

⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29 528, nr. 1, blz. 8.

⁸ Ibidem, blz. 5–7.

⁹ M. Guiaux, F. Zwenk, M. Tumewu, Mediation Monitor 2005–2008, Eindrapport, WODC Cahier 2009–9.

¹⁰ Kamerstukken II 2009/10, 29 528, nr. 6.

¹¹ Vanaf 2005 was het op basis van een beleidsregel voor minder draagkrachtigen mogelijk om een toevoeging te ontvangen voor mediation, zie Staatscourant 25 april 2005, nr. 79, blz. 23.

2011 – Innovatieagenda rechtsbestel

In de innovatieagenda rechtsbestel, toegezonden aan de Tweede Kamer bij gelegenheid van de behandeling van het wetsvoorstel tot verhoging van de griffierechten,¹² kwam de Minister van Veiligheid en Justitie met een beleidswijziging. Naast een nieuwe bevorderingscampagne kondigde de Minister een wettelijke regeling aan voor de kwaliteitsborging van mediation. Aanleiding daarvoor was de discussie bij het wetsvoorstel tot implementatie van de Europese richtlijn mediation over het verschoningsrecht voor mediators. In het kader van deze kwaliteitsborging zou een register worden ingericht voor mediators die aan objectieve kwaliteitscriteria voldoen.¹³ Deze kwaliteitsborging is wenselijk voor het toekennen van een verschoningsrecht aan mediators, nu dit recht zo veel mogelijk voorbehouden moet blijven aan een gekwalificeerde groep van beroepsbeoefenaars, aldus de regering.¹⁴ Het wetsvoorstel dat hiertoe werd voorbereid is aangehouden in afwachting van het onderhavige initiatiefvoorstel.¹⁵

Geschilbeslechting door de overheid

Naast het hierboven beschreven beleid ten aanzien van mediation zijn er vanaf 2007 verschillende beleidsinitiatieven genomen gericht op een proactieve wijze van geschilbeslechting.¹⁶ Bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zijn onder de noemer «prettig contact met de overheid» een praktische handreiking voor het inzetten van «mediationvaardigheden» en een juridische handleiding «informele aanpak» ontwikkeld. Bij de informele aanpak neemt de ambtenaar snel en persoonlijk (telefonisch) contact op met de betrokken burger(s), verkent de beste behandeling van de aanvraag, zienswijze, klacht of bezwaar en zoekt waar mogelijk samen met de burger naar een oplossing binnen de kaders van de wet. Daarbij past de ambtenaar «mediationvaardigheden» toe; communicatieve vaardigheden (zoals actief luisteren, samenvatten en doorvragen) en het kunnen omgaan met de dynamiek van conflictmatige relaties vanuit een open, belangstellende en oplossingsgerichte houding.¹⁷ Deze aanpak heeft een dempend effect op de inzet van mediation in eigenlijke zin door gemeenten, zo blijkt uit onderzoek naar de stand van mediation bij gemeenten.¹⁸

2. Context – Plaats en gebruik van mediation in het rechtsbestel

Verankering van mediation in het Nederlandse recht

Als resultaat van de eerdergenoemde beleidsontwikkelingen en Europese regelgeving is mediation inmiddels op verschillende plaatsen verankerd in het Nederlandse recht.

In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is de mogelijkheid opgenomen dat de rechter binnen een echtscheidingsprocedure kan doorverwijzen naar een mediator.¹⁹ Deze doorverwijzing heeft tot doel de echtgenoten in onderling overleg tot afspraken over één of meer gevolgen van de echtscheiding te laten komen. Het betreft hier een bevoegdheid

¹² Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 5, bijlage.

¹³ Ibidem, blz. 10.

¹⁴ Kamerstukken II 2011/12, 29 528, nr. 7.

¹⁵ Kamerstukken I, 2012/13, 32 555, nr. 1.

¹⁶ M.T. Croes, e.a., *Monitor Rechtsbijstand en Geschiloplossing, nulmeting periode 2000–2009*, WODC 2010, blz. 76–77 & M.J. ter Voert, T. Geurts, R.M.V. van Os, *Monitor Rechtsbijstand en Geschiloplossing 2011*, WODC, Cahier 2012–5, blz. 35.

¹⁷ Kamerstukken II 2010/11, 29 362, nr. 185, blz. 2.

¹⁸ J. Slooijer, *De stand van mediation anno 2012/2013, onderzoek bij gemeenten naar de stand van mediation*, NMI/Vereniging GemeenteMediation/BMC 2013, blz. 7.

¹⁹ Artikel 818, tweede lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

van de rechter, geen doorverwijsplicht. Partijen zijn evenmin verplicht op het mediation-aanbod in te gaan. Het weigeren van mediation is geen zelfstandige grond voor niet-ontvankelijkheid.²⁰ Van een verwijzing naar mediation door de rechter zal in de praktijk echter wel een zekere drang uitgaan.

Ook buiten het personen- en familierecht heeft mediation een plaats verworven. In de kantonrechtspraak in arbeidszaken zijn, zoals de toelichting ook opmerkt, voorbeelden te vinden waarbij aan niet-meewerken aan mediation negatieve consequenties worden verbonden,²¹ bij de vaststelling van de hoogte van een ontslagvergoeding wordt in die gevallen rekening gehouden met de medewerking aan mediation. Een medewerkingsverplichting wordt daarbij afgeleid uit de verplichting tot goed werkgever- c.q. werknemerschap.²²

Per 1 juli 2009 is de mogelijkheid van het ontvangen van een toevoeging voor mediation vastgelegd in de Wet op de rechtsbijstand.²³ Daarbij is een definitie van mediation gegeven²⁴ en is bepaald dat toevoeging enkel kan worden verleend voor een bij de Raad voor Rechtsbijstand ingeschreven mediator. De Raad voor Rechtsbijstand verbindt aan inschrijving de voorwaarde dat de mediator tevens is ingeschreven bij het NMI. Bij de uitvoering van mediations met toevoeging dient de mediator de tussen het NMI en de Raad voor Rechtsbijstand overeengekomen kwaliteitssystemen na te leven en de werkzaamheden overeenkomstig de voorschriften van de Raad uit te voeren.²⁵ Ten slotte is ter implementatie van de mediationrichtlijn²⁶ een afzonderlijke implementatiewet vastgesteld.²⁷ Het toepassingsbereik van de implementatiewet beperkt zich tot grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen. De wet hanteert een van de Wet op de rechtsbijstand afwijkende definitie van mediation.²⁸ De mogelijkheid van doorverwijzing naar mediation door de rechter wordt in de wet geëxpliciteerd, de rechter is ingevolge de richtlijn niet verplicht te verwijzen.²⁹ Evenmin heeft de verwijzing het gevolg dat partijen verplicht zijn om mediation toe te passen.³⁰ De mediator krijgt op basis van de wet een verschoningsrecht voor zover partijen vertrouwelijkheid overeen zijn gekomen.

²⁰ Kamerstukken II 2004/05, 30 145, nr. 3 blz. 18.

²¹ M. Cazemier e.a. (red.), *Rechtspraak Mediation*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2010, blz. 84–111.

²² Artikel 7:611 BW.

²³ Artikel 33a Wet op de Rechtsbijstand. Vanaf 2005 was het op basis van een beleidsregel voor minder draagkrachtigen mogelijk om een toevoeging te ontvangen voor mediation, zie Staatscourant 25 april 2005, nr. 79, blz. 23, zie noot 9.

²⁴ Artikel 1, eerste lid, Wet op de rechtsbijstand definieert mediation als *het bemiddelen in een geschil waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige de onderhandelingen tussen de rechtzoekende en zijn wederpartij begeleidt teneinde vanuit hun werkelijke belangen tot gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale resultaten te komen.*

²⁵ Inschrijvingsvoorwaarden mediators 2013 krachtens de Wet op de Rechtsbijstand, Stcrt. 2013, 861.

²⁶ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, 2008/52/EG, PbEU L 136.

²⁷ Stb 2012, 570, inwerking getreden per 21 november 2012.

²⁸ Artikel 1 Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken definieert mediation als *een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een mediator hun geschil te schikken.*

²⁹ Zie artikel 3 van de wet jo. artikel 5 van richtlijn 2008/52/EG.

³⁰ Gelet op artikel 5, tweede lid, van richtlijn 2008/52/EG.

Het aantal toevoegingen voor mediation vanuit de Raad voor rechtsbijstand vormt sinds een aantal jaren een stabiel doch beperkt aandeel van het totaal.³¹ Ook het jaarlijks aantal doorverwijzingen vanuit het Juridisch Loket is beperkt.³² Dit terwijl verwacht was dat de «diagnose en triage»-maatregel – een korting op de eigen bijdrage bij gesubsidieerde rechtsbijstand na gebruik van het Juridisch Loket –, zou leiden tot een stijging van het aantal doorverwijzingen naar een mediator. Naar nu blijkt is dat niet het geval. Nu wel het totaal aantal doorverwijzingen vanuit het Juridisch Loket is toegenomen, is het relatieve aandeel van de doorverwijzingen naar mediation (sterk) afgenomen.³³

Bij de doorverwijzing door de rechtspraak is vanaf 2011 een dalende trend ingezet.³⁴ Deze wordt voornamelijk veroorzaakt door de invoering van «de nieuwe zaaksbehandeling» bij de bestuursrechtspraak,³⁵ waarbij niet langer een schriftelijk mediationaanbod wordt gedaan. Andere mogelijke oorzaken voor de daling van het aantal verwijzingen zijn volgens de Raad voor de rechtspraak: het vervallen van de stimuleringsbijdrage per 2011, een toenemend gebruik van mediation in de voorfase, toename van het gebruik bij andere instanties van andere wijzen van conflictoplossing en een toenemende bedrevenheid van rechters en raadsheren in conflictdiagnose, waardoor partijen zonder mediation sneller tot een schikking komen. De Afdeling merkt op dat de toelichting wel kort in gaat op het gebruik van mediation in Nederland, maar bijvoorbeeld bovenstaande ontwikkelingen onvermeld laat.³⁶ Hierdoor schetst de toelichting een te rooskleurig beeld.

Bijna alle toevoegingen voor mediation en doorverwijzingen vanuit het Juridisch loket hebben betrekking op personen- en familierecht.³⁷ Ook bij doorverwijzingen vanuit de rechtbank heeft het merendeel van de zaken

³¹ Mediationtoevoegingen maakten in 2012 circa 1,9% uit van het totaal. Cijfers van voor 2012 blijken moeilijk vergelijkbaar, nu sinds 2012 mediationtoevoegingen op een andere manier worden geteld, L. Combrink-Kuiters, M. van Gammeren-Zoetewij & S.L. Peters, Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand 2012, blz. 56 & 67.

³² Ibidem, blz. 46. Het juridisch loket deed in 2012 4.999 voorstellen tot mediation, resulterend in 2.845 doorverwijzingen.

³³ In 2010 maakte doorverwijzingen naar mediation 7% van het totale aantal doorverwijzingen naar mediation en advocatuur door het juridisch loket uit, in 2012 was dit aandeel nog 2,6%.

³⁴ Van 4.311 in 2010 naar 2.716 in 2012. Het aandeel van deze doorverwijzingen van het aantal voor mediation geschikte zaken in 2012 is nog niet bekend, in 2010 en 2011 was dit 8%.

³⁵ Deze werkwijze houdt in dat een zaak, zodra het beroepschrift en het verweerschrift zijn ontvangen, wordt geagendeerd voor behandeling op een zitting. Tijdens de zitting, die binnen drie maanden plaatsvindt, bespreekt de rechter of raadshere met de partijen de geschilpunten. Daarbij is van belang dat elke zaak de behandeling krijgt die het beste bij die zaak past. (zie Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2012, §2.3.4.

³⁶ De toelichting verwijst naar de geschilbeslechtingsdelta 2009. Uit de geschilbeslechtingsdelta blijkt dat in 1,76% (=65% van 2,7%) van de gevallen waarin is gepoogd een geschil op te lossen, «mediation» heeft bijgedragen aan de oplossing van het geschil. Het onderzoek in de geschilbeslechtingsdelta is ongeschikt om uitspraken te doen over het aandeel van mediation bij geschilbeslechting: vanwege de kleine aantallen zijn geen harde conclusies mogelijk, daarbij moesten respondenten zelf aangeven welke methode van geschilbeslechting is gebruikt. De onderzoekers van de geschilbeslechtingsdelta hebben sterke aanwijzingen dat vele van hen daarbij zijn uitgegaan van een te ruime definitie van mediation, waardoor de respons onbetrouwbaar is. B.C.J. van Velthoven & C.M. Klein Haarhuis, Geschilbeslechtingsdelta 2009, WODC 2009, blz. 101.

³⁷ 99% van de gevallen, zie L. Combrink-Kuiters, M. van Gammeren-Zoetewij & S.L. Peters, Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand 2012, bijlage 6, tabel B6.6, 97% van de doorverwijzingen door het Juridisch Loket betreft «personen- en familierecht», blz. 46.

betrekking op familie zaken.³⁸ Dit leidde in 43% van de gevallen tot volledige overeenstemming. Binnen het bestuursrecht betrof in de periode 2005–2008 bijna een derde van de mediations belastingzaken, waarvan ongeveer de helft over de belasting op onroerende zaken (WOZ).³⁹

Andere vormen van alternatieve geschilbeslechting

Ter completering van het algemene beeld wijst de Afdeling er op dat er een grote diversiteit aan methoden bestaat om geschillen buiten de overheidsrechter om op te lossen, zoals verscheidene vormen van bemiddelingsprocedures, bindend advies en geschillencommissies, arbitrage en klachtencommissies.⁴⁰ Mediation is derhalve slechts een van de methoden van alternatieve geschillenbeslechting. Over de effectiviteit van deze verschillende vormen, in die zin dat na het toepassen daarvan geen gang naar de rechter meer nodig is, is weinig bekend. Aangezien van veel alternatieve mechanismen geen gegevens met betrekking tot de effectiviteit beschikbaar zijn,⁴¹ lijkt het aanwijzen van mediation als meest effectief en efficiënt, zoals de toelichting doet, reeds om die reden onmogelijk.

1. Context – Overheidsbeleid inzake mediation

2. Context – Plaats en gebruik van mediation in het rechtsbestel

De Afdeling geeft in deze onderdelen een beschrijving van het overheidsbeleid inzake mediation sinds de jaren negentig van de vorige eeuw, alsmede van de plaats en het gebruik van mediation in het rechtsbestel. Hiermee wordt de context van de voorliggende wetsvoorstellen geschetst. De Afdeling merkt op dat de memorie van toelichting wel kort in gaat op het gebruik van mediation, maar dat bepaalde ontwikkelingen onvermeld worden gelaten. Zoals hierboven al is aangegeven, is naar aanleiding van het advies van de Afdeling het algemeen deel van de memorie van toelichting aangevuld, teneinde een nader gespecificeerd beeld te geven van (het gebruik van) het instrument mediation.

De Afdeling stelt dat, aangezien van veel alternatieve mechanismen voor geschilbeslechting geen gegevens met betrekking tot de effectiviteit beschikbaar zijn, het aanwijzen van mediation als meest effectief en efficiënt, onmogelijk is. In dat verband zij opgemerkt dat de Nederlandse wetgeving op dit moment al 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. Bindend advies en arbitrage kennen daarmee al een duidelijke wettelijke regeling. Voor mediation geldt dat nog niet, terwijl mediation – in allerlei verschijningsvormen – een veel vaker gebruikt en breder ingezet instrument is.

³⁸ 79% van de doorverwijzingen in 2012 betrof familierecht, Zie: Jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2012, Tabel 18b, mediation naar sector 2012. In de periode 2005–2008 betrof bijna driekwart van de doorverwijzingen naar mediation vanuit de rechtbank civiele zaken en een kwart bestuurszaken. Deze verhouding komt overeen met het feit dat in gerechten vier keer zoveel civiele zaken worden aangespannen als bestuurszaken, zie M. Guiaux, F. Zwenk, M. Tumewu, Mediation Monitor 2005–2008, Eindrapport, WODC Cahier 2009–9, blz. 76–77.

³⁹ M. Guiaux, F. Zwenk, M. Tumewu, Mediation Monitor 2005–2008, Eindrapport, WODC Cahier 2009–9, blz. 76–77.

⁴⁰ Een studie naar de filterwerking van alternatieve geschilbeslechtsprocedures in het civielrechtelijke en bestuursrechtelijke domein onderscheidde 70 buitengerechtelijke geschilprocedures in Nederland. «Lokale» procedures, zoals klachtenprocedures bij individuele bedrijven, werden daarbij buiten beschouwing gelaten. J.G. van Erp & C.M. Klein Haarhuis, *De filterwerking van buitengerechtelijke Procedures, Een verkennend onderzoek*, WODC, Den Haag 2006, blz. 31–34 & 64.

⁴¹ Ibidem, blz. 38.

Met de Afdeling is de initiatiefnemer van mening dat juridisering van mediation dient te worden vermeden. Juridisering van het instrument mediation kan juist worden tegengegaan door een duidelijk wettelijk kader vast te leggen waarbinnen aan het instrument toepassing kan worden gegeven. De voorliggende wetsvoorstellen beogen daartoe mediation een vaste plek te bieden in het rechtsbestel. Deze wettelijke voorzieningen dragen bij aan een deskundige en efficiënte wijze van geschiloplossing, waarmee juridisch zwaardere trajecten – zoals een gang naar de rechter – zoveel mogelijk kunnen worden voorkomen. Zoals de Afdeling terecht opmerkt, is een van de sterke punten van mediation dat op een meer informele en flexibele wijze kan worden voorzien in de behoeften in een specifieke zaak en kan worden aangesloten bij de omstandigheden van het geval. De ingediende voorstellen doen geen afbreuk aan deze kracht van mediation, maar ondersteunen dit sterke punt. De voorstellen lossen de spanningspunten⁴² tussen het rechtssysteem en mediation op doordat zij een duidelijk en voorspelbaar juridisch kader bieden. Om dat kader wordt ook gevraagd door de EU-richtlijn inzake mediation.⁴³ Het kwaliteitssysteem voor mediators, waarin wordt voorzien met de Wet registermediator, heeft geen betrekking op de wijze waarop mediators invulling geven aan hun professie en de mediationstijl die zij toepassen, maar stelt slechts kwalitatieve randvoorwaarden. Terwijl er geen vrees hoeft te bestaan dat mediation als zodanig door de voorstellen wordt gejuridiseerd, brengen deze voorstellen tegelijkertijd mee dat zoveel mogelijk wordt tegengegaan dat conflicten snel veranderen in (juridische) geschillen. Door mediation als vanzelfsprekende eerste optie te positioneren voor conflicten met een relationele dimensie en de gang naar de rechter vooral te zien als ultimum remedium, wordt over de gehele linie derhalve een krachtige bijdrage aan dejuridisering tot stand gebracht.

De Afdeling geeft aan dat de vrees bestaat dat, in gevallen waarin mediation geen resultaat heeft, de voorstellen tot onnodige vertraging kunnen leiden. De voorstellen zijn erop gericht dat mediation serieus moet worden beproefd. Daarnaast wordt voorzien in een bijzondere rechterlijke gang in het mediationproces om, in gevallen waarin partijen tijdens de mediation geheel of gedeeltelijk niet tot een oplossing kunnen komen, snel juridische knopen door te hakken of andere beslissingen te nemen. Hierdoor wordt bereikt dat de kans dat mediation tot resultaten leidt verder vergroot. Door aan partijen in een mediation een snelle toegang tot een rechter te bieden, is tot op zekere hoogte sprake van een hybride proces. Dat proces sluit naar het oordeel van de initiatiefnemer nauw aan bij de mediationrichtlijn die van elke lidstaat vraagt ervoor zorg te dragen dat er een «*balanced relationship target number*» *between civil litigation and mediation* tot stand wordt gebracht.⁴⁴

Mediation is op dit moment niet of onvoldoende in het Nederlandse recht verankerd. In het civiele recht komt het begrip «mediation» in het geheel niet voor en het begrip «mediator» slechts op één plaats, te weten in artikel 818, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en heeft daar uitsluitend betrekking op één aspect van een echtscheidingsprocedure: het opstellen van een ouderschapsplan. Daarnaast bestaat sinds kort wetgeving die ter summier implementatie van de

⁴² De bedoelde spanningspunten komen naar voren in de jurisprudentie omtrent mediation. Zie: A.W. Jongbloed en F. Schonewille (red.) *Rechtspraak Mediation*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2013.

⁴³ Overweging 7 van de preambule van richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 mei 2008.

⁴⁴ Zie prof. G. de Palo e.a., «*Rebooting*» *the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU* (IP/C/JURI/IC/2013-062).

eerdergenoemde mediationrichtlijn bepalingen geeft voor grensoverschrijdende mediations binnen de Europese Unie. De initiatiefnemer wijst er voorts op dat in de afgelopen jaren in landen van de Europese Unie mediationwetgeving is ingevoerd die in vele gevallen aanmerkelijk verder gaat – en meestal ook van toepassing is in de nationale context – dan de zojuist genoemde Nederlandse implementatiewetgeving.⁴⁵ Uit de parlementaire geschiedenis van die wet en het daaraan voorafgaande wetsvoorstel tot aanpassing 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) blijkt dat de genoemde implementatiewetgeving is te zien als een voortrein van meer uitvoerige wetgeving zoals deze is neergelegd in de onderhavige voorstellen.

In dit verband zij ook nog gewezen op relevante ontwikkelingen buiten Europa. In literatuur wordt aangegeven dat men in de Verenigde Staten van Amerika, waar mediation inmiddels een belangrijk onderdeel van het instrumentarium van conflictbeheersing en -oplossing is, te lang heeft gewacht met het wettelijk reguleren van het beroep.⁴⁶ De Uniform Mediation Act, die aldaar in 2001 werd opgesteld, is lang niet in alle staten ingevoerd.⁴⁷ Er zijn aldaar inmiddels zoveel verschillende instanties ontstaan met eigen normen en regelingen, dat het bereiken van een uniforme regulering er waarschijnlijk niet meer in zit. Ook dit pleit voor een snelle invoering van een duidelijke wettelijke reglementering van mediation en het beroep van mediator.

Met de voorliggende wetsvoorstellen wordt mediation een op zichzelf staande mogelijkheid. Dit brengt mee dat het een zelfstandig alternatief voor rechtspraak is en niet een fenomeen dat in het huidige juridische systeem zou moeten worden geïncorporeerd. Het door de Afdeling genoemde project «*Mediation naast rechtspraak*» is weliswaar een heel zinvolle eerste stap geweest in het bekend stellen van mediation aan justitiabelen, maar moet niet het eindstation zijn. De wetsvoorstellen hebben de strekking om mediation als volwaardig en compleet alternatief voor rechtspraak te positioneren en zijn er derhalve niet specifiek op gericht om mediation binnen het systeem van rechtspraak te bevorderen of het aantal doorverwijzingen door de rechter naar mediation te vergroten. De reikwijdte van de voorstellen is veel breder dan dat. Het inzetten op het verhogen van het aantal verwijzingen door de rechter is bovendien vaak niet meer zinvol, omdat op zo'n moment per definitie al een juridische procedure is gestart, het conflict al is veranderd in een geschil en de onwenselijk geachte juridisering heeft plaatsgevonden. Mediation is nog zinvoller en effectiever wanneer het in de fase daaraan voorafgaand wordt ingezet. De voorliggende voorstellen beogen dat te faciliteren.

De Afdeling wijst er terecht op dat er andere mogelijkheden bestaan om geschillen buiten de overheidsrechter om op te lossen. De initiatiefnemer ziet mediation echter niet als slechts één van de methoden van alternatieve geschillenbeslechting, maar als het meest veelbelovende, volwaardige alternatief. Deze visie wordt alleen al gestaafd door het aanmerkelijk grotere aantal mediations dat per jaar plaatsvindt vergeleken met het aantal arbitrages of de keren dat een bindend advies wordt

⁴⁵ Een uitvoerig overzicht van de desbetreffende wetgeving per EU-lidstaat is opgenomen in: M. Schonewille & F. Schonewille, *The variegated landscape of mediation; a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World*, Boom Juridische Uitgevers/ Eleven International Publishing: Den Haag 2014 (ter perse).

⁴⁶ Zie mr. dr. M. Brink, *Naar een wettelijke regeling van mediation?*, *NJB* 2013, nr. 30, pag. 2051.

⁴⁷ Opgesteld door de National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, West Virginia, 10-17 augustus 2001, aangenomen en aanbevolen voor implementatie in alle Staten.

uitgebracht. Met Vranken is de initiatiefnemer verder van oordeel dat mediation veel radicaler is dan de andere alternatieven.⁴⁸ Bovendien is mediation het enige alternatief dat de autonomie van de partijen in een conflict centraal stelt en bevordert.

3. Noodzaak en verwachte effecten van de voorstellen

3.1 Inleiding

De toelichting stelt dat Nederland voorop loopt op andere landen wat betreft het gebruik van mediation. Hiervoor verwijst de toelichting naar de beroepsorganisaties, en met name het NMI, die de kwaliteit van mediation hebben bevorderd. Dat laat onverlet dat het nu tijd is voor een volgende stap, aldus de toelichting.

De Afdeling ondersteunt de gedachte dat burgers en bedrijven in beginsel zelf verantwoordelijk zijn voor het oplossen van conflicten. Een oplossing getroffen tussen partijen, eventueel met behulp van een derde, heeft in veel gevallen de voorkeur boven een gang naar de rechter. Geschillen blijven buiten de juridische sfeer en de druk op de rechtspraak blijft zodoende beperkt, wat onder meer tot voordeel kan hebben dat een snelle toegang tot de rechter gewaarborgd blijft.

Dit neemt evenwel niet weg dat aan het wettelijk reguleren van mediation op de wijze zoals thans voorgesteld het aanzienlijke risico kleeft dat de beoogde informele behandeling van geschillen gejuridiseerd wordt en de voorstellen hierdoor hun doel voorbijschieten. Mede in dat licht bezien dient de noodzaak van wetgeving zoals voorgesteld genoegzaam onderbouwd te worden, met een realistische inschatting van de voor- en nadelen ervan. De Afdeling is van oordeel dat de toelichting wat dat betreft tekort schiet.

3.1 Inleiding

De initiatiefnemer heeft met instemming kennis genomen van de ondersteuning door de Afdeling van de gedachte die aan zijn voorstellen ten grondslag ligt, te weten dat burgers en bedrijven in beginsel zelf verantwoordelijk zijn voor het oplossen van conflicten. Een oplossing getroffen tussen partijen, waar nodig met behulp van een derde, heeft in veel gevallen de voorkeur boven een gang naar de rechter. Geschillen blijven buiten de juridische sfeer en de druk op de rechtspraak blijft zodoende beperkt, zo betoogt de Afdeling.

3.2 Mediation en andere vormen van geschilbeslechting

De toelichting zal in de eerste plaats de huidige plaats en het gebruik van mediation duidelijk moeten omschrijven en op hun merites moeten beoordelen. De Afdeling heeft hiertoe in de voorgaande paragraaf een aanzet gegeven.

De toelichting gaat meer in het bijzonder niet in op de experimenten met mediation op diverse (juridische) terreinen die in het verleden hebben plaatsgevonden. Deze experimenten en verschillende bevorderingscampagnes hebben geleid tot de huidige – beperkte – inzet van mediation. Dat mediation, zoals de toelichting veronderstelt, zonder meer het beste alternatief is op vrijwel alle terreinen van het burgerlijk en bestuursrecht, behoeft reeds daarom een nadere onderbouwing.

⁴⁸ Asser-Vranken Algemeen deel (III) Vervolg, Kluwer: Deventer 2005, p. 129 e.v.

Zonder afbreuk te willen doen aan de in de toelichting genoemde voordelen, merkt de Afdeling op dat in veel gevallen mediation niet de beste oplossing voor een geschil is. Voor veel geschillen zal bijvoorbeeld een laagdrempeliger en minder uitvoerige oplossing voldoende zijn. De eerder genoemde «informele aanpak» door bestuursorganen sluit hier op aan.⁴⁹ In andere gevallen zullen partijen juist behoefte hebben aan een beslissende instantie, bijvoorbeeld omdat een zuivere rechtsvraag voorligt, of omdat een van de partijen geen onderhandelingsruimte heeft. In het laatste geval is mediation slechts een dure omweg naar de rechter. In weer andere gevallen kunnen andere alternatieve geschilbeslechting-procedures een oplossing bieden.

Door slechts beperkt in te gaan op de situaties waarin mediation geen of een minder voor de hand liggend alternatief vormt én door het niet scherp onderscheiden tussen mediation, de toepassing van «mediationvaardigheden» en andere vormen van alternatieve geschilbeslechting schetst de toelichting een onevenwichtig beeld van de verschillende mogelijkheden voor vroegtijdige geschilbeslechting en de rol van mediation daarbinnen. In dat kader verwijst de Afdeling tevens naar het eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht. Daarin wordt aanbevolen de discussie over de plaats van mediation te verbreden naar andere mogelijkheden om een geschil te beslechten of niet te laten ontsporen alvorens het aan de overheidsrechter voor te leggen.⁵⁰

3.2 Mediation en andere vormen van geschilbeslechting

De initiatiefnemer deelt de zienswijze van de Afdeling dat de voorstellen er niet toe zouden moeten leiden dat, indien een laagdrempeliger of informelere methode dan mediation volstaat, in een bepaald conflict (zoals de door de Afdeling genoemde informele aanpak door bestuursorganen) toch gebruik gemaakt zou moeten worden van mediation. Mediation dient vanzelfsprekend pas te worden beproefd indien partijen in een conflict naar de rechter zouden willen stappen. Wordt door partijen niet voor een gang naar de rechter gekozen, dan staat het hen uiteraard vrij om andere vormen van bemiddeling of conflictoplossing te beproeven.

3.3 Bestaande regels en zelfregulering

Ook als zou moeten worden uitgegaan van de noodzaak van een bredere toepassing van het instrument mediation, roepen de voorstellen vragen op. De toelichting stelt op basis van een SEO onderzoek dat een van de redenen waarom mediation onvoldoende wordt benut, is dat mensen de kwaliteit van de aangeboden dienst en dienstverlener niet kunnen inschatten.⁵¹ Dat dit bij mediation daadwerkelijk een probleem is, wordt in dat onderzoek evenwel niet onderbouwd met onderzoeksgegevens.⁵² De toelichting besteedt daarbij slechts zijdelings aandacht aan de reeds bestaande systemen van kwaliteitsborging binnen de mediationbranche. Onduidelijk blijft waarom het bestaande stelsel, met het NMI als onafhan-

⁴⁹ De informele aanpak wordt verdeeld in vijf verschijningsvormen: bellen, keukentafelgesprek, informeel overleg, informeel overleg met een onafhankelijke gespreksleider en mediation. Zie: M. Euwema, L. Van der Velden & C. Koetsenruijter (red.), Prettig contact met de overheid, Eindrapportage pionierstraject mediationvaardigheden, resultaten, analyses & aanbevelingen, BZK 2010, blz. 47.

⁵⁰ W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, Uitgebalanceerd, eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2009, blz. 40.

⁵¹ Memorie van toelichting, §3.

⁵² B.E. Baarsma, *Blijft mediation de eeuwige belofte of wordt het een volwassen markt?*, SEO Economisch Onderzoek, Discussion paper no. 68, blz. 13.

kelijke kwaliteitskoepel en verschillende verenigingen van mediators met aanvullende kwaliteitseisen, niet zou voldoen. Evenmin wordt aandacht besteed aan de verhouding tussen het voorgestelde systeem van kwaliteitsborging en de rol die de bestaande organisaties op dat terrein spelen.

De Minister van Veiligheid en Justitie heeft in zijn innovatieagenda rechtsbestel⁵³ reeds aangekondigd te zullen komen met een wettelijke regeling voor de kwaliteitsborging van mediation.⁵⁴ Aanleiding hiervoor was de discussie met de Tweede Kamer bij de behandeling van de wet ter implementatie van de mediationrichtlijn. In eerste instantie werd een verschoningsrecht voor mediators in zowel grensoverschrijdende als binnenlandse mediations voorgesteld. Daarbij ontbraken evenwel wettelijke kwaliteitswaarborgen voor de mediator. Dit werd door beide Kamers onwenselijk geacht. Hierop is in de huidige wet het verschoningsrecht overeenkomstig de eisen van de richtlijn beperkt tot mediators in grensoverschrijdende zaken.

De Afdeling onderschrijft dat, indien een wettelijk verschoningsrecht zou worden toegekend, wettelijke kwaliteitswaarborgen noodzakelijk zijn.⁵⁵ Dit zou, naast het bieden van transparantie, een reden kunnen vormen voor overheidsregulering van mediation. Of een wettelijk verschoningsrecht, buiten de gevallen waarin dit voortvloeit uit de mediationrichtlijn, noodzakelijk is, staat daarmee evenwel nog niet vast. De toelichting stelt hieromtrent, kort gezegd, dat dit het geval is.⁵⁶ Deze motivering acht de Afdeling niet toereikend; ten minste zou toegelicht moeten worden welke problemen het ontbreken van een verschoningsrecht in de praktijk oplevert, die door het verankeren van de geheimhoudingsplicht in de mediationovereenkomst niet kunnen worden opgelost. Hierbij dient tevens opgemerkt te worden dat de geheimhoudingsplicht van klassieke beroepsbeoefenaren (notarissen en advocaten) in de afgelopen jaren juist is beperkt.⁵⁷ Een ruimere toekenning van het verschoningsrecht aan mediators past daar niet bij.

Als breed gedragen uitgangspunt geldt dat enkel voor overheidsinterventie wordt gekozen indien de beoogde doelstellingen niet kunnen worden bereikt door zelfregulering.⁵⁸ Vooralnog staat naar het oordeel van de Afdeling niet vast dat de kwaliteit van geboden diensten of dienstverleners zodanig onduidelijk is of anderszins te wensen overlaat dat overgegaan zou moeten worden tot overheidsregulering.⁵⁹

⁵³ Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 5, Bijlage.

⁵⁴ Hiermee werd een toezegging nagekomen die hij eerder deed bij de totstandkoming van de implementatie van de mediationrichtlijn, zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 7, blz. 2.

⁵⁵ Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 4, blz. 2.

⁵⁶ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op Artikel III, onderdeel E.

⁵⁷ Zoals de Afdeling reeds opmerkte in haar advies bij de implementatie van de mediationrichtlijn, Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 4, blz. 2, is doorbreking van geheimhoudingsplicht van notarissen en in sommige gevallen van advocaten om verschillende redenen gebeurd: meldingsplicht ongebruikelijke transacties, versterking tucht en toezicht, en de doorbreking van de geheimhoudingsplicht van notarissen t.b.v. een correcte heffing en effectieve inning van belastingen en ter bestrijding van financieel-economische criminaliteit.

⁵⁸ Zie de kabinetsreactie op het rapport Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht, Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 61 & aanwijzing 7, aanhef en onderdeel c, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁵⁹ Het aangehaalde onderzoek van SEO komt ook niet tot die conclusie, B.E. Baarsma, *Blijft mediation de eeuwige belofte of wordt het een volwassen markt?*, SEO Economisch Onderzoek, Discussion paper no. 68, blz. 17.

3.3 Bestaande regels en zelfregulering

Volgens de Afdeling blijft onvoldoende duidelijk waarom het bestaande stelsel, met het NMI⁶⁰ als onafhankelijk kwaliteitskoepel en verschillende verenigingen van mediators met aanvullende kwaliteitseisen, niet zou voldoen. Ook zou aandacht moeten worden besteed aan de verhouding tussen het voorgestelde systeem van kwaliteitsborging en de rol die bestaande organisaties op dat terrein spelen.

De suggestie van de Afdeling om voor wat betreft de kwaliteitsborging van de mediator uitsluitend in te zetten op één partij, en om het register en de kwaliteitscontrole uitsluitend langs privaatrechtelijke weg te reguleren, is bij het opstellen van het wetsvoorstel overwogen. Hiervoor is uiteindelijk niet gekozen omdat, niettegenstaande het zeer waardevolle werk dat door verschillende mediationorganisaties is verricht in het kader van de kwaliteitsontwikkeling en de inzet van mediation, het louter aansluiten op deze bestaande systemen een te beperkt bereik zou hebben. Allereerst zijn er mediationorganisaties die er niet voor hebben gekozen zich verenigen in een federatie. Enkele organisaties kiezen er ook bewust voor daarbuiten te blijven. Het gevolg daarvan is dat er niet één overkoepelende kwaliteitsnorm geldt voor alle mediators. De kwaliteitseisen en beroepsnormen voor mediators die aangesloten zijn bij de diverse organisaties, en de gevolgen van dat lidmaatschap (zoals de onderworpenheid aan verenigingstuchtrecht) vertonen tot op zekere hoogte overeenkomsten, maar ook de nodige verschillen. Voor gebruikers van mediationdiensten is daardoor lang niet altijd in één oogopslag duidelijk of zij te maken hebben met een voldoende deskundig mediator.

Bovendien is allerminst uitgesloten dat er in de toekomst nieuwe organisaties opkomen dan de huidige, met afwijkende (mogelijk lichtere) kwaliteitseisen en beroepsnormen. Het uitsluitend inzetten op één partij zou bovendien leiden tot een vorm van marktafscheiding ten behoeve van een naar zijn aard beperkte groep mediationorganisaties, waarmee mogelijk andere organisaties – die ook goede, maar andere kwaliteitswaarborgen bieden – reeds op voorhand buiten spel worden gezet. Het instellen van een wettelijk geregeld register voor mediators, met eenduidige inschrijvingsvoorwaarden (en dus eenduidige kwaliteitseisen) en de koppeling aan een wettelijk geregeld tuchtrecht bevordert de uniforme kwaliteitsontwikkeling en zorgt voor een robuuste, breed gedragen basis. Het biedt daarmee sterkere waarborgen voor gebruikers van mediationdiensten dat zij de beschikking hebben over de diensten van een deskundig mediator. Het staat mediators geheel vrij om zich daarnaast aan te sluiten bij mediationorganisaties, die desgewenst inschrijvingsvoorwaarden kunnen stellen die hoger liggen dan of anderszins aanvullend zijn op de inschrijvingsvoorwaarden voor het register.

Voor de bestaande mediationorganisaties wordt met de Wet registermediator voorzien in een rol bij de ontwikkeling van onder meer de inschrijvingsvoorwaarden van het register en de te stellen kwaliteitseisen en beroepsnormen. Daartoe wordt voorzien in een commissie mediation (artikel 16 Wet registermediator), die onder meer belast wordt met advisering over de eisen aan inschrijving, opleiding en examinatie. Juist om een rol voor de bestaande mediationorganisaties ook in de toekomst te waarborgen, wordt deze commissie wettelijk vastgelegd.

De Afdeling stelt de vraag aan de orde of een wettelijk verschoningsrecht, buiten de gevallen waarin dit voortvloeit uit de mediationrichtlijn, noodzakelijk is. De Afdeling vraagt om een nadere toelichting op dit punt.

⁶⁰ Inmiddels hebben de grote landelijke verenigingen van mediators zich verenigd in de Mediatorsfederatie Nederland (MfN), met als missie de kwaliteit van mediation te bevorderen en namens het mediationveld als gesprekspartner voor de overheid op te treden.

In dit kader is van belang dat bij de parlementaire behandeling van de wetsvoorstellen die zagen op de implementatie van de mediationrichtlijn, zowel in de Eerste als Tweede Kamer nadrukkelijk aandacht is gevraagd voor het stellen van kwaliteitseisen aan mediators, gekoppeld aan een verschoningsrecht voor mediators. De richtlijn stelt een duidelijke eis op dit punt: lidstaten moeten in hun nationale wetgeving voorzien in geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht in het geval van grensoverschrijdende mediations. Kwaliteitsnormen worden daaraan echter niet verbonden. De initiatiefnemer onderschrijft de voordelen die verbonden zijn aan een wettelijke regeling van een geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht voor mediators. Eén van de basisvoorwaarden voor een succesvolle mediation is het vertrouwen dat partijen hebben in de mediator. Partijen moeten immers het vertrouwen kunnen hebben dat zij hun (juridische) positie in volledige vrijheid met de mediator kunnen bespreken en in dat kader informatie kunnen delen, zonder dat de vrees hoeft te bestaan dat die informatie – al dan niet in het kader van een wettelijke getuigplicht voor de mediator – verder verspreid raakt. Het vertrouwen vrijelijk informatie te kunnen delen met de mediator stimuleert partijen om inzage te geven in hun positie en belangen, hetgeen de mediator beter in staat stelt om te zien wat partijen verdeeld houdt en waar juist een basis voor het bereiken van overeenstemming ligt. Evenwel ligt het niet voor de hand om, buiten de Europees gestelde kaders, een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht toe te kennen aan beroepsbeoefenaren waarvan niet is aangetoond dat zij voldoen aan minimumcriteria ten aanzien van kwaliteit en integriteit.⁶¹ Het klopt dat de afgelopen jaren de geheimhoudingsplicht van bestaande wettelijk gereguleerde beroepen is beperkt. Dit heeft als achtergrond dat de wetgever in bepaalde gevallen de belangen die gediend zijn met de openbaarmaking van informatie aan bepaalde partijen zwaarder heeft later wegen dan de belangen van de cliënten van de betreffende beroepsbeoefenaren. Voorbeelden hiervan zijn doorbreking van de geheimhoudingsplicht van notarissen en advocaten en ten behoeve van de uitoefening van toezicht op deze beroepsgroepen, het tuchtrecht en de kwaliteitscontroles (peer reviews). Deze doorbreking is echter niet absoluut, in die zin dat de betreffende informatie vervolgens geheel in de openbaarheid komt. Op degenen die de geheimhoudingsplicht kunnen doorbreken rust vervolgens een afgeleide geheimhoudingsplicht (en een afgeleid verschoningsrecht). De door de Afdeling gesignaleerde ontwikkelingen ten aanzien van de beperkingen van de geheimhoudingsplicht zien niet op het geheel ontnemen van een geheimhoudingsplicht aan klassieke geheimhouders, maar het nader reglementeren ervan. De geheimhoudingsplicht die wordt ingevoerd voor registermediators sluit geheel bij deze ontwikkelingen aan. Ten behoeve van de uitvoering van kwaliteits-toetsen (artikel 25, derde lid, Wet registermediator) is bijvoorbeeld voorzien in een doorbreking van de geheimhoudingsplicht.

3.4 Juridisering

In haar advies over de toekenning van een wettelijk verschoningsrecht aan mediators wees de Afdeling reeds op het, eerder door de toenmalige Minister van Justitie gesignaleerde, risico dat de regeling van een wettelijke geheimhoudingsplicht als katalysator zou kunnen werken voor verdere regulering van mediation.⁶² Die juridisering manifesteert zich in de onderhavige voorstellen.

In de voorgestane vorm draagt de mediator zelfs een deel van de verantwoordelijkheid voor tussenstappen en voor het eindresultaat: hij wordt verantwoordelijk voor het voorlichten van de partijen over de

⁶¹ In deze zin ook de Hoge Raad in diens arrest van 10 april 2009; ECLI:NL:HR:2009:BG9470.

⁶² Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 4, blz. 2.

houdbaarheid van de oplossingen en daarmee voor een beoordeling van de inhoud van het bereikte resultaat. Tevens wordt de (register)mediator aangewezen als degene die, met doorbreking van het procesmonopolie van de advocaat, bevoegd is bepaalde handelingen richting de rechter uit te voeren. Hij wordt bevoegd de rechter te verzoeken een deelgeschil in de mediation te beslechten, de vaststellingsovereenkomst met de uitkomst van de mediation door de rechter te laten bekrachtigen en het verzoek in te dienen tot het uitspreken van een echtscheiding na mediation.

De toekenning van deze bevoegdheden heeft tot gevolg dat de mediator in staat moet zijn om het desbetreffende verzoek aan de rechter zo voor te bereiden dat deze in staat zal zijn om een beslissing te nemen. Hiervoor is juridische kennis vereist. Het voorzienbare gevolg hiervan is dat in de praktijk de mediator zijn inbreng sterk juridisch zal inkleuren. Doordat tevens wordt voorzien in een afnameplicht voor bestuursorganen van deze jurist-mediator en de burgerlijke rechter bij doorverwijzing wordt beperkt tot doorverwijzing naar deze jurist-mediator, drukken de voorstellen in potentie een zwaar stempel op het type mediation waarvan in de praktijk gebruik zal worden gemaakt.⁶³ Dit is zeker niet de enige, of meest algemene vorm van mediation, zoals ook blijkt uit de bestaande wettelijke definities van mediation (zie ook §4) alsmede de reacties in de internetconsultatie.⁶⁴

Op de reden voor de keuze voor een jurist-mediator gaat de toelichting niet expliciet in. Evenmin besteedt de toelichting aandacht aan de spanning van die keuze met het niet-juridische karakter van mediation en de consequentie van het zodanig inkaderen van mediation voor de verdere ontwikkeling van het vakgebied. Hoewel de initiatiefnemer in reactie op deze bezwaren in de voorstellen meer ruimte heeft gelaten voor andere aspecten van mediation, bijvoorbeeld door het mogelijk maken van extern inschakelen van juridische expertise, blijven de hoofdelementen zoals hierboven omschreven in de onderhavige voorstellen overeind.⁶⁵

3.4 Juridisering

De Afdeling wijst op het – in zijn ogen voorzienbare – gevolg dat de mediator door de aan hem gestelde eisen van juridische competenties, geneigd zal zijn om zijn inbreng sterk juridisch in te kleuren. De initiatiefnemer meent dat dit niet het geval is. Mediation kan worden gezien als een methode waarin psychologie en recht zich verenigen, als het gaat om het oplossen van conflicten met zowel emotionele als juridische aspecten. De voorstellen beogen voor die situaties het instrument mediation te positioneren als de vanzelfsprekend als eerste te bewandelen weg. Dit brengt mee dat van de registermediator gevraagd mag worden dat deze beschikt over zowel psychologische als bepaalde juridische competenties. Bovendien heeft hij tot op zekere hoogte in daarvoor in aanmerking komende gevallen een juridische zorgplicht. Dit leidt er echter nog niet toe, zoals de Afdeling kennelijk beoogt te stellen, dat daarmee ook het

⁶³ Raad voor de rechtspraak, Wetsadvisering concept initiatiefvoorstellen mediation, 26 juni 2013, blz. 2 & Raad voor de rechtspraak, 25 januari 2012, reactie op Initiatiefnota wettelijke verankering mediation, blz. 2, Stichting Federatie Mediatorsverenigingen i.o., reactie op initiatiefwetsvoorstel mediation, blz. 4, 7 & 9–11.

⁶⁴ Reactie van de Commissie Wetgeving van de Stichting Federatie Mediatorsverenigingen i.o., 24 juni 2013, blz. 9, ReulingSchutte, commentaar op de initiatiefwetsvoorstellen mediation, mei 2013, De Clerq Advocaten Notarissen, team mediation, reactie op initiatiefwetsvoorstel «Wet registermediator» en bijbehorende stukken, 22 mei 2013.

⁶⁵ Te wijzen valt op de verwijzing naar het juridische kader, en de rechtsgevolgen in artikel 21, tweede lid, voorstel van Wet registermediator de zelfstandige positie van juridische kennis en kunde in artikel 22 van hetzelfde wetsvoorstel.

mediationproces wordt gejuridiseerd, de mediator er een juridisch gekleurde werkwijze op na zou moeten houden of dat er zelfs een «jurist-mediator» zou worden geïntroduceerd. Zoals hiervoor al is aangegeven, leidt de toepassing van mediation daarentegen juist tot een sterke dejuridisering in vergelijking met een gerechtelijke procedure.

Mede naar aanleiding van het advies van de Afdeling is artikel 21 van de Wet registermediator op onderdelen aangepast, om duidelijker tot uitdrukking te brengen wat in dit opzicht van de registermediator wordt verwacht. Wanneer een registermediator zelf niet beschikt over de voor een mediation vereiste (juridische) kennis, is hij gehouden die kennis via derden in de mediation in te brengen (artikel 22, derde lid, Wet registermediator).

Ter voorkoming van enig misverstand zij benadrukt dat het door de voorstellen gecreëerde wettelijk register niet de bestaande registers van bijvoorbeeld de Mediatorsfederatie Nederland of het ADR International Register vervangt. Het betreft hier een eigenstandig, van overheidswege aangehouden register, waarvoor eigen toetredingscriteria gelden. Dit brengt mee dat de huidige structuren gewoon zullen blijven bestaan en daarvan ook gebruik kan blijven worden gemaakt in de gevallen die niet door de nieuwe wet worden bestreken.

3.5 Onvrijwilligheid en toegang tot de rechter

De juridische inkadering van mediation krijgt in de voorstellen mede vorm door een zekere drang en dwang richting mediation. In het burgerlijk recht wordt de rechter bij specifiek aangeduide geschillen verplicht uit te gaan van het rechtsvermoeden dat een geschil zich leent voor mediation, en partijen door te verwijzen naar de mediator. De Afdeling merkt op dat partijen zich waarschijnlijk, in het belang van hun procespositie, bij verwijzing door de rechter in zekere mate gedwongen zullen voelen tot mediation. Veel zal daarbij afhangen van de wijze waarop de rechter dit middel toepast en de gevolgen die daaraan worden verbonden. Over deze consequentie stelt de toelichting: «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.»⁶⁶ Daarmee is, anders dan de toelichting stelt, geen sprake van «een zeker drang tot mediation»,⁶⁷ maar eerder van een mogelijke dwang tot mediation. De vrijwilligheid die kenmerkend is voor mediation en ook essentieel met het oog op het welslagen daarvan, verdwijnt daarmee naar de achtergrond.⁶⁸

Ook de verplichting om te motiveren waarom geen mediation is gebruikt, levert ten minste een zekere drang tot mediation op. De als gevolg van deze drang gemaakte aantasting van de vrijwilligheid van partijen is niet alleen ongericht, (zie verder §B.1 en §C.1) maar kan tevens inbreuk maken op de vertrouwelijkheid die aan de inhoud en het proces van mediation ten grondslag ligt. De toelichting stelt dat van een inbreuk hierop geen sprake is omdat aan de rechter geen informatie behoeft te worden gegeven die inhoudelijk van aard is. Bij de rechter komt enkel de procedurele kant aan de orde, aldus de toelichting.⁶⁹ Het is echter de

⁶⁶ Memorie van toelichting, §7.

⁶⁷ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht, artikel III, onderdeel A.

⁶⁸ Zie in dezelfde zin HR 20 januari 2006, NJ 2006,75, r.o. 3.4 en Conclusie A-G Huydecoper, en HR 8 mei 2009 RvdW 2009, 614 (afgedaan met toepassing van artikel 81 RO), conclusie A-G Rank-Berenschot.

⁶⁹ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht, artikel III, onderdeel A.

vraag of het in de praktijk ook zo zal werken. De voorstellen verplichten partijen in civielrechtelijke geschillen en bestuursorganen bij de beslissing op bezwaar toe te lichten wat de reden is dat geen mediation heeft plaatsgevonden.⁷⁰ Denkbaar is dat partijen het geven van een dusdanige toelichting in het belang van hun procespositie zullen willen vermijden. Zij zullen zich aldus ook in deze situatie in zekere mate gedwongen voelen tot mediation. Daarbij valt niet uit te sluiten dat wanneer inhoudelijk gemotiveerd wordt waarom mediation niet is beproefd, dit een escalierend effect kan hebben op een conflict.

Indien partijen eerder zijn overeengekomen mediation toe te passen alvorens zich tot de rechter te wenden, maar een geschil in weerwil daarvan toch direct bij de rechter aanhangig maken, dient deze ingevolge de voorstellen de behandeling van de zaak aan te houden.⁷¹ Zo'n «mediation-beding» zal in veel gevallen opgenomen zijn in algemene voorwaarden. In die gevallen is een beroep mogelijk op de vernietigbaarheid van het beding, voor zover dit beding onredelijk bezwarend is.⁷² Dit betekent dat de rechter niet zonder meer tot aanhouding van de behandeling van de zaak kan overgaan; hij zal moeten toetsen of het beding vanwege het mogelijk onredelijk bezwarende karakter daarvan buiten beschouwing moet worden gelaten. De voorstellen houden hiermee geen rekening. Voor zover het beding niet onredelijk bezwarend moet worden geacht, kan de behandeling pas worden voortgezet nadat partijen de rechter hebben meegedeeld dat de mediation na de aanvang daarvan zonder overeenstemming is beëindigd. Daarmee staat het partijen niet langer te allen tijde geheel vrij hun medewerking aan mediation te onthouden. De toelichting onderkent dit laatste, maar stelt dat het feit dat partijen vrijwillig een mediationclausule zijn overeengekomen, rechtvaardigt dat zij verplicht worden om eerst mediation te beproeven voordat zij toegang tot de rechter hebben.

De bovengenoemde vormen van dwang en drang doen afbreuk aan het vrijwillige karakter van mediation. Vrijwilligheid is echter een wezenlijk kenmerk van mediation; deze is essentieel wil mediation een redelijke kans van slagen hebben. De voorstellen raken in samenhang daarmee aan de vrije bepaling van de proceshouding door partijen en de vrije toegang tot de rechter.⁷³ Het recht op toegang tot de rechter is weliswaar geen absoluut recht (in die zin dat dit recht noodzakelijkerwijs gebonden is aan beperkingen en (vorm)voorschriften),⁷⁴ maar er zal een redelijk verband moeten bestaan tussen het doel van de beperking en het daartoe ingezette middel.⁷⁵ De proportionaliteit van de voorgestelde beperking zal mede afhankelijk zijn van de vraag of er een draagkrachtige motivering bestaat voor de noodzaak en effectiviteit van de voorstellen die een zodanige beperking inhouden. Dit lijkt vooral nog niet het geval.

⁷⁰ Voorgestelde aanvulling van artikel 111, tweede lid, artikel 278, tweede lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering & artikel 7:12, eerste lid, Awb.

⁷¹ Voorgestelde artikel 22a, tweede lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

⁷² Artikel 6:233 BW. Een zodanig beroep komt tot op heden niet voor, nu ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake mediation, partijen te allen tijde terug kunnen komen op een afspraak deel te nemen aan mediation. Zie HR 8 mei 2009, RvdW 2009, 614 (afgedaan met toepassing van artikel 81 RO).

⁷³ Zoals gewaarborgd door artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM.

⁷⁴ EHRM 21 juni 2012, (Olsby t. Zweden) nr. 36124/06, §49 & EHRM 28 mei 1985, (Ashingdane t. VK), nr. 8225/78, §57.

⁷⁵ Ibidem.

3.5 Onvrijwilligheid en toegang tot de rechter

De Afdeling vraagt in zijn advies aandacht voor de mogelijkheid dat partijen door de werking van het voorgestelde artikel 22a, eerste lid, Rv (nieuw) zich na verwijzing door de rechter in zekere mate gedwongen zullen voelen tot mediation. Het staat de initiatiefnemer echter voor ogen dat partijen, alvorens de rechter te adiëren, zich grondig oriënteren op mediation (vergelijk in dit verband de eveneens voorgestelde artikelen 111, tweede lid 2, onder m, respectievelijk 278, tweede lid Rv). Het is vanzelfsprekend de bedoeling dat partijen pas mediation gaan beproeven indien sprake is van een zaak als bedoeld in het genoemde artikel 22a. Verwijzing door de rechter zal dus alleen in uitzonderingsgevallen aan de orde zijn.

Overigens is het niet zinvol om te spreken over «vrijwillig» en «verplicht», als het gaat om de toepassing van mediation in de door artikel 22a, eerste lid, Rv genoemde zaken. Ervan uitgaand dat partijen hun conflict daadwerkelijk opgelost willen hebben, zou het uitgangspunt dat mediation altijd slechts op vrijwillige basis wordt toegepast tot de logische conclusie leiden dat – indien een van de bij het conflict betrokken partijen mediation afwijst – als gevolg daarvan de gang naar de rechter wordt geaccepteerd. De omgekeerde situatie is veel wenselijker. Van partijen in een conflict mag daarom worden verlangd om eerst te trachten in overleg – met behulp van een derde (de registermediator) – tot een oplossing te komen. Partijen mogen dit ook van elkaar verwachten. Dit betekent dat de voorstellen beogen een breuk met de huidige praktijk tot stand te brengen waarin het zo is dat de partij die niet wenst te overleggen en direct voor een juridische procedure kiest aan het langste eind trekt en de andere partij dwingt om in deze keuze mee te gaan. Met prof. F. Glasl⁷⁶ is de initiatiefnemer derhalve van mening dat het maken van onderscheid tussen verplichte en vrijwillige mediation weinig nuttig is: het gaat er veeleer om of partijen een oplossing voor hun conflict willen en – indien het geval is – hen te leiden naar de oplossingsmethode die het meest effectief is. Zie in dat verband ook hetgeen Chief Justice Warren Burger in diens State of the judiciary address al in 1984 naar voren bracht: «The entire legal profession – lawyers, judges, law teachers – has become so mesmerized with the stimulation of the courtroom contest that we tend to forget that we ought to be healers of conflicts. For many claims, trials by adversial contest must in time go the way of the ancient trial by battle and blood... Our system is too costly, too painful, too destructive, too inefficient for a truly civilized people.»

In dat licht deelt de initiatiefnemer ook niet de opvatting dat vrijwilligheid in alle gevallen een essentieel element is voor het slagen van een mediation. Ook onderzoek heeft aangetoond dat dit niet het geval is.⁷⁷ De ervaringen die met een zekere drang naar mediation in Argentinië en met verplichte mediation in Italië zijn opgedaan, leiden eveneens tot de gevolgtrekking dat vrijwilligheid geen noodzakelijk beginsel behoeft te zijn waar het betreft het slagen van een mediation.⁷⁸ De zekere drang tot mediation die de voorstellen impliceren zou, zo vreest de Afdeling kennelijk, ook mee kunnen brengen dat er inbreuk wordt gemaakt op het beginsel van de vertrouwelijkheid dat een van de pijlers van mediation is.

⁷⁶ Voordracht voor de Vereniging van Forensische Mediators op 8 oktober 2013.

⁷⁷ Zie o.a. E. van Ginkel, De afdwingbaarheid van de mediationclausule in Californië en Nederland, *Forum voor conflictmanagement* 2008/01, p. 10–16; en – waar het betreft de verplichte vorm van mediation in het kader van het strafrecht – J. Dierx, Strafrechtmediation in Argentinië: *close to justice*, *Tijdschrift Conflictantering* 2011/2, p. 32–35. Zie voorts J.M. Bosnak, *Bundel ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, Vol. II, p. 625–657, 2011 Kluwer Law International, p. 637–642.

⁷⁸ Zie M. Schonewille & F. Schonewille, *The variegated landscape of mediation; a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the World*, Boom Juridische Uitgevers/ Eleven International Publishing: Den Haag 2014 (ter perse).

De initiatiefnemer meent dat uit de – ook door de Afdeling aangehaalde – jurisprudentie op het terrein van geschillen tussen werkgever en werknemer blijkt dat zich hier eigenlijk geen problemen openbaren. Waar een botsing optreedt, wordt een werkbare oplossing gevonden die recht doet aan zowel het vertrouwelijkheidsbeginsel als de vanzelfsprekende keuze voor mediation als eerste optie bij het vinden van een oplossing voor een conflict.

Of een mediationbeding als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt en de toets van artikel 6:233 van het Burgerlijk Wetboek (BW) derhalve niet kan doorstaan, hangt altijd af van de omstandigheden van het geval, zoals de omstandigheden waaronder de overeenkomst tot stand is gekomen en de informatie die is verstrekt door de wederpartij. De rechter dient ambtshalve te toetsen of er sprake is van een onredelijk beding. De initiatiefnemer meent echter dat niet snel tot de conclusie zal worden gekomen dat een beding onredelijk bezwarend is, wanneer de wet van een ander uitgangspunt uitgaat. De vertrekpunt van redelijkheid van de voorwaarde is dan gegeven doordat het in de wet is opgenomen. Omdat in de wet niet exact kan worden aangeven wat de modaliteiten zijn van een mediationbeding, kan anderzijds op voorhand nooit geheel worden uitgesloten dat een dergelijk beding in specifieke omstandigheden toch als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt door de rechter. Dit is vanzelfsprekend aan de rechter om te beoordelen.

Als een vergelijking zou worden gemaakt met een arbitragebeding in algemene voorwaarden, kan worden vastgesteld dat een dergelijk beding thans niet als onredelijk bezwarend wordt gekwalificeerd. Er is wel een wetswijziging aanhangig op grond waarvan een arbitragebeding in algemene voorwaarden als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt indien iemand niet gedurende een maand nadat de wederpartij zich op het arbitragebeding heeft beroepen alsnog de gelegenheid krijgt om voor de bevoegde rechter te kiezen.

3.6 Kosten van mediation

De toelichting stelt dat het uitgangspunt zou moeten zijn dat bij voorkeur die geschilbeslechtingmethode 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.⁷⁹ De initiatiefnemer gaat er gelet op de brede inzet van drang en dwang tot mediation, blijkbaar van uit dat mediation in veel gevallen het goedkoopst is. De vraag is of dit steeds het geval zal zijn. Aannemelijk is dat een registermediator vanwege diens opleiding en wettelijke status een substantieel tarief in rekening zal brengen. Afhankelijk van de benodigde inzet kan een mediationpoging – afgezien van de incidentele mogelijkheid van een toevoeging – aanzienlijke kosten voor betrokkenen met zich brengen. Indien de rechter partijen doorverwijst naar een mediator en een van beide of beide partijen hierin eigenlijk geen heil zien, zal dit betekenen dat partijen onvrijwillig kosten maken. Dit zal er ook toe kunnen leiden dat nog voorafgaande aan de mediation een geschil ontstaat over de (verdeling van de) kosten.

Van een financieel nadelig effect zal zeker sprake zijn als de rechter doorverwijst naar mediation en deze mislukt. In die gevallen leidt mediation tot onnodige vertraging en extra kosten voor eiser en gedaagde/verzoeker en verweerder.⁸⁰ Deze kosten komen bovenop de reeds gemaakte of nog te maken kosten voor juridische bijstand. Ook voor

⁷⁹ Memorie van toelichting, §1.

⁸⁰ Vergelijk in dezelfde zin de reactie van het Verbond van verzekeraars op de internetconsultatie, brief van 23 mei 2013 en de Raad voor de rechtspraak, 25 januari 2012, reactie op Initiatiefnota wettelijke verankering mediation, blz. 2-3.

de rechtspraak zal mediation zonder volledige overeenstemming extra kosten opleveren.⁸¹ Daarbij is de verwachting gerechtvaardigd dat de voorgestelde drang en dwang vanwege de daarmee gepaard gaande mogelijkheid van onvrijwillige deelname zal leiden tot een afname van het slagingspercentage van mediation, en daarmee van een verminderde efficiëntie van het middel.⁸²

3.6 Kosten van mediation

Zoals ook is verwoord in overweging 6 van de preambule van de mediationrichtlijn, mag worden verwacht dat mediation in veruit de meeste gevallen kosteneffectiever zal zijn dan een juridische procedure, zowel voor partijen als voor de overheid. Dit neemt niet weg dat een mediation kosten meebrengt en een hoog gekwalificeerde (register)mediator inderdaad een professioneel tarief in rekening zal brengen dat in de richting kan gaan van door een advocaat gehanteerde tarieven. Daarbij mag echter niet uit het oog verloren worden dat in een juridische procedure twee advocaten zullen moeten worden ingeschakeld en in geval van een mediator in de Nederlandse praktijk een mediation veelal zonder bijstand van advocaten wordt doorlopen. In geval van mediation hoeven partijen dus veelal alleen het honorarium van de mediator te betalen. Wanneer zij onder het bereik van de Wet op de rechtsbijstand vallen, kunnen zij bovendien in aanmerking komen voor een mediationtoevoeging. Daarnaast zal – in vergelijking met mediation – aan een gerechtelijke procedure door de vele formele voorschriften vrijwel in alle gevallen aanzienlijk meer uren door professionele dienstverleners en anderen moeten worden besteed, nog los van de (overige) kosten die de gerechtelijke procedure meebrengt voor zowel de rechterlijke macht als partijen zelf (o.a. griffierechten).

3.7 Conclusie

Gelet op het bovenstaande staat naar het oordeel van de Afdeling de opportuniteit van de voorgestelde regulering van mediation onvoldoende vast. Een draagkrachtige motivering van de noodzaak en een toereikende beschrijving en analyse van de voor- én nadelen van de voorstellen ontbreken. Voorts is te verwachten dat de voorstellen juridiserend zullen werken en werkt mediation in elk geval waar deze mislukt, kostenverhogend. De voorstellen hebben bovendien een nadelig effect op de vrijwilligheid van partijen en raken aan daarmee aan de toegang tot de rechter. Gegeven het ontbreken van een toereikende motivering van de noodzaak en verwachte effecten van de voorstellen ziet de Afdeling voor een zodanige beperking onvoldoende grond. De Afdeling adviseert de voorstellen in het licht van het bovenstaande te heroverwegen.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

3.7 Conclusie

Gelet op het voorgaande, bestaat de overtuiging dat de voorliggende voorstellen, met name in onderlinge samenhang bezien, ertoe leiden dat mediation door de partijen in een conflict veel vaker dan thans zal worden gekozen als eerste en volwaardige mogelijkheid om tot een oplossing te

⁸¹ M. Gerritsen, J. Weda, J. Poort, *Mediation naast rechtspraak: Kosten en doorlooptijden*, Raad voor rechtspraak Research Memoranda 2009 – nr 3, blz. 40–41.

⁸² Zie A. de Roo en R. Jagtenberg, *Europese mediationpraktijken*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2004, blz. 86–87 en de Raad voor de rechtspraak, 25 januari 2012, reactie op Initiatiefnota wettelijke verankering mediation, blz. 2–3.

komen. Dit draagt bij aan de slagingskracht van mediation en de efficiënte, effectieve en definitieve oplossing van geschillen. Indien een mediation deels of geheel niet zou slagen, staat voor partijen de weg naar de rechter open om beslissingen te nemen. De initiatiefnemer gaat ervan uit dat de beschikbaarheid van de weg naar de rechter binnen een mediation in vrijwel alle gevallen waarin partijen niet zelf tot (volledige) overeenstemming kunnen komen, ertoe zal leiden dat alsnog tot oplossingen wordt gekomen zonder dat de mediation behoeft te worden beëindigd.

4. Het begrip mediation

De toelichting merkt op dat «mediation» een containerbegrip aan het worden is, een vlag waaronder allerlei uiteenlopende diensten worden aangeboden.⁸³ Toch is er bewust van afgezien om een zelfstandige definitie van de begrippen mediator en mediation op te nemen omdat deze begrippen in de praktijk een zeer ruime interpretatie kennen en onvoldoende omljnd zijn om ze als zodanig te kunnen specificeren, aldus de toelichting.⁸⁴

De toelichting zelf maakt op verschillende plaatsen nauwelijks onderscheid tussen de toepassing van «mediationvaardigheden» en mediation. Tegelijkertijd vallen allerlei in de praktijk voorkomende vormen van mediation niet onder het bereik van de voorgestelde regelingen; eenieder mag (blijven) bemiddelen in geschillen en mag zich bemiddelaar of mediator noemen, zonder specifieke vooropleiding of ervaring. Echter, wanneer men op basis van een toevoeging op grond van de Wet op de rechtsbijstand gebruik wenst te maken van een mediator, dient men op grond van de voorstellen gebruik te maken van een registermediator.⁸⁵ Ook anderszins heeft de registermediator in de voorstellen een bevoorrechte positie. Bestuursorganen zijn verplicht gebruik te maken van een registermediator en rechters zullen zowel in het burgerlijk recht als in het bestuursrecht naar een registermediator moeten verwijzen. Voorts kunnen bepaalde geschillen door een registermediator aanhangig worden gemaakt.

Het niet definiëren van het begrip mediation roept de vraag op of hiermee de doelstelling van de voorstellen, kort samengevat: het bieden van duidelijkheid, wel wordt bereikt. Het niet definiëren heeft als consequentie dat het toepassingsbereik van de wet onduidelijk blijft. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de afnameplicht door bestuursorganen. Bestuursorganen zijn ingevolge de voorstellen wel verplicht gebruik te maken van een registermediator, maar zij laten volledig open voor welke activiteiten deze verplichting geldt. Hierdoor zou eenvoudig aan de verplichting tot gebruikmaking van een registermediator kunnen worden voorbijgegaan door een activiteit aan te merken als iets anders dan mediation teneinde daarmee de genoemde verplichting buiten toepassing te kunnen laten.⁸⁶

De Afdeling merkt op dat de wet, nu al, verschillende definities kent van het begrip mediation. De wet op de rechtsbijstand hanteert de volgende definitie, die door de voorstellen in stand worden gelaten: Mediation is «het bemiddelen in een geschil waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige de onderhandelingen tussen de rechtzoekende en zijn wederpartij

⁸³ Memorie van toelichting, §1.

⁸⁴ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting op de Wet registermediator, artikel 1 (begripsbepaling).

⁸⁵ Memorie van toelichting, §6.1.

⁸⁶ Artikel 23, eerste lid, aanhef, van het voorstel van Wet registermediator stelt: De volgende diensten, organen en instanties maken uitsluitend gebruik van registermediators:.

*begeleid teneinde vanuit hun werkelijke belangen tot gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale resultaten te komen».*⁸⁷ De wet ter implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG definieert mediation als «een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een mediator hun geschil te schikken».⁸⁸ Hoewel beide definities weinig omljnd zijn,⁸⁹ bieden zij wel aanknopingspunten voor een zekere begrenzing van het toepassingsbereik van een wettelijke regeling. De Afdeling acht het bieden van een definitie voorsnog dan ook mogelijk en wenselijk.

De Afdeling adviseert het begrip mediation in de voorstellen te definiëren.

4. Het begrip mediation

In de voorliggende wetsvoorstellen was er aanvankelijk voor gekozen om geen zelfstandige definitie op te nemen van de termen «mediator» en «mediation». Hiervoor was onder meer gekozen omdat deze termen in de praktijk een zeer ruime interpretatie kennen en onvoldoende omljnd zijn om ze als zodanig te kunnen specificeren. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is er, om duidelijkheid over het te hanteren begrip te scheppen, alsnog voor gekozen een definitie van het begrip «mediation» op te nemen in artikel 1 van de Wet registermediator. De memorie van toelichting is dienovereenkomstig aangepast. Ter voorkoming van enig misverstand zij nog benadrukt dat de wetsvoorstellen niet verder beogen te gaan dan nodig is om het gebruik van mediation verder te stimuleren. De wetsvoorstellen laten daarbuiten tal van vormen van mediation, zoals buurtbemiddeling, ongeregeerd. Om het onderscheid evenwel duidelijk te maken tussen enerzijds de wel geregeerde vormen van mediation en mediator en anderzijds de niet geregelde vormen, kiezen de wetsvoorstellen voor de volgende oplossing. Wettelijke kwaliteitscriteria worden gesteld aan een ieder die in het register wenst te worden opgenomen. Een geregistreerde mag zich bedienen van de wettelijk beschermde titel «registermediator». Dit maakt het voor een ieder volstrekt duidelijk wie al dan niet onder de werking van de wetsvoorstellen valt; het raadplegen van het register is daartoe voldoende. Voorts is voor de toepassing van de wettelijke regeling van belang dat er sprake is van een mediationovereenkomst als bedoeld in artikel 424a Boek 7 BW. Om van een dergelijke overeenkomst te kunnen spreken, moet er sprake zijn van de betrokkenheid van een registermediator. Door de koppeling van de begrippen «registermediator» en «mediationovereenkomst» wordt gezorgd voor de heldere afbakening van mediations en mediators die wel respectievelijk niet onder de werking van de wetsvoorstellen vallen.

II. OPMERKINGEN PER WETSVOORSTEL

A. Wet registermediator

A.1 De interne mediator

De Belastingdienst maakt gebruik van interne mediators die in dienst zijn van de Belastingdienst. De initiatiefnemer wenst deze bestaande praktijk over te nemen. Deze interne mediators zullen in de toekomst interne registermediators moeten worden. De Afdeling onderkent dat toepassing van interne mediators voordelen kan hebben: de mediator is ter zake

⁸⁷ Artikel 1, eerste lid, Wet op de rechtsbijstand.

⁸⁸ Artikel 1 Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

⁸⁹ Zie ook Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 4, blz. 2.

kundig, is voor de burger kosteloos en heeft doorgaans voldoende praktijkervaring. De Afdeling wijst er echter op dat een belangrijk uitgangspunt bij mediation is dat de mediator optreedt als onpartijdige, neutrale derde. In beginsel staat de mediator los van de partijen in de mediation. De Afdeling merkt op dat het gebruik van interne mediators op gespannen voet staat met de noodzakelijkerwijs te eisen onafhankelijkheid van de mediator. In elk geval heeft de interne mediator de schijn tegen. In de toelichting wordt aan dit aspect geen aandacht besteed.

De Afdeling merkt in dit verband nog het volgende op. In het voorgestelde artikel 21 van de Wet registermediator staat dat de registermediator te allen tijde zijn onafhankelijkheid, onpartijdigheid en neutraliteit handhaaft. Deze bepaling kan aldus worden uitgelegd dat de figuur van de interne mediator niet tot de mogelijkheden behoort, omdat de interne mediator niet voldoende onafhankelijk is en daarom niet aan de wettelijke vereisten kan voldoen. De toelichting biedt immers geen duidelijkheid over de verhouding van deze eisen tot de positie van de interne mediator die in dienst is van één van de partijen. Dit geldt voor de interne mediators bij de Belastingdienst, maar tevens voor de interne mediators die werkzaam zijn bij gemeenten en andere bestuursorganen. Zo is ook niet duidelijk of met het voorstel de bestaande praktijk van het gebruik van interne mediators door de Douane zal kunnen worden gecontinueerd.⁹⁰

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de onafhankelijkheid van de interne mediator en op de positie van de interne mediator, bijvoorbeeld bij de gemeenten en in de sfeer van de Douane, in verhouding tot de voorgestelde wettelijke eisen van artikel 21 van de Wet registermediator.

A.1 De interne mediator

Het verheugt de initiatiefnemer dat ook de Afdeling onderkent dat de inzet van interne mediators, bij bijvoorbeeld de Belastingdienst, voordelen biedt: de mediator is ter zake kundig, de dienstverlening is voor de burger kosteloos en betrokkene kan veelal bogen op een ruime praktijkervaring. Terecht vraagt de Afdeling aandacht voor de vereiste onafhankelijkheid van de mediators. In artikel 21, eerste lid, wordt dan ook aangegeven dat de registermediator zijn onafhankelijkheid, onpartijdigheid en neutraliteit te allen tijde handhaaft. Het in acht nemen van onafhankelijkheid, neutraliteit en onpartijdigheid is zodanig elementair voor de goede werking van het instrument mediation, dat een en ander als kernwaarde op wetsniveau dient te worden vastgelegd. Ook de interne mediator dient zich hieraan te houden, ook wanneer dit wellicht niet rechtstreeks in het belang van diens werkgever zou zijn.⁹¹

Een dergelijke positie voor een mediator is niet uniek. Ook van een advocaat wordt bijvoorbeeld een onafhankelijke opstelling verlangd. Bij de advocatuur is de figuur van de interne advocaat (in house lawyer, advocaat in loondienst, «Cohenadvocaat») al langere tijd bekend. In beroepsregels voor de advocatuur zijn normen neergelegd die de waarborgen scheppen dat ook deze groep advocaten de beroepsmatig vereiste onafhankelijkheid kan handhaven (Verordening op de praktijkuit-

⁹⁰ Voor de Belastingdienst/niet-Douane blijft het gebruik van interne mediators – impliciet – mogelijk ingevolge het formele recht van het voorgestelde Hoofdstuk IV B (Mediation) van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR). Het formele recht voor de Belastingdienst/Douane is echter niet opgenomen in de AWR maar – naast de Algemene wet bestuursrecht – in de Algemene douanewet.

⁹¹ F. Kousen, *Interne Mediation*, in: G. Frerks (e.a.) red., *Mediation is volwassen!*, Maklu Uitgevers: Antwerpen/Apeldoorn 2008, p. 63–76.

oefening in dienstbetrekking). Het stelt hen in staat om in voorkomende gevallen intern een opstelling te kiezen die wellicht niet in het directe belang van de eigen werkgever is. Om die positie te verzekeren, ondertekenen de betrokken advocaat en diens werkgever een zogenoemd professioneel statuut, waarin de werkgever onder meer verklaart dat de betrokken advocaat diens beroep in vrijheid en onafhankelijkheid kan uitoefenen, krachtens de voor de advocaat geldende beroeps- en gedragsregels. Een dergelijk professioneel statuut is ook in het geval van de interne registermediator zeer wel denkbaar en leent zich voor nadere uitwerking in de praktijk. Voorop staat evenwel te allen tijde dat de betrokken registermediator zijn dienstverlening als mediator moet uitoefenen conform de beroeps- en gedragsregels, waarvan de in artikel 21, eerste lid, van de wet gestelde norm een kern vormt. Wanneer de registermediator bij zijn dienstverlening hier niet toe in staat is, om welke reden dan ook, zal hij de mediationopdracht moeten teruggeven aan partijen. Een registermediator die de in artikel 21, eerste lid, vastgelegde norm niet naleeft, kan daarop tuchtrechtelijk worden aangesproken en in uiterste geval op die grond uit het register worden geschrapt. In het licht van het voorgaande ziet de initiatiefnemer de figuur van de interne mediator niet op gespannen voet staan met de van de registermediator vereiste onafhankelijkheid. In dit verband zij voorts verwezen naar de uitspraak van de Hoge Raad van 15 maart 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY6101), waaruit blijkt dat ook aan een advocaat in loondienst een verschoningsrecht toekomt. De Hoge Raad heeft hierin overwogen dat er, gezien de waarborgen die in Nederland omtrent de wijze van praktijkuitoefening van advocaten in dienstbetrekking bestaan, geen grond is om aan een advocaat het verschoningsrecht te onttrekken op grond van het enkele feit dat hij in dienstbetrekking werkzaam is (r.o. 5.5). Aangezien een verschoningsrecht alleen kan toekomen aan een beroepsbeoefenaar die zich onafhankelijk kan opstellen, volgt uit deze uitspraak dat het enkele feit dat een beroepsbeoefenaar in dienstbetrekking werkzaam is, niet kan worden afgeleid dat betrokkene zich niet onafhankelijk zou kunnen opstellen.

De Belastingdienst heeft een statuut opgesteld en van kracht verklaard voor de interne mediator overeenkomstig het model van het NMI. Daarin is onder andere opgenomen dat (i) de interne mediator voor de uitvoering, het verloop en het resultaat van de individuele mediation geen verantwoording verschuldigd is aan de werkgever, (ii) de werkgever en de interne mediator voorkomen dat er strijdige belangen ontstaan tussen de werkzaamheden van de interne mediator in die hoedanigheid en enige andere werkzaamheid voor de werkgever, en (iii) de werkgever de interne mediator niet benadeelt in zijn positie als werknemer op grond van zijn professionele aanpak als mediator. Het kan zijn dat de belastingplichtige of zijn adviseur de voorkeur geeft aan een externe mediator. In dat geval kan de interne mediator worden vervangen voor een externe mediator. Deze opzet sluit reeds goed aan bij het hierboven bedoelde professioneel statuut dat gehanteerd wordt binnen de advocatuur. De initiatiefnemer deelt dan ook niet de opvatting dat de figuur van de interne mediator niet tot de mogelijkheden behoort, omdat de interne mediator niet voldoende onafhankelijk zou zijn en niet aan de wettelijke vereisten zou kunnen voldoen.

De Afdeling merkt voorts terecht op dat moet worden ingegaan op de positie van de interne mediator bij gemeenten en in de sfeer van de Douane, in verhouding tot de voorgestelde wettelijke eisen van artikel 21 van de Wet registermediator. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is het wetsvoorstel aangepast en is zowel aan de Algemene douanewet als aan de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen een artikel toegevoegd waarbij de regeling voor mediation voorzien voor de belastingheffing van overeenkomstige toepassing wordt verklaard voor

de douane en de toeslagen, nu deze beide rechtsgebieden ook behoren tot het takenpakket van de Belastingdienst. Op de positie van de interne mediator bij de decentrale overheden gaat de initiatiefnemer hierna in onder punt C.4.e.

A.2 De commissie mediation

Het voorstel introduceert een commissie mediation die fungeert als adviesorgaan van de Minister van Veiligheid en Justitie, met als taak inhoudelijke bijdragen te leveren aan het bepalen van de normen en andere regels die voor registermediators hebben te gelden. De toelichting maakt niet duidelijk waarom wordt gekozen voor een wettelijk verankerde commissie. Ook zonder een dergelijke commissie kan de Minister advies inwinnen binnen het mediationveld over voorgenomen besluiten. Hiervoor is een wettelijke verankering overbodig. Daarbij merkt de Afdeling op dat sinds de herziening van het adviesstelsel terughoudendheid wordt betracht met de instelling van nieuwe adviescolleges en adviesverplichtingen.⁹²

De Afdeling adviseert af te zien van de voorgestelde commissie mediation.

A.2 De commissie mediation

Met de commissie mediation, zoals opgenomen in artikel 16 van het wetsvoorstel, wordt voorzien in een vorm van advisering binnen het mediationveld over, onder meer, aan de inschrijving in het register te stellen kwaliteitseisen. Initiatiefnemer acht de verzekerde actieve betrokkenheid vanuit de bestaande mediationpraktijk zodanig van belang, dat een dergelijke opzet niet op voorhand kan worden gelaten aan de Minister van Veiligheid en Justitie, maar dat hiertoe een wettelijke waarborg wordt ingebouwd. In het voorgaande is al aangegeven dat groot belang wordt gehecht aan het zoveel mogelijk voortzetten van de inzet van bestaande mediationorganisaties bij het bevorderen van de kwaliteit en inzet van mediation. Bij deze organisaties is veel ervaring opgebouwd met onder meer het stellen van kwaliteitseisen. Deze kennis mag niet verloren gaan en moet actief worden ingezet bij de bredere toepassing van het instrument mediation. Het wettelijk vastleggen van een commissie mediation biedt deze waarborgen voor kwaliteit en continuïteit. Vanuit het veld van mediationorganisaties is bij initiatiefnemer ook sterk aangedrongen op de invoering van een commissie mediation. Overigens ligt het voor de hand dat de commissie, met name in de beginfase, zoveel mogelijk gebruik maakt van hetgeen er aan ontwikkelde beroepsnormen en kwaliteitskaders al voor handen is. De reeds bestaande mediationorganisaties hebben op dit punt al vele waardevolle documenten ontwikkeld, die de commissie tot de haren kan maken, zodat het wiel niet opnieuw uitgevonden hoeft te worden.

Deze wijze van regeling van de commissie is niet ongebruikelijk. Zo is in het Besluit beëdigde tolken en vertalers in artikel 2 een regeling opgenomen van de commissie beëdigde tolken en vertalers. Met de artikelen 16 en 17 van het wetsvoorstel wordt hierop zoveel mogelijk aangesloten.

⁹² Zie onder meer Kamerstukken II 2001/02, 28 230, nr. 5, blz. 1 en aanwijzingen 123a en 123b Ar.

A.3 Kwaliteitstoetsing

Het voorstel introduceert een aantal gedragseisen en tevens een grondslag voor het vaststellen van toegangseisen en opleidingseisen voor registermediators. Daarnaast introduceert het voorstel een kwaliteits-toetsing bij registermediators.⁹³ Het hiertoe opgenomen artikel is, zo blijkt ook uit de toelichting, overgenomen uit de Wet op het notarisambt.⁹⁴ Binnen de Wet op het notarisambt is deze toetsing gekoppeld aan de door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) te stellen verordeningen betreffende de bevordering van de vakbekwaamheid van de leden en de kwaliteit van de beroepsuitoefening.⁹⁵ De kwaliteitstoetsing betreft in dat geval intercollegiale toetsing. Bij het onderhavige voorstel ontbreekt een soortgelijke grondslag voor het vaststellen van een nadere regeling van de kwaliteit van de beroepsuitoefening. Daardoor ontbreekt een uitgewerkt normstellend kader waarop de kwaliteitstoetsing zal kunnen zijn gebaseerd. Evenmin blijkt wat de consequenties kunnen zijn van een negatieve beoordeling bij de kwaliteitstoetsing. Bij de kwaliteits-toetsing in het notariaat is de ultieme consequentie van de kwaliteits-toetsing een klacht bij de Kamer van Toezicht. Deze mogelijkheid ontbreekt in het voorstel, nu de Minister niet bevoegd is een tuchtrechtelijke klacht in te dienen.

De Afdeling adviseert het voorgestelde systeem van kwaliteitstoetsing nader te bezien.

A.3 Kwaliteitstoetsing

Het klopt dat de in artikel 25 van het wetsvoorstel opgenomen regeling voor de kwaliteitstoetsen is ontleend aan bestaande regelingen voor andere beroepen; niet juist is echter dat de desbetreffende regeling slechts aan de Wet op het notarisambt is ontleend.

Met het inrichten van een systeem van kwaliteitstoetsen wordt voorzien in een vergelijkbaar niveau van inhoudelijke peer review als welke nu al bestaat voor het notariaat en dat met het thans aanhangige wetsvoorstel tot herziening van de Advocatenwet (32 382) wordt ingevoerd. Ook in het in consultatie gebrachte wetsvoorstel tot wijziging van de Gerechtsdeurwaarderswet in verband met de evaluatie van die wet is een bepaling opgenomen over de uitvoering van kwaliteitstoetsen.⁹⁶ Ook het NMI kende een systeem van peer reviews, nu overgenomen door de Stichting Kwaliteit Mediators. Voor wat betreft de registermediators wordt bij deze ontwikkelingen aangesloten.

Het systeem van kwaliteitstoetsen biedt een belangrijke aanvullende waarborg voor het behoud en het versterken van de kwaliteit van beroepsbeoefenaren, hetgeen het vertrouwen van gebruikers van mediationdiensten in registermediators versterkt, en is dan ook een passend instrument in deze wet. In het wetsvoorstel is, anders dan in het geval van de advocatuur en het notariaat, geen grondslag opgenomen voor een verordening van een beroepsorganisatie waarin een uitwerking moet worden gegeven aan het normstellend kader waarop de kwaliteits-toetsing gebaseerd kan worden. Anders dan in het geval van de advocatuur, de gerechtsdeurwaarders en het notariaat is er bij de registermediators, ook na invoering van dit wetsvoorstel, geen sprake van een (publiekrechtelijke) beroepsorganisatie waaraan het opstellen van een

⁹³ Artikel 25 Wet registermediator.

⁹⁴ Memorie van toelichting bij de Wet registermediator, Artikelsgewijze toelichting bij artikel 25.

⁹⁵ Artikel 61a Wet op het notarisambt.

⁹⁶ <http://www.internetconsultatie.nl/gerechtsdeurwaarderswet>.

dergelijke regeling kan worden overgelaten. Dit betekent evenwel niet dat er in het geheel geen grondslag voor of opdracht tot het opstellen van een dergelijk kader is opgenomen in het wetsvoorstel. In artikel 16, tweede lid, onder °5, wordt immers specifiek bepaald dat de commissie mediation is belast met de vormgeving alsmede de uitvoering van de in artikel 25, eerste lid, bedoelde kwaliteitstoetsen.

A.4 Tuchtrechtelijk kader

a. Beperking klachtrecht

Het voorstel beperkt het klachtrecht tot de rechtstreeks bij een mediation betrokken partijen, belangenorganisaties, de werkgever van de registermediator, bestuursorganen die verplicht zijn registermediators te gebruiken en de commissie mediation. Daarmee wordt afgeweken van het uitgangspunt dat bij tuchtrecht eenieder met een voldoende belang een klacht kan indienen. Als reden voor deze beperking van de toegang tot de tuchtrechter verwijst de toelichting naar het feit dat de mediators nog een jonge beroepsgroep betreffen. De Afdeling merkt op dat in de beroepsgroep reeds enige tijd ervaring bestaat met tuchtrecht via de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators. Krachtens het reglement van deze stichting komt het klachtrecht toe aan iedere belanghebbende. De praktijk geeft voor zover bij de Afdeling bekend geen aanleiding voor een meer beperkte regeling. Zonder nadere toelichting blijft onduidelijk waarom het in het voorstel voorziene klachtrecht niet eveneens toe zou kunnen komen aan iedere belanghebbende. Een algemene toegang tot het klachtrecht sluit ook aan bij het kabinetsstandpunt dat ter zake is uitgebracht.⁹⁷

De Afdeling adviseert de beperkte toegang tot de tuchtrechtspraak alsnog dragend te motiveren en zo nodig het voorstel aan te passen.

b. Klachtrecht commissie mediation

Onverminderd hetgeen onder A.2 is opgemerkt ten aanzien van de commissie mediation merkt de Afdeling op dat de toelichting niet ingaat op de reden waarom de commissie een klachtrecht krijgt toegekend. Daardoor blijft onduidelijk op basis waarvan deze adviescommissie in de positie zal zijn om klachten over individuele mediators in te dienen en daarmee op welke wijze de commissie aan haar klachtrecht invulling zal kunnen geven.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

a. Beperking klachtrecht

b. Klachtrecht commissie mediation

Artikel 37 regelt welke personen en instanties een klacht kunnen indienen bij het Tuchtcollege registermediators. Het klopt dat de groep klachtgerechtigden zich niet uitstrekt over eenieder met een voldoende belang om een klacht in te dienen, doch zich beperkt tot de in het eerste lid bedoelde personen en instanties. Het eerste lid beperkt de groep personen en organisaties die een klacht kan indienen. Met deze bepaling wordt bereikt dat de meest gereede partijen zich in voorkomende gevallen tot de tuchtrechter kunnen wenden. Voor een beperking van het klagersbegrip is bewust gekozen omdat het hier gaat een relatief jonge, tot op heden nog niet volledig omlinjende beroepsgroep, die nog niet over de volle breedte ervaring heeft opgedaan met tuchtrecht. Weliswaar kennen organisaties in het mediationveld vaak een vorm van verenigingstuchtrecht, maar er zijn ook vele mediators die geen lid zijn van dergelijke mediationorganisaties,

⁹⁷ Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 61, blz. 4.

en nog geen enkele ervaring hebben met fenomeen tuchtrecht, maar wel voor inschrijving in het register in aanmerking wensen te komen. Beperking tot de in het eerste lid van artikel 37 genoemde personen en instanties houdt het bereik van het tuchtrecht met name in de beginfase van de wettelijke registratie overzichtelijk en verhoogt de acceptatie van het verschijnsel tuchtrecht voor met name de nu nog niet georganiseerde groep van mediators. Op termijn, bijvoorbeeld ter gelegenheid van de evaluatie van deze wet op grond van artikel 56, kan worden gezien of uitbreiding van het klagersbegrip aan de orde is. Het voorkomt bovendien dat het tuchtcollege met name in de beginfase overspoeld wordt met klachten die daar naar hun aard niet thuishoren.

Om te voorkomen dat klachten die wel degelijk thuis horen bij de tuchtrechter buiten boord vallen als gevolg van de in artikel 37 opgenomen beperking van het klagersbegrip, wordt in het eerste lid van dat artikel de commissie mediation expliciet aangewezen als instantie die een klacht kan indienen. Dit past ook bij de taken van de commissie, die zich immers met name dient te richten op het behoud en verbeteren van de kwaliteit van mediators, onder meer door het adviseren over te stellen kwaliteitsnormen. De commissie kan op deze manier voor een deel feitelijk functioneren als de deken in het tuchtrecht voor advocaten. Een ieder kan een klacht over een registermediator onder de aandacht brengen van de commissie, die vervolgens kan bezien of het een klacht betreft die daadwerkelijk thuishoort bij de tuchtrechter, of die wellicht op een andere, efficiëntere manier (bijvoorbeeld door bemiddelen tussen partijen) kan worden afgehandeld. Zodoende kan van een vorm van zeefwerking worden bereikt. De memorie van toelichting is op dit onderdeel aangevuld.

c. Hoogte boete

Registermediators zijn ingevolge het voorstel aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van handelen of nalaten in strijd met een bepaling van de Wet registermediator of met de zorg die zij als registermediator behoren te betrachten en ter zake van handelen of nalaten dat een behoorlijk registermediator niet betaamt.⁹⁸ Een van de sancties die het tuchtcollege bij gegrondverklaring van een klacht kan opleggen is een geldboete van de 4^e categorie (€ 19.500). Ter vergelijking, voor gerechtsdeurwaarders en accountants geldt een boetemogelijkheid van de 3^e categorie (€ 7.800). De hoogte van deze boete wordt in de toelichting niet onderbouwd, noch in verhouding tot andere tuchtrechtspraak, noch in verhouding tot de financiële positie van mediators in vergelijking tot andere aan tuchtrechtspraak onderworpen beroepen.

De Afdeling adviseert de hoogte van de boete nader te motiveren en zo nodig aan te passen.

c. Hoogte boete

Voor wat betreft de maximale hoogte van de boete wordt aangesloten bij de hoogte van deze maatregel in het tuchtrecht voor de advocatuur, het notariaat en de gerechtsdeurwaarders. Voor notarissen geldt nu al dat voor wat betreft de hoogte van de boete wordt aangesloten bij de 4^e categorie, bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht (zie artikel 103a, eerste lid, Wet op het notarisambt). In het thans in het parlement aanhangige wetsvoorstel tot herziening van de Advocatenwet (32 382) wordt in het nieuwe artikel 48aa, eerste lid, eveneens voor die categorie gekozen. In de Wet tot wijziging van de Gerechtsdeurwaarderswet, zoals deze in 2013 in consultatie is gebracht, wordt met artikel 43, zesde lid, van de Gerechtsdeurwaarderswet ook bij die

⁹⁸ Artikel 26 Voorstel van wet registermediator.

categorie aangesloten. Het bepaalde in artikel 48, eerste lid, van het voorliggende wetsvoorstel is hiermee dan ook geheel in lijn.

d. De bekostiging van het tuchtrecht

Het voorstel bepaalt dat de kosten van het tuchtcollege ten laste komen van de begroting van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.⁹⁹ Daarbij kent het voorstel de mogelijkheid om de registermediator te veroordelen in de kosten die in verband met de behandeling van de zaak zijn gemaakt.¹⁰⁰ De toelichting beroept zich voor deze laatste mogelijkheid op het principe «de vervuiler betaalt». De initiatiefnemer wijst daarbij tevens op het preventieve effect van deze maatregel.

De Afdeling onderkent dat in het ontbreken van een publiekrechtelijke beroepsorganisatie aanleiding kan worden gevonden om de kosten primair te laten dragen door de Minister van Veiligheid en Justitie. Een individuele kostenveroordeling ligt daarbij echter niet voor de hand. Gelet op de functie van het tuchtrecht zou eerder overwogen moeten worden de beroepsgroep bij te laten dragen in de toezichtlasten, zoals ook bij andere beroepen waarbij tuchtrecht functioneert, het geval is. Het tuchtrecht dient immers primair ter bewaking van de kwaliteit en de standaard van de beroepsgroep als geheel.¹⁰¹ Het is gezien het collectieve karakter van dat belang redelijk de beroepsgroep als geheel aan de financiering te laten bijdragen.

In het licht van het bovenstaande adviseert de Afdeling de bekostiging van het tuchtrecht en de mogelijkheid van een veroordeling in de kosten van de behandeling van de zaak nader te bezien.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling op dat de toelichting stelt dat de mogelijkheid tot kostenveroordeling wordt beperkt tot die gevallen waarin een schorsing of schrapping is voorgesteld, terwijl dit niet blijkt uit de tekst van het voorstel.

De Afdeling adviseert wat dat betreft tekst en toelichting op elkaar af te stemmen.

d. De bekostiging van het tuchtrecht

Het klopt dat het tuchtrecht primair dient ter bewaking van de kwaliteit en de standaard van de beroepsgroep als geheel. Dit betekent evenwel niet dat de kosten van het tuchtrecht – nog los van de vraag welke partij (overheid of beroepsgroep) primair deze kosten draagt – in alle gevallen en in het geheel voor rekening van een collectief dienen te komen. Met name in het geval van zwaardere tuchtrechtelijke vergrijpen, kan het rechtvaardig zijn om de kosten ten laste te brengen van de individuele beroepsbeoefenaar die in de eerste plaats verantwoordelijk is voor de belasting van het tuchtrechtelijk systeem. De initiatiefnemer staat dan ook duidelijk een systeem van «veroorzaker betaalt» voor. Het wetsvoorstel laat aan de tuchtrechter alle ruimte om te bepalen of en in welke mate een doorberekening van kosten dient plaats te vinden. Daarmee is er voor de praktijk voldoende vrijheid om naar de omstandigheden van het geval te handelen. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling zijn de tekst en toelichting van artikel 50 van het wetsvoorstel beter op elkaar afgestemd.

e. Tuchtrechter en schadevergoeding

In de toelichting wordt niet vermeld of is overwogen te voorzien in de mogelijkheid voor de tuchtrechter om te beslissen over schadeclaims van cliënten jegens de mediator. De Afdeling wijst erop dat er wat betreft het algemene tuchtrecht al sinds 2008 wetgeving op dit punt in het vooruit-

⁹⁹ Artikel 34, eerste lid, Voorstel van wet registermediator.

¹⁰⁰ Artikel 50 Voorstel van wet registermediator.

¹⁰¹ Zie Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 61, blz. 10–11.

zicht wordt gesteld.¹⁰² In de tweede nota van wijziging op het voorstel van wet tot aanpassing van de Advocatenwet, de Wet op de rechtsbijstand en de Wet tarieven in burgerlijke zaken in verband met de positie van de advocatuur in de rechtsorde is eveneens in deze mogelijkheid voorzien.¹⁰³

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel op dit punt aan te vullen.

e. Tuchtrecht en schadevergoeding

Naar aanleiding van dit onderdeel van het advies van de Afdeling is aan artikel 47 van het wetsvoorstel een nieuw negende lid toegevoegd. Het tuchtcollege krijgt hiermee de mogelijkheid om aan de oplegging van een maatregel als bijkomende voorwaarde te verbinden dat de registermediator geheel of gedeeltelijk de door hem veroorzaakte schade vergoedt. Het gaat hierbij slechts om een beperkte schadevergoeding tot een bedrag van maximaal € 5.000. Hiermee kan zoveel mogelijk worden voorkomen dat klagers, naast een tuchtprocedure, ook een civiele procedure tot schadevergoeding moeten doorlopen.

f. Procesrecht tuchtrechtspraak

Het voorgestelde procesrecht is naar het oordeel van de Afdeling onvoldragen. Er is geen regeling opgenomen voor verschoning en wraking. Een terechtzitting is verplicht, ook als er van wordt afgezien om partijen te horen. Er is geen regeling getroffen voor vertegenwoordiging. Evenmin is een regeling getroffen voor het horen van getuigen of deskundigen. Het opstellen van een proces-verbaal van de terechtzitting is niet geregeld en in de regeling wordt niet consequent verwezen naar de kamer die de klacht behandelt.

De Afdeling adviseert voor de procesregeling zo veel mogelijk aan te sluiten bij de regeling voor het procesrecht in de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004.¹⁰⁴

f. Procesrecht tuchtrechtspraak

De mediators vormen een relatief jonge, nog niet scherp omlinnde beroepsgroep. Er is bij verschillende mediationorganisaties de nodige ervaring met verenigingstuchtrecht, maar voor de mediators die nu nog niet bij een dergelijke organisatie zijn aangesloten en wel in aanmerking wensen te komen voor inschrijving als registermediator, is het tuchtrecht mogelijk een geheel nieuw verschijnsel. Voor de acceptatie van het tuchtrecht is het mede daarom dienstig om met name in de beginfase nog niet een volledig uitgewerkt wettelijk tuchtprocesrecht voor deze beroepsgroep in te voeren. Het tucht(proces)recht krijgt daardoor, uiteraard binnen zekere kaders, de nodige ruimte om zich in de praktijk te ontwikkelen en een eigen weg te verkennen. Door in deze fase te volstaan met tuchtprocesrecht op hoofdlijnen wordt onnodige juridisering van dit instrument voorkomen. Ook voor andere wettelijk gereguleerde vrije beroepen die een wettelijk geregeld tuchtrecht kennen, geldt dat het tuchtprocesrecht niet reeds bij de invoering geheel was uitgekristalliseerd.

Er is dus bewust voor gekozen in het wetsvoorstel de voornaamste elementen van een regeling van het tuchtprocesrecht op te nemen, waarbij vanzelfsprekend is gekeken naar de regeling daarvan voor de diverse andere beroepsgroepen. De nu voorliggende regeling vormt daarvan als het ware de grootste gemene deler. Voor het zoveel mogelijk aansluiten bij de regeling van het tuchtprocesrecht in Wet tuchtrecht-

¹⁰² Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 61, blz. 7.

¹⁰³ Kamerstukken II 2011/12, 32 382, nr. 10, blz. 23, voorgestelde wijziging op artikel 48b.

¹⁰⁴ Overeenkomstig het voornemen om te komen tot een harmonisatie van het tuchtprocesrecht, zie Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 61, blz. 5.

spraak bedrijfsorganisatie 2004 is niet gekozen, omdat dit ertoe zou leiden dat het tuchtprocesrecht rees op voorhand te zeer wordt ingevuld. Nu al beslaat het tuchtrecht ongeveer de helft van het wetsvoorstel. Het nog verder uitbreiden ervan in deze fase zou ten onrechte de indruk kunnen wekken dat het tuchtrecht – hoewel dit wel een belangrijk element van de regeling vormt – de centrale doelstelling is van de regeling van het beroep van registermediator. Dit wetsvoorstel ziet primair op het bevorderen van de kwaliteit van registermediators en de door hen aangeboden mediation-diensten, onder meer door het stellen van opleidingseisen. Het tuchtrecht fungeert daarbij als sluitstuk, niet als uitgangspunt.

Ter gelegenheid van de evaluatie van de wet kan worden gezien of uitbreiding van de wettelijke regeling van het tuchtprocesrecht aan de orde is. Tot die tijd biedt dit wetsvoorstel aan het tuchtcollege voldoende vrijheid tot nadere invulling van het procesrecht, onder meer ten aanzien van de hoor en wederhoor van partijen en het horen van getuigen. Hieraan kan in een door het tuchtcollege op te stellen procesreglement, dat op basis van praktijkervaringen relatief snel en eenvoudig kan worden aangepast, uitwerking worden gegeven.

A.5 Een suggestie voor een algemene maatregel van bestuur

De initiatiefnemer heeft als bijlage bij de memorie van toelichting bij het voorstel van Wet registermediator een suggestie gevoegd voor een algemene maatregel van bestuur (AMvB) op grond van die wet. De Afdeling merkt op dat de inhoud van deze bijlage, hoewel verhelderend omtrent de bedoelingen van de initiatiefnemer, de AMvB-wetgever niet bindt in haar regelgevende bevoegdheden. Indien de initiatiefnemer of de Tweede Kamer onderdelen die zijn opgenomen in deze bijlage van wezenlijk belang achten, dan is de geëigende weg voorwaarden te verbinden aan de delegatie omtrent deze onderwerpen, of om het onderwerp uitputtend in de wet zelf te regelen.

Voor de toetsing door de Afdeling geldt dat zij de bijlage wel betreft bij de beoordeling van het wetsvoorstel, maar de in de bijlage opgenomen AMvB zelf niet toetst. De Afdeling acht zich bij de beoordeling van een in de toekomst mogelijk aan haar voor te leggen AMvB dan ook niet gebonden aan het thans voorgelegde ontwerp.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de beperkte betekenis van de suggestie voor een AMvB en het voorstel waar nodig aan te vullen.

A.5 Een suggestie voor een algemene maatregel van bestuur

Het is initiatiefnemer bekend dat de door hem opgestelde suggestie voor een AMvB de regering niet bindt. Uit de suggestie spreekt evenwel een visie ten aanzien van, onder meer, de kwaliteitscriteria die aan registermediators dienen te worden gesteld. Door een en ander op te nemen in een suggestie voor een AMvB wordt de mogelijkheid geboden om reeds bij de behandeling van het wetsvoorstel in het parlement kennis te nemen van het door initiatiefnemer voorgestane integrale kader van normen dat dient te gelden voor registermediators. De aard van de materie laat het niet goed toe om de in de suggestie voor de AMvB opgenomen bepalingen uitputtend te regelen op het niveau van formele wet. Het is wenselijk dat de aan registermediators te stellen eisen relatief snel kunnen worden aangepast aan ontwikkelingen, onder meer om te voorkomen dat de kwaliteitsnormering krachtens de wet achterblijft bij moderne praktijkstandaarden. Terecht stelt de Afdeling zich niet gebonden te achten aan de beoordeling van de AMvB in de toekomst. Dat is, zoals hierboven toegelicht, ook niet de strekking van het als bijlage bij de memorie van

toelichting voegen van de suggestie. Zowel de regering als de Afdeling zullen zich in een latere fase van het wetgevingsproces, ieder vanuit de eigen verantwoordelijkheden en taken, over een AMvB krachtens dit wetsvoorstel moeten buigen.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is een bepaling in het wetsvoorstel opgenomen (artikel 53) op grond waarvan voor de algemene maatregel van bestuur op de relevante onderdelen een voorhangprocedure geldt.

B. Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht

B.1 Mediation als alternatief voor rechtspraak

Het voorstel beoogt duidelijk te maken in welke gevallen mediation als daadwerkelijk volwaardig alternatief voor rechtspraak kan worden gezien. Door het expliciteren van de mogelijkheid van doorverwijzing naar mediation door de rechter en door het verplicht motiveren van al dan niet gebruik van mediation beoogt de initiatiefnemer het concept van «vanzelfsprekende mediation» ingang te doen vinden, aldus de toelichting.¹⁰⁵ Het wetsvoorstel bevordering van mediation in het burgerlijk recht bevat daartoe de volgende onderdelen:

- Bij specifiek aangeduide geschillen dient de rechter uit te gaan van het vermoeden dat zij zich lenen om opgelost te worden door mediation.¹⁰⁶*
- Bij diezelfde geschillen zijn partijen verplicht in de dagvaarding of het verzoekschrift op te nemen waarom mediation niet is toegepast, voor zover dit niet het geval is.¹⁰⁷*

De toelichting stelt dat mediation in het bijzonder geschikt is voor alle conflicten tussen natuurlijke en rechtspersonen waarbij de oorzaak – mede – gevonden wordt in «relationele dimensies». Het voorstel operationaliseert dit criterium voor het burgerlijk recht door middel van een (zeer) uitgebreide opsomming van geschillen.¹⁰⁸ Deze opsomming is niet uitputtend bedoeld. In ieder geval zal de rechter in al de opgesomde geschillen uit dienen te gaan van het vermoeden dat het geschil zich leent voor mediation en zullen partijen dienen te vermelden of en zo nee, waarom mediation niet is toegepast.

¹⁰⁵ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting op artikel 22a.

¹⁰⁶ Voorgesteld artikel 22a, eerste lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

¹⁰⁷ Voorgesteld artikel 111, tweede lid, onderdeel m en artikel 278, tweede lid Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

¹⁰⁸ Artikel 22a noemt daartoe geschillen – al dan niet voortvloeiend uit of verband houdend met een overeenkomst – tussen echtgenoten, geregistreerde partners, ongehuwd samenlevenden, aandeelhouders, bestuurders en vennootschappen, commissarissen, toezicht-houders en bestuurders, medezeggenschapsorganen en bestuurders, vakbonden en bestuurders, vennoten, deelgenoten in een gemeenschap, een hypotheek- of pandgever en een hypotheek- of pandnemer, gerechtigden in een nalatenschap, eigenaars en zakelijk gerechtigden, burens, schuldeiser en schuldenaar, verkoper en koper, kredietgever en kredietnemer, schenker en begiftigde, verhuurder en huurder, verpachter en pachter, opdrachtgever en opdrachtnemer, partijen bij een mediationovereenkomst, partijen bij een geneeskundige behandelingsovereenkomst en andere overeenkomsten binnen de zorg, partijen bij een reisovereenkomst, werkgever en werknemer, aannemer en opdrachtgever, borg en schuldeiser, partijen bij een vaststellingsovereenkomst, verzekeraar en verzekeringnemer, partijen bij een overeenkomst van geldlening, partijen bij een vervoersovereenkomst, partijen bij een overeenkomst betreffende intellectuele eigendom, tussen een natuurlijke persoon en een rechtspersoon en civielrechtelijke geschillen die voortvloeien uit of verband houden met een duurovereenkomst in algemene zin. De Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders concludeerde reeds dat feitelijk vrijwel elke zaak hiermee wordt vermoed vatbaar te zijn voor mediation.

Reeds in de consultatiefase is opgemerkt dat vrijwel ieder geschil een relationele dimensie kent.¹⁰⁹ Hierdoor rijst de vraag of dit criterium wel geschikt is. De toelichting gaat hier onvoldoende op in. Hoewel het «met elkaar verder moeten» één van de factoren is die van belang zijn voor de vraag of mediation aangewezen kan zijn,¹¹⁰ blijkt uit onderzoek dat het vrijwel onmogelijk is om op basis van het type zaak criteria op te stellen die kunnen voorspellen of mediation succesvol zal zijn.¹¹¹ Partijgebonden kenmerken, zoals onderhandelingsbereidheid en escalatiegraad, maar ook de onderhandelingsruimte van partijen, de gelijkwaardigheid van partijen en het vertrouwen van partijen in de bemiddelaar blijken bepalend te zijn voor het resultaat.¹¹² Het criterium «geschillen met een relationele dimensie» en de daaraan gekoppelde opsomming van geschillen is derhalve ontoereikend.

Het gevolg is dat in een groot aantal gevallen waarin mediation niet aangewezen is, de verplichting zal bestaan om aandacht te besteden aan de vraag waarom niet is gekozen voor mediation dan wel de rechter verplicht zal zijn uit te gaan van het vermoeden dat mediation wel is aangewezen. Dit levert de rechter en partijen wanneer zij deze verplichting serieus nemen veel werk op dat in de praktijk in veel gevallen niet tot concrete resultaten zal leiden. Dit geldt te meer voor de motiveringsplicht in dagvaardingen die worden uitgebracht voor hoger beroep of cassatie.¹¹³ Dat deze (te) brede motiverings- en doorverwijzingsverplichting zal leiden tot de door de initiatiefnemer gewenste «vanzelfsprekende mediation» is mede in dat licht bezien twijfelachtig. Juist het te brede bereik van de voorgestelde verplichtingen zal kunnen leiden tot een «vanzelfsprekend afvinken», waarbij met een standaardformulering aan de motiveringsplicht zal worden voldaan. Daarmee zou het voorstel zijn doel voorbij schieten.

De Afdeling adviseert de gevallen waarin op voorhand valt vast te stellen dat mediation naar alle waarschijnlijkheid zinvol zal zijn nader te onderzoeken en slechts voor zover een heldere afbakening van die gevallen mogelijk is, te voorzien in motiverings- en verwijzingsverplichtingen.

B.2 Beperking van toegang tot de rechter

Ingevolge het voorstel dient de rechter uit te gaan van het vermoeden dat specifieke geschillen zich lenen om opgelost te worden door mediation. De toelichting stelt over de consequentie van zo'n vermoeden: «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.»¹¹⁴ Onverminderd hetgeen de Afdeling in het algemeen deel omtrent de noodzaak en effectiviteit van deze maatregel heeft opgemerkt,

¹⁰⁹ Zie Raad voor de rechtspraak, 26 juni 2013, wetsadvisering concept initiatiefwetsvoorstellen Mediation, blz. 6 en de reactie bij de internetconsultatie van F. Vermeulen en P. Olden namens NautaDutilh N.V. van 22 mei 2013.

¹¹⁰ M. Guiaux, F. Zwenk, M. Tumewu, Mediation Monitor 2005–2008, Eindrapport, WODC Cahier 2009–9.

¹¹¹ W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, Uitgebalanceerd, eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2009, blz. 41, zie ook: A. de Roo en R. Jagtenberg, Europese mediationpraktijken, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2004, blz. 84.

¹¹² M. Pel, Professioneel verwijzen naar mediation in: A. Brenninkmeijer e.a. (red.) Handboek Mediation, Sdu uitgevers, Den Haag 2013, blz. 381 & Platform ADR, *Conflictbemiddeling, eindrapport van het platform ADR*, Den Haag, december 1998, blz. 60.

¹¹³ Op grond van de artikelen 343, 385 en 407 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gelden de eisen die worden gesteld aan de dagvaarding in eerste aanleg ook voor de dagvaarding in hoger beroep, herroeping en cassatie.

¹¹⁴ Memorie van toelichting, §7.

wijst de Afdeling erop dat artikel 17 van de Grondwet stelt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Dit brengt met zich dat een beperking van de toegang tot de rechter, zoals hier aan de orde, dient te berusten op een wettelijke grondslag. Dit betekent dat in de wet geregeld dient te worden dat de rechter partijen niet-ontvankelijk kan verklaren op de grond dat ten onrechte niet is overwogen om mediation toe te passen. Een enkele daartoe strekkende opmerking in de memorie van toelichting is hiervoor onvoldoende.

De Afdeling adviseert om – onverminderd hetgeen zij in paragraaf 3 van het algemeen deel heeft opgemerkt – het wetsvoorstel in bovengenoemde zin aan te passen.

B.3 Gevolgen van een mediationclausule

Het voorgestelde artikel 22a, tweede lid, bepaalt dat als partijen zijn overeengekomen mediation toe te passen, de rechter bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt de behandeling van de zaak aanhoudt indien geen uitvoering is gegeven aan dat beding. De behandeling van de zaak wordt voortgezet nadat partijen de rechter hebben meegedeeld dat de mediation na de aanvang daarvan zonder overeenstemming is beëindigd.

De toelichting gaat onvoldoende in op de mogelijke effecten van deze verplichting. Waar één van de partijen onwillig is om langs mediation tot een oplossing te komen, is waarschijnlijk dat de voorgestelde verplichting enkel leidt tot een nodeloze vertraging van de procedure. In dat licht roept de regeling de vraag op waarom niet wordt gekozen voor een facultatieve bepaling, waarbij de rechter de mogelijkheid krijgt om de behandeling van de zaak op te schorten dan wel de behandeling van de zaak voort te zetten.

De Afdeling adviseert de keuze voor een verplichte opschorting dragend te motiveren en zo nodig het voorstel aan te passen.

B.1 Mediation als alternatief voor rechtspraak

B.2 Beperking van toegang tot de rechter

B.3 Gevolgen van een mediationclausule

De Afdeling stelt dat vrijwel ieder geschil een relationele dimensie kent. De juistheid van die stelling kan in het midden worden gelaten. De met dit wetsvoorstel in artikel 22a Rv op te nemen geschillen kennen in elk geval wel een relationele dimensie en lenen zich naar het oordeel van de initiatiefnemer voor mediation. Gezien het feit dat deze opsomming niet uitputtend is bedoeld, kunnen ook er ook andere geschillen zijn met een relationele dimensie die in beginsel geschikt zijn voor mediation en dus onder het bereik van dit artikel vallen. Het is derhalve niet zo dat op grond van het enkele feit dat een categorie geschillen niet met zoveel woorden wordt genoemd in het onderhavige artikel de rechtstreekse toegang tot de rechter gegeven is.

De initiatiefnemer hecht aan het handhaven van de in dit artikel opgenomen opsomming omdat daarmee duidelijkheid wordt gegeven over welke categorieën geschillen zich in elk geval lenen voor mediation. Het benoemen van deze categorieën in de wet zelf in plaats van in de memorie van toelichting heeft bovendien een juridisch ander gewicht. Wettelijke regeling ervan draagt er voorts sterk toe bij dat een en ander

gaat leven in de praktijk, hetgeen met dit wetsvoorstel vanzelfsprekend wordt beoogd.

Zoals de Afdeling terecht opmerkt, zal het voorkomen dat er in de ene zaak eerder sprake is van een bij voorbaat zeer grote kans op een succesvolle mediation dan bij de andere, omdat er een grote onderhandelingsbereidheid bestaat bij de betrokken partijen, zij veel onderhandelingsruimte hebben, er nog geen sterke escalatie heeft plaatsgevonden, de partijen gelijkwaardig zijn en zij ook nog eens veel vertrouwen hebben in de mediator. Indien echter een of meer van deze factoren ontbreken in een zaak, staat daarmee op voorhand nog zeker niet vast dat een mediation niet succesvol zal verlopen. Met name de reeds ervaren mediators die in het nieuwe wettelijke register worden opgenomen, kunnen ook in relatief ingewikkelde zaken met betrokken partijen tot goede resultaten komen. Indien in zaken met een hoge moeilijkheidsgraad zou blijken dat de tussenkomst van een rechter eerder gewenst is, staat daartoe – binnen het kader van de mediation – de door de voorstellen tevens gecreëerde bijzondere rechtsgang ter beschikking. Juist deze multidisciplinaire benadering kan ook ingewikkelde mediations alsnog tot een goed einde brengen

De voorstellen vergen van partijen en hun advocaten of adviseurs in het algemeen een aanmerkelijk grotere inspanning dan thans het geval is om met behulp van mediation tot een oplossing voor hun geschillen te komen. Initiatiefnemer staat in dit verband uiteindelijk niets minder dan een paradigmaverschuiving voor ogen waardoor een situatie ontstaat waarin partijen en hun adviseurs het vanzelfsprekend vinden om in een mediation tot oplossingen voor hun geschillen te komen, daarbij indien nodig geholpen door de genoemde bijzondere rechtsgang en waarbij partijen een gang naar de rechter als uitzondering zien. Binnen dit nieuwe kader is het niet (meer) vanzelfsprekend om ervan uit te gaan dat factoren die een mediation op het eerste gezicht minder eenvoudig maken, de facto ook in de weg zouden staan aan het slagen van mediation. De initiatiefnemer is van mening dat de door hem voorgestane cultuurverandering gerealiseerd kan worden, juist omdat partijen en hun adviseurs zullen inzien dat zij veel te winnen hebben bij mediation. Voor een praktijk van het afvinken van lijstjes, zoals de Afdeling beschrijft, wordt dan ook niet gevreesd.

Het vorenstaande is a fortiori aan de orde waar het betreft de in de voorstellen opgenomen bepalingen omtrent de in een overeenkomst opgenomen mediationclausule. De initiatiefnemer beoogt met de desbetreffende regeling een breuk met de huidige jurisprudentie op dit punt te bereiken. Juist omdat partijen in een dergelijke situatie er geheel vrijwillig voor hebben gekozen om een mediationbeding onderdeel te laten zijn van hun overeenkomst, mag van hen een grote inspanning worden verwacht om daaraan ook gevolg te geven. Niettemin zal een klein aantal zaken zich in de praktijk uiteindelijk niet lenen voor mediation; voor die zaken blijft dan ook de mogelijkheid bestaan om de reguliere rechter te adieren.

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling dat de voorstellen in onvoldoende mate voorzien in een wettelijke grondslag voor het beperken van de toegang tot de rechter, als vereist door artikel 17 van de Grondwet, is in de Memorie van toelichting verduidelijkt dat het uitgangspunt is dat de rechter een zaak aanhoudt indien partijen ten onrechte geen mediation hebben beproefd.

B.4 De elektronisch ingediende, versnelde procedure

Het voorstel voorziet in een mogelijkheid voor partijen bij een mediation-overeenkomst om in zaken die ter vrije bepaling van partijen staan de rechter, via de registermediator, te verzoeken een geschil te beslechten omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt.¹¹⁵

De toelichting gaat niet in op een aantal praktische consequenties van de voorgestelde regeling. De Raad voor de Rechtspraak heeft in zijn advies over het voorstel hierover reeds opmerkingen gemaakt.¹¹⁶ In de eerste plaats stelt de Raad dat denkbaar is dat deze versnelde procedure zal worden gebruikt om op een snelle en goedkope manier zaken aan een rechter voor te leggen. Daarbij is de procedure zoals die is voorgesteld met weinig waarborgen omkleed, is een hogere voorziening uitgesloten en kunnen partijen de rechter een instructie geven over de wijze waarop zij het geding wensen te voeren.¹¹⁷ Daar staat tegenover dat partijen zelf bepalen of de beschikking van de rechter ook wordt bekrachtigd in de vaststellingsovereenkomst.¹¹⁸ In dat licht heeft de Raad voor de Rechtspraak gevraagd nader in te gaan op de aard van de door de rechter gegeven beschikking. Daarmee samenhangend is de vraag of een rechter indien hij in een later stadium toch het gehele geschil te beslissen krijgt, gebonden is aan de eerder genomen deelbeslissing.

De Afdeling adviseert alsnog in te gaan op de te verwachten effecten van de voorgestelde regeling en de status en gevolgen van de beschikking van de rechter.

B.4 De elektronisch ingediende, versnelde procedure

Waar het betreft de in de voorstellen gecreëerde bijzondere gang naar de rechter en de daarbij behorende versnelde elektronische toegang tot deze rechter is het juist dat de desbetreffende procedure tot op zekere hoogte met minder rechtswaarborgen is omkleed. De achtergrond hiervan is dat het een innovatieve procedure betreft die ter beschikking staat voor partijen in een mediation als bedoeld in de voorstellen. Het vormt daarmee een onderdeel van het hiervoor bedoelde multidisciplinaire proces waarvoor partijen in een mediation kunnen kiezen. Daarbij past niet dat dezelfde waarborgen worden geboden als in een reguliere procedure, omdat partijen in een mediation veeleer behoefte hebben aan een snelle en eenvoudige interventie door de rechter waaraan weinig kosten zijn verbonden en waaraan zij bovendien niet zijn gebonden indien zij dat niet zouden wensen. Het staat partijen in deze procedure immers vrij om de beslissing van de desbetreffende rechter al dan niet over te nemen in de door hen te sluiten vaststellingsovereenkomst. Het feit dat de verplichte opleiding van de registermediator, zoals voorzien in de voorstellen, ook een belangrijke juridische component heeft, maakt voorts dat het gemis aan zekere rechtswaarborgen in de praktijk slechts zeer beperkte gevolgen zal hebben.

De bijzondere aard van de onderhavige procedure en de eveneens bijzondere status van de desbetreffende rechterlijke beschikking maken dat de rechter die in het kader van deze procedure eerst een beslissing heeft genomen in een deelgeschil en later – wederom in het kader van deze procedure – gevraagd wordt om een beslissing te nemen in het

¹¹⁵ Voorgesteld artikel 292 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

¹¹⁶ Raad voor de rechtspraak, Wetsadvisering concept initiatiefvoorstellen mediation, 26 juni 2013, blz. 7–8.

¹¹⁷ Voorgesteld artikel 292, eerste en vijfde lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

¹¹⁸ Voorgesteld artikel 292, vierde lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

gehele geschil, niet gebonden is aan zijn eerdere deelbeslissing. Dit kan naar het oordeel van de initiatiefnemer alleen al niet van de rechter worden gevraagd omdat hij ten tijde van de deelbeschikking slechts beperkt zicht heeft gehad op de zaak. Mochten partijen in een mediation dit anders willen, dan staat het hun vrij om bij het voorleggen van het gehele geschil aan de rechter hem daarbij te verzoeken zijn eerdere deelbeslissing gestand te doen.

De initiatiefnemer acht het verder geen bezwaar dat er partijen zullen zijn die alleen voor mediation kiezen om langs die weg op een snelle en goedkope wijze zaken voor te leggen aan de rechter. Partijen zullen in dergelijke gevallen bewust voor deze weg kiezen en bevinden zich dan toch in een door een mediationovereenkomst beheerste rechtssfeer. Daarnaast zullen zij in dergelijke situaties gedurende het gehele traject worden begeleid door een registermediator die goed in staat mag worden geacht om partijen voor de mediation zelf te motiveren.

De initiatiefnemer gaat op deze plaats ook in op de door de Afdeling gesignaleerde gevolgen voor de rechter. Anders dan de Afdeling voorziet hij geen taakverzwaring voor de rechter indien door partijen in een mediation gebruik zou worden gemaakt van de geboden bijzondere rechtsgang. De registermediator beschikt over voldoende competenties om in dit verband in te dienen verzoekschriften adequaat te begeleiden. Er hoeft daardoor geen zwaardere taak voor de rechter te ontstaan. Bovendien zal er veeleer juist sprake zijn van een niet onaanzienlijke taakverlichting van de rechter in vergelijking met de reguliere gerechtelijke procedure nu het geschil hem duidelijk geformuleerd wordt voorgelegd, vergezeld van slechts de strikt noodzakelijke onderbouwing en processtukken, er geen zitting behoeft te worden gehouden en ook zijn beschikking kort en bondig kan worden geformuleerd.

De initiatiefnemer heeft de aanbeveling van de Afdeling om de in artikel 293, vijfde lid, Rv genoemde termijn van (ten hoogste) drie weken te wijzigen in zes weken deels opgevolgd, in die zin dat de termijn is gesteld op vier weken. De initiatiefnemer is van mening dat het hier in beginsel slechts een formele handeling van de rechter betreft – anders dan in artikel 292, derde lid, Rv het geval is – en dat het op die grond gerechtvaardigd is om in artikel 293, vijfde lid, Rv een kortere termijn te hanteren.

B.5 Gevolgen voor advocaat en rechter

a. Op grond van het voorstel wordt de registermediator bevoegd de rechter te verzoeken een deelgeschil in de mediation te beslechten, de vaststellingsovereenkomst met de uitkomst van de mediation door de rechter te laten bekrachtigen en het verzoek in te dienen tot het uitspreken van een echtscheiding na mediation. Deze nieuwe bevoegdheden hebben belangrijke gevolgen voor het functioneren van de rechtspleging. Het voorstel vormt een doorbreking van de exclusieve procesbevoegdheid van de advocaat. De hiervoor genoemde handelingen zullen immers niet langer alleen door een advocaat maar voortaan ook door een registermediator kunnen worden verricht. De toelichting besteedt aan de gevolgen van het voorstel voor positie van de advocaat geen aandacht.

b. Voorts is aannemelijk dat het voorstel ook voor de rechter implicaties zal hebben. Hoewel voor de toegang tot de beroepsgroep juridische vaardigheden vereist zullen zijn die de registermediator in staat zullen moeten stellen deze functie uit te oefenen, is voorstelbaar dat dit zal leiden tot een taakverzwaring voor de rechter. In de toelichting komt dit aspect niet aan de orde.

De Afdeling adviseert in de toelichting op beide punten in te gaan.

B.5 Gevolgen voor advocaat en rechter

De Afdeling vraagt de initiatiefnemer in te gaan op de positie van de advocaat, nu diens exclusieve procesbevoegdheid zou worden doorbroken door de hiervoor besproken aan partijen in een mediation geboden mogelijkheid om met tussenkomst van de registermediator rechtstreeks toegang te hebben tot een bijzondere rechter. In de eerste plaats zij erop gewezen dat ook op dit moment in zaken die zich voor mediation lenen veelal geen exclusieve procesbevoegdheid bestaat, aangezien veel mediations in het civiele recht zijn te kwalificeren als kantonzaken. In dergelijke zaken geldt als uitgangspunt dat er geen verplichte procesvertegenwoordiging is. In de tweede plaats voorziet de initiatiefnemer geen grote toeloop, gezien het feit dat partijen in een mediation slechts bij uitzondering een beslisser nodig zullen hebben. In de regel zullen zij goed in staat zijn om, uitgaande van hun partijautonomie, zelf tot oplossingen te komen, daarbij begeleid door de registermediator. In de derde plaats zullen de door de Afdeling bedoelde gevolgen ook beperkt zijn in de gevallen waarin de registermediator die tevens advocaat is. In dat geval maakt het niet uit in welke hoedanigheid hij het verzoekschrift indient bij de rechter.

Waar het betreft de gevolgen van de voorstellen voor de advocatuur meent de initiatiefnemer voorts dat het belangrijkste – positieve – effect zal zijn dat advocaten veel vaker dan thans het geval is, op zullen treden als adviseur op het terrein van mediation. Zij zullen met partijen in een concrete zaak mediation bespreken als vanzelfsprekende eerste mogelijkheid in geschillen met een relationele dimensie. Zij kunnen partijen begeleiden door aanwezig te zijn bij mediationssessies of als sparringpartner en kunnen als adviseur op de achtergrond optreden. Deze mediation advocacy is bijvoorbeeld in de Verenigde Staten al tot een grote ontwikkeling gekomen. De advocaat krijgt hiermee derhalve een meer inhoudelijke rol in plaats van een procedurele als het gaat om mediation.

B.6 Positie van kinderen bij een echtscheiding door mediation

Het voorgestelde artikel 293, vierde lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geeft de rechter de bevoegdheid om op een door de registermediator op gemeenschappelijk verzoek van de echtgenoten of partners ingediend verzoek, de echtscheiding of ontbinding van het geregistreerd partnerschap uit te spreken. Een aantal bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering inzake de rechtspleging in scheidingszaken wordt op de te volgen procedure van overeenkomstige toepassing verklaard.¹¹⁹ Daarbij ontbreekt evenwel een verwijzing naar de mogelijkheid van de rechter om de minderjarige van twaalf jaar en ouder in de gelegenheid te stellen om te worden gehoord. Gelet op de positie van de minderjarige en het bestaande wettelijk kader, verdient het voorstel aanvulling op dit punt.¹²⁰

De Afdeling adviseert het voorstel aan te vullen.

¹¹⁹ De artikelen 815 en 819 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Hierdoor moet het verzoek voldoen aan dezelfde voorwaarden als een verzoekschrift in scheidingszaken, waardoor het verzoekschrift ook een ouderschapsplan zal moeten bevatten.

¹²⁰ Artikel 818, eerste lid, jo. artikel 809 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

B.6 Positie van kinderen bij een echtscheiding door mediation

De initiatiefnemer heeft de aanbeveling van de Afdeling overgenomen om in artikel 293, vierde lid, Rv het bepaalde in artikel 809 betreffende het horen door de rechter van minderjarigen van twaalf jaar en ouder van overeenkomstige toepassing te verklaren.

De initiatiefnemer merkt in dit verband op dat de artikelen 9 en 12 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IRVK) bepalen dat kinderen hun mening moeten kunnen geven over alle zaken die het kind aangaan en dat met name in scheidingsituaties naar kinderen moet worden geluisterd. Al vele jaren is het gebruikelijk in de praktijk van professionele scheidingsmediators om een gesprek met de minderjarige kinderen van scheidende ouders te voeren teneinde hen in de gelegenheid te stellen zich uit te spreken over de betekenis en de gevolgen die de scheiding van hun ouders voor hen heeft, alsmede over de door hen gewenste verblijfsregeling en andere afspraken die in het ouderschapsplan worden vastgelegd voor de periode na de scheiding. Hierover is literatuur ontwikkeld en worden cursussen verzorgd.¹²¹ De initiatiefnemer is van mening dat met deze in mediation gevestigde praktijk op een adequatere en voor het kind laagdrempeliger wijze uitvoering wordt gegeven aan de bedoelde verplichting uit het IRVK dan door middel van artikel 809 Rv. Scheidingsmediators zijn geschoold in het voeren van gesprekken met kinderen, nemen daarvoor de tijd en spreken ook met kinderen die jonger zijn dan 12 jaar. Gezien het feit dat deze gesprekken plaatsvinden voordat de ouders de door hen gemaakte afspraken definitief vastleggen in een ouderschapsplan, is het ook mogelijk dat hetgeen hun kinderen in het gesprek met de mediator hebben gezegd invloed heeft op de door hen te maken afspraken. Dit is in de procedure van artikel 809 Rv niet of nauwelijks mogelijk. Tegen deze achtergrond kan de initiatiefnemer zich goed voorstellen dat de rechter kennis neemt van het verslag dat de registermediator heeft opgeteld van het gesprek dat hij met het kind heeft gevoerd en dat door hem aan het ouderschapsplan kan worden gehecht.

De initiatiefnemer heeft van de gelegenheid gebruik gemaakt tevens artikel 8:33, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) te wijzigen. Dit is noodzakelijk in verband met de voorgestelde wijziging van artikel 165 Rv met de Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht.

C. Wet bevordering mediation in het bestuursrecht

C.1 Mediation als alternatief voor bestuursrechtspraak

Het voorstel beoogt duidelijk te maken in welke gevallen mediation als daadwerkelijk volwaardig alternatief voor rechtspraak kan worden gezien. Door het verplicht motiveren van al dan niet gebruik van mediation beoogt de initiatiefnemer het concept van «vanzelfsprekende mediation» ingang te doen vinden, aldus de toelichting.¹²² Het wetsvoorstel bevordering mediation in het bestuursrecht bevat daartoe de verplichting voor bestuursorganen om in iedere beslissing op bezwaar te vermelden waarom geen mediation heeft plaatsgevonden.

Het algemeen deel van de toelichting stelt dat mediation in het bijzonder geschikt is voor alle conflicten tussen natuurlijke en rechtspersonen waarbij de oorzaak – mede – gevonden wordt in «relationele dimensies».

¹²¹ Zie 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.

¹²² Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting op artikel 22a.

Daarmee wordt voor het gebruik van mediation in het bestuursrecht en in het civiele recht een vrijwel gelijklopende argumentatie gehanteerd. Tussen het bestuursrecht en het civiele recht bestaan echter belangrijke verschillen. Anders dan bij civielrechtelijke geschillen gaat het in het bestuursrecht er niet primair om dat partijen tot een vergelijk komen maar dat het bevoegde bestuursorgaan een rechtmatig besluit neemt. Hierdoor bestaat er (relatief) weinig ruimte om te onderhandelen over het door partijen gewenste resultaat; de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur stellen hier duidelijke beperkingen. In de toelichting wordt aan het aldus geschetste karakter van het bestuursrecht voorbij gegaan. Dit neemt niet weg dat mediation in het bestuursrecht in de praktijk een nuttige functie kan hebben. Door middel van mediation kan in bepaalde gevallen een beter beeld worden verkregen van waar een conflict voor de burger in de kern om draait. Langs die weg kan een conflict soms gemakkelijker worden opgelost. Een algemene verplichting tot het overwegen van mediation zou evenwel, mede gelet op de hiervoor geschetste bijzondere aard van het bestuursrecht, verwachtingen bij de burger kunnen wekken die in de praktijk niet kunnen worden waargemaakt.

Bovenstaande bezwaren gelden te meer nu de initiatiefnemer in het voorstel geen selectie maakt van gevallen waarin alleen gemotiveerd kan worden afgezien van mediation. Allereerst valt op dat de zienswijze-procedure, overigens zonder motivering, niet wordt betrokken in het voorstel. In deze vroege fase zou een mediator wellicht ook een rol kunnen spelen. Vervolgens wordt in het voorstel zonder differentiatie wel geregeld dat bij iedere beslissing op bezwaar waarbij geen mediation is toegepast, de redenen daarvoor vermeld dienen te worden.¹²³ De toelichting gaat niet in op de mogelijke afbakening van gevallen waarin mediation met name zou zijn aangewezen. De Afdeling merkt op dat de doorverwijzing van mediation bij de bestuursrechtspraak tot op heden in hoofdzaak ziet op belastingzaken, sociale verzekeringszaken en ambtenarenzaken;¹²⁴ gevallen waarin het bestreden besluit een beschikking betreft die niet openbaar wordt gemaakt en waarbij derde belanghebbenden geen rol spelen. Dit biedt een indicatie dat mediation niet in alle gevallen functioneel is. Door niet te voorzien in een afbakening van gevallen waarin mediation geïndiceerd zou zijn, maakt het voorstel niet duidelijk in welke gevallen mediation daadwerkelijk een rol zou kunnen spelen.

Het gevolg van de voorgestelde regeling is dat in een groot aantal gevallen waarin mediation niet aangewezen is, de verplichting zal bestaan om aandacht te besteden aan de vraag waarom niet is gekozen voor mediation. Dit levert bestuursorganen wanneer zij deze verplichting serieus nemen veel werk op dat in de praktijk in veel gevallen geen concrete resultaten zal opleveren. Dat deze (te) brede motiverings- en doorverwijzingsverplichting zal leiden tot de door de initiatiefnemer gewenste «vanzelfsprekende mediation» acht de Afdeling mede in dat licht bezien twijfelachtig. Juist het te brede bereik van de voorgestelde verplichting zal kunnen leiden tot een «vanzelfsprekend afvinken», waarbij met een standaardformulering aan de motiveringsplicht zal worden voldaan. Daarmee zou het voorstel zijn doel voorbij schieten.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de bijzondere verhouding tussen overheid en burger en de gevolgen daarvan voor de toepassing van mediation. Zij adviseert de gevallen waarin op voorhand valt vast te stellen dat mediation wellicht zinvol zou kunnen zijn nader te

¹²³ Voorgestelde aanvulling aan artikel 7:12, eerste lid, Awb.

¹²⁴ M. Guiaux, F. Zwenk, M. Tumewu, Mediation Monitor 2005–2008, Eindrapport, WODC Cahier 2009–9, blz. 77.

onderzoeken en slechts voor zover een heldere afbakening van die gevallen mogelijk is, te overwegen of een motiveringsverplichting in het voorstel dient te worden opgenomen.

C.1 Mediation als alternatief voor bestuursrechtspraak

De initiatiefnemer is verheugd te constateren dat de Afdeling meent dat mediation in het bestuursrecht een nuttige functie kan hebben. Wat betreft de opmerkingen van de Afdeling aangaande het karakter van het bestuursrecht, merkt de initiatiefnemer op dat hij dit heeft onderkend bij de vormgeving van de voorstellen. De toepassing van mediation op kwesties waarbij de wet of algemene beginselen van behoorlijk bestuur weinig of geen onderhandelingsruimte bieden, ligt inderdaad minder voor de hand. De ervaring leert echter dat veel feiten door partijen anders worden beleefd. De onderliggende wettelijke bepaling is dan niet in geding. Het geschil spitst zich toe op verschillen van inzicht, al dan niet tegen een achtergrond van gebrekkige communicatie respectievelijk argumenten op het relationele vlak. De mate waarin het bestuursorgaan onderhandelingsruimte heeft wordt bepaald door de concrete situatie. Het al dan niet gebruik maken van hardheidsclausules, van de mogelijkheden om in concrete gevallen af te wijken van vastgesteld beleid of om vrijstelling of ontheffing te verlenen, kan deze ruimte wel eens groter maken dan de keuze die het bestuursorgaan heeft gemaakt of van plan is te maken. Daarnaast speelt het gegeven, dat als vastgesteld beleid, waar beschikkingen op zijn gebaseerd, in de uitvoering tot ongewenste uitkomsten leidt, het bestuursorgaan de mogelijkheid heeft om het aanpassen van dat beleid te entameren.

Bij bestuursrechtelijke geschillen komt het vaak voor dat het juridische geschil zich tussen het bestuursorgaan en een burger afspeelt, terwijl het daadwerkelijke geschil speelt tussen twee burgers. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de ene buurman bezwaar maakt tegen de vergunning voor een dakkapel van de andere buurman. Het bestuursrechtelijke geschil speelt dan tussen het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen en de belanghebbende die bezwaar maakt. Het daadwerkelijke geschil speelt echter tussen de twee burens en heeft daarmee een relationele dimensie gekregen. Dit voorbeeld toont aan dat ook binnen het bestuursrecht mediation een waardevolle wijze van geschilbeslechting is, waarbij de initiatiefnemer benadrukt dat de wettelijke bepalingen de grondslag voor de oplossing voorschrijven. Daarbij zij ook verwezen naar de bestaande discretionaire bevoegdheid van bestuursorganen, waardoor er binnen de wettelijke grenzen zeker ruimte is voor oplossingen in mediation. Hiervoor werd al gewezen op de onderhandelingsruimte die mogelijk groter is dan wordt verondersteld. Dit wetsvoorstel sluit dan ook naadloos aan bij de door de bestuursrechter al geformuleerde «nieuwe zaaksbehandeling».

Met betrekking tot de afbakening wijst de initiatiefnemer naar de memorie van toelichting, waarin de afbakening reeds is beschreven. Alleen bij echte rechtsvragen zal mediation geen uitkomst bieden. In die gevallen is een oordeel van de hoogste rechter de enige aangewezen weg om tot een oplossing te komen. Een verdere afbakening lijkt niet mogelijk omdat elk ander geschil waarderings van feitelijke aard in zich houdt en zich daarmee in principe voor mediation leent.

De initiatiefnemer heeft het advies van de Afdeling om te komen tot een heldere afbakening van de verplichting voor bestuursorganen om het afzien van mediation te motiveren, ter harte genomen. Bij nadere overweging is de motiveringsplicht beperkt tot die gevallen waarin een belanghebbende uitdrukkelijk om mediation heeft verzocht en dat verzoek niet is gehonoreerd (nieuw artikel 7:3a, derde lid). Deze beperking, die in

het oorspronkelijke voorstel reeds was opgenomen voor het belastingrecht, is nu in het wetsvoorstel uitgebreid tot het gehele bestuursrecht. Daarmee worden situaties die de Afdeling aanduidt als «een vanzelfsprekend afvinken» voorkomen. De op deze wijze aangepaste motiveringsplicht zal leiden tot een frequenter gebruik van mediation. Bovendien leidt het tot een grotere bekendheid van het fenomeen mediation, zowel bij de burger als bij het bestuursorgaan en de bestuursrechter.

De initiatiefnemer is het eens met de Afdeling dat mediation ook in de vroege fase van de zienswijze-procedure een rol kan spelen. Dit betreft de fase van de voorbereiding van het primaire besluit, waarop de reguliere zienswijzeprocedure van afdeling 4.1.2 Awb van toepassing is ofwel de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb. Anders dan bij het maken van bezwaar behoeft het inbrengen van zienswijzen nog niet te betekenen dat sprake is van een concreet geschilpunt. Dit geldt ook, zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis van afdeling 3.4 Awb, voor zienswijzen die in het kader van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure worden ingebracht.¹²⁵ Met name voor de voorbereidingsfase van de primaire besluitvorming heeft de initiatiefnemer artikel 2.4a in het wetsvoorstel opgenomen. Artikel 2.4a is daarbij een incentive om (dreigende) geschillen te voorkomen op basis van het brede conflicthanteringspalet dat de overheid ter beschikking staat. Waar nodig kan mediation daarin een rol spelen.

C.2 De inspanningsverplichting voor het voorkomen van geschillen

Het voorgestelde artikel 2:4a Algemene wet bestuursrecht (Awb) biedt een algemeen uitgangspunt voor het handelen van bestuursorganen: het bestuursorgaan dient zich in te spannen om geschillen met burgers te voorkomen door vroegtijdige en actieve communicatie. De Afdeling merkt op dat de informele aanpak bij de overheid reeds met succes wordt gestimuleerd.¹²⁶ De bepaling voegt in die zin weinig toe aan de reeds bestaande praktijk en de daarop van toepassing zijnde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarbij biedt de bepaling weinig houvast. Geschillen met burgers moeten in het algemeen worden voorkomen, maar waar die geschillen op zien wordt niet nader gepreciseerd. Uit de toelichting blijkt dat het hierbij gaat om «communicatie rond voorgenomen besluiten».¹²⁷ Dit blijkt evenwel niet uit de bepaling. In het artikel wordt tevens aangegeven op welke wijze die conflicten zouden moeten worden voorkomen: «door vroegtijdige en actieve communicatie». Zowel vroegtijdige communicatie als actieve communicatie geven evenwel nauwelijks houvast voor de betekenis van deze begrippen. De toelichting gaat op geen van beide elementen nader in. Wel introduceert de toelichting de term «effectieve communicatie». Ook over de causale relatie tussen het voorkomen van conflicten en het hanteren van vroegtijdige en actieve communicatie biedt de toelichting geen aanknopingspunten.

De Afdeling adviseert het voorgestelde artikel 2:4a nader te bezien.

C.2 De inspanningsverplichting voor het voorkomen van geschillen

De Afdeling merkt terecht op dat de informele aanpak veelvuldig en met succes wordt gebruikt. In het kader hiervan zij onder andere verwezen naar het rapport «Prettig contact met de overheid». Mede naar aanleiding

¹²⁵ Zie Kamerstukken II 1999/2000, 27 023, nr. 3, p. 17–18.

¹²⁶ «Van pilot tot praktijk», *Public Mission*, Special informele aanpak, september 2013, blz. 6.

¹²⁷ Memorie van toelichting Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht, artikelsgewijze toelichting bij Artikel I onderdeel A.

van deze succesvolle aanpak heeft de initiatiefnemer ervoor gekozen een algemeen beginsel te introduceren. Hiermee wordt de succesvolle aanpak gecodificeerd en gestimuleerd. Zoals in de memorie van toelichting al naar voren komt, heeft artikel 2:4a Awb tot doel bestuursorganen minder afstandelijk te maken. Vroegtijdig contact met belanghebbenden, nog voordat een besluit genomen is, biedt het bestuursorgaan de mogelijkheid een besluit uit te leggen, eventuele alternatieven te beoordelen en het besluit zo nodig aan te passen. Hiermee worden redenen voor conflicten vroegtijdig opgespoord. Dit is wat wordt bedoeld met «vroegtijdige en actieve communicatie». Er is bewust voor gekozen de bepaling en de toelichting op dit punt niet uitputtend te laten zijn. Naar de mening van de initiatiefnemer zou dit te veel juridiseren, terwijl juist de informele en gedejuridiseerde aanpak tot succes leidt. Wel heeft de initiatiefnemer de toelichting naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling nader bezien en op onderdelen aangepast.

C.3 Het bestuursorgaan dat gelegenheid biedt voor mediation

Het voorgestelde artikel 7:3a Awb bepaalt dat het bestuursorgaan belanghebbenden in de gelegenheid kan stellen om deel te nemen aan mediation. De indiener van het bezwaarschrift wordt daarvan in ieder geval op de hoogte gebracht.

De betekenis van de bepaling is naar het oordeel van de Afdeling niet voldoende helder en de toelichting te summier. Niet duidelijk is of al dan niet is beoogd dat partijen mediation kunnen aanvragen. Het bestuursorgaan lijkt ruimte te hebben om af te zien van mediation. De toelichting stelt echter tevens dat uitgangspunt zou moeten zijn dat als een belanghebbende aan een bestuursorgaan verzoekt om toepassing van mediation, behoorlijk bestuur met zich brengt dat dit verzoek wordt ingewilligd. Onduidelijk blijft eveneens of, indien de gelegenheid voor mediation wordt geboden, mediation open staat voor iedereen, of dat het bestuursorgaan een selectie maakt. Dit roept bij de Afdeling de vraag op of mediation wel denkbaar is zonder alle partijen erbij te betrekken. De voorgestelde wijziging van artikel 7:10, vierde lid, Awb lijkt te suggereren dat ook met slechts een aantal van de belanghebbenden een mediation kan worden gevoerd. De toelichting zou op het bestaan en eventueel de wenselijkheid van zo'n mogelijkheid nader moeten ingaan. Tevens zou moeten worden ingegaan op de verdeling van de kosten die verbonden zijn aan de mediation. De vraag rijst of, indien het bestuursorgaan belanghebbenden in de gelegenheid stelt, het zelf de kosten draagt, of dat van de belanghebbenden tevens een bijdrage mag worden verwacht (zie in dit kader tevens opmerking C.7 over de kostenverdeling in belastingzaken).

Ingevolge het tweede lid wordt het bestuursorgaan verplicht de indiener van het bezwaarschrift alsmede de belanghebbenden die bij de voorbereiding van het besluit hun zienswijze naar voren hebben gebracht, op de hoogte te stellen.¹²⁸ Waarvan het bestuursorgaan partijen op de hoogte stelt wordt evenwel niet duidelijk. Betreft dit de mogelijkheid van mediation of van het al dan niet gebruikmaken van die mogelijkheid? Of is de bedoeling dat het bestuursorgaan al de genoemde belanghebbenden in de gelegenheid stelt om deel te nemen en hen daarvan op de hoogte stelt?

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande meer uitgebreid in te gaan op de betekenis van het voorgestelde artikel 7:3a Awb en de aanvulling van artikel 7:10 Awb.

¹²⁸ Zie ook de reactie in de internetconsultatie van H. Tolsma, K. de Graaf en A. Marseille, opmerking bij artikel 7:3a Awb.

C.3 Het bestuursorgaan dat gelegenheid biedt voor mediation

De initiatiefnemer dankt de Afdeling voor de opmerkingen over de artikelen 7:3a en 7:10 Awb. De opmerking van de Afdeling dat artikel 7:3a, tweede lid, Awb niet duidelijk maakt waarvan het bestuursorgaan belanghebbenden op de hoogte stelt wordt onderschreven. De initiatiefnemer onderschrijft tevens de opmerking van de Afdeling dat de voorgestelde wijziging van artikel 7:10, vierde lid, Awb onduidelijk is geformuleerd. De wettekst van artikelen 7:3a en 7:10 Awb is naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling aangepast.

In de toelichting staat dat, naast het bestuursorgaan, ook de belanghebbende zelf om mediation kan vragen. Alle partijen kunnen dus mediation aanvragen. Het bestuursorgaan wordt vervolgens de ruimte geboden om, afhankelijk van het geschil, mediation toe te passen. Dit blijkt uit de wettekst en de toelichting. De aard en inhoud van het geschil is doorslaggevend bij de afweging om wel of geen gelegenheid tot mediation te bieden. In zoverre staat mediation dus open voor iedereen. Het is mogelijk dat mediation met een aantal van de belanghebbenden wordt gevoerd. De verdeling van de kosten van mediation is een onderdeel van een regulier mediationproces. Het gaat immers om mediation op basis van een mediationovereenkomst als bedoeld in artikel 424a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvan het kostenaspect deel uitmaakt. Derhalve wordt daarover in de desbetreffende onderdelen van de Awb niets opgemerkt. In de praktijk worden de kosten meestal gedeeld door de partijen.

C.4 Mediation en belastingrecht

a. Opportuniteit wettelijke verankering mediation in het belastingrecht

Een belastingschuld vloeit voort uit de wet. De betekenis van mediation voor het belastingrecht beperkt zich daarom voornamelijk tot het bieden van een conflictoplossend instrument voor verstoorde verhoudingen. Dit roept de vraag op wat de toegevoegde waarde van mediation is ten opzichte van andere instrumenten die in de bezwaarfase ook deze functie kunnen vervullen. In dit verband wijst de Afdeling op initiatieven op verschillende terreinen om een meer informele wijze van bezwaarafhandeling te verwezenlijken. Zo is thans bij de Tweede Kamer aanhangig het wetsvoorstel Vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst.¹²⁹ Met dit wetsvoorstel wordt beoogd het aantal bezwaarschriften aanzienlijk terug te brengen. Uit de toelichting op dit wetsvoorstel volgt verder dat de Belastingdienst op dit moment experimenteert met bellen bij bezwaar.¹³⁰

Daarnaast is van belang hetgeen wordt gesteld in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wijziging van de Wet waardering onroerende zaken in verband met een verruiming van de openbaarheid van de WOZ-waarde en enkele technische aanpassingen. Uit de toelichting op dat wetsvoorstel blijkt dat zowel de Waarderingskamer als de VNG en de Unie van Waterschappen niet positief waren over een eventuele wettelijke regeling van een informele wijze van bezwaarafhandeling, omdat de initiatieven die de laatste jaren zijn genomen goede resultaten laten zien.¹³¹ Om die reden heeft het kabinet er vooralsnog van afgezien om de informele wijze van bezwaarafhandeling wettelijk te regelen, maar wordt gemeenten de mogelijkheid geboden om zelf vorm te geven aan de wijze waarop zij op informele wijze in contact treden met hun burgers.

¹²⁹ Kamerstukken II 2012/13, 33 714, nr. 2.

¹³⁰ Kamerstukken II 2012/13, 33 714, nr. 3, blz. 16.

¹³¹ Kamerstukken II 2012/13, 33 462, nr. 3, blz. 12.

De Afdeling merkt op dat het onderhavige voorstel gericht is op een wettelijke inbedding en verankering van mediation. Gegeven de hiervoor genoemde ontwikkelingen om de bezwaarfase minder formeel te maken, plaatst de Afdeling – in aanvulling op hetgeen zij reeds in algemene zin hiervoor heeft opgemerkt¹³² – vraagtekens bij de noodzaak mediation in het belastingrecht een wettelijke basis te geven.

De Afdeling adviseert de resultaten van de thans lopende experimenten af te wachten alvorens een wettelijke vastlegging van mediation te overwegen.

C.4 Mediation en belastingrecht

a. *Opportuniteit wettelijke verankering mediation in het belastingrecht*
De initiatiefnemer is van mening dat mediation ook in het belastingrecht van grote waarde kan zijn. Dit blijkt reeds uit de praktijk. De Belastingdienst maakt veelvuldig gebruik van mediation als middel om conflicten met belastingplichtigen op te lossen. Het gemiddelde slagingspercentage ligt rond 80%.

De initiatiefnemer is van mening dat verankering van mediation in het belastingrecht juist nu, naast de genoemde ontwikkelingen, op zijn plaats is. Het door de Afdeling genoemde aanhangige wetsvoorstel Vereenvoudiging formeel verkeer Belastingdienst zal inderdaad het aantal bezwaarschriften doen afnemen. Het laatstgenoemde wetsvoorstel werkt echter zo uit, dat de bezwaarschriften die dan nog worden ingediend, echt ergens over zullen gaan. Dan lijkt er juist wel plaats voor het wettelijk regelen van mediation. Dit past ook in de vereenvoudiging van het formele verkeer met de Belastingdienst.

b. Beknoptheid toelichting

De Afdeling merkt op dat de toelichting op het voorstel niet op alle aspecten ingaat die zijn verbonden aan het wettelijk vastleggen van mediation in de sfeer van de belastingheffing. Zij wijst daarbij in de eerste plaats op de geheimhoudingsplicht van de belastinginspecteur.¹³³ De Afdeling merkt op dat niet duidelijk is hoe deze verplichting zich verhoudt tot het aan de mediator verstrekken van gegevens van een belastingplichtige die is betrokken bij een mediationprocedure met die inspecteur. De toelichting gaat hier niet op in.

De Afdeling wijst er daarnaast nog op dat tijdens de huidige buitenwettelijke mediationprocedure in het algemeen de normale procedure stil ligt.¹³⁴ Als voorbeeld noemt de site van de Belastingdienst daarbij «invorderingsmaatregelen en bezwaar- of klachtbehandeling». De Afdeling merkt op dat, indien mediation wettelijk wordt geregeld, ook afwijkingen van de normale procedures voor zover deze in wettelijke voorschriften zijn vastgelegd, wettelijk moeten worden vastgelegd. De toelichting gaat hier niet op in.

De Afdeling adviseert in de toelichting op beide genoemde aspecten in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

b. Beknoptheid toelichting

De Afdeling merkt terecht op dat de belastinginspecteur een geheimhoudingsplicht heeft op grond van artikel 67 van de AWR. Ook de registermediator is gebonden aan een geheimhoudingsplicht, namelijk op grond van

¹³² Zie hiervoor §3 Noodzaak en verwachte effecten van het voorstel.

¹³³ Artikel 67 van de AWR.

¹³⁴ Zie www.belastingdienst.nl.

artikel 7:424, vierde lid, van het BW. Op grond van die bepaling, en het feit dat de belastingplichtige partij is bij de mediation, kan de belastinginspecteur gegevens van de belastingplichtige die betrokken is bij een mediationprocedure verstrekken aan de registermediator. De toelichting is op dit punt aangepast.

Wat betreft het stilliggen van de normale procedure(s), zij opgemerkt dat dit een reguliere afspraak is binnen de mediationprocedure. Voor de bezwaarfase is dit expliciet geregeld in het nieuw voorgestelde artikel 7:10, vierde lid, onderdeel d, Awb. Voor de klachtbehandeling is de uitstelmogelijkheid met onderlinge overeenstemming geregeld in artikel 9:11, derde lid Awb. Nu daaraan geen consequenties verbonden zijn, heeft een andere uitstelbepaling geen toegevoegde waarde. Het stopzetten van de invorderingsmaatregelen, waar de website van de Belastingdienst melding van maakt, is kennelijk het beleid dat de Belastingdienst voert. Nu dit beleidsregels zijn, gaat dit het bestek van dit wetsvoorstel te buiten.

c. Nadere regels inzake mediation bij de Belastingdienst

Het voorgestelde artikel 22a, derde lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) biedt een grondslag voor het stellen van nadere regels bij ministeriële regeling. De bepaling biedt daarbij geen beperking waar deze nadere regels op zullen zien. Uit de toelichting blijkt dat daarbij gedacht kan worden aan regels over de gevallen waarin de inspecteur mediation initieert en de gevallen waarin de inspecteur juist een verzoek van de belastingplichtige tot mediation afwijst.

De Afdeling merkt op dat delegatie aan een Minister beperkt dient te blijven tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling en voorschriften die dikwijls of met grote spoed moeten worden vastgesteld.¹³⁵ De in de toelichting genoemde voorbeelden raken aan wezenlijke elementen van de toepassing van mediation door de belastinginspecteur. Daarmee is regeling op een hoger niveau, ten minste bij algemene maatregel van bestuur, aangewezen. De Afdeling adviseert de grondslag voor nadere regels met betrekking tot de toepassing van mediation door de inspecteur in te kaderen en deze te stellen op het niveau van een algemene maatregel van bestuur.

c. Nadere regels inzake mediation bij de Belastingdienst

De initiatiefnemer is het eens met de Afdeling dat delegatie aan een Minister beperkt dient te blijven tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling en voorschriften die dikwijls of met grote spoed moeten worden vastgesteld. Met de in het voorgestelde artikel 22i, vierde lid, AWR geregelde bevoegdheid heeft de initiatiefnemer niet anders bedoeld dan de Minister de mogelijkheid te geven voorschriften op uitvoeringsniveau te stellen. Dat past binnen de informele benadering van de alternatieve wijze van geschilbeslechting met gebruikmaking van mediation. De regelgeving moet snel en flexibel op de ervaringen met mediation kunnen worden aangepast. Daarom is een ministeriële regeling naar de mening van de initiatiefnemer de meest geschikte vorm van delegatie. De toelichting is naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling aangevuld.

d. Kosten mediation in belastingzaken

Volgens de toelichting worden thans bij het gebruik maken van een interne mediator geen kosten in rekening gebracht, terwijl bij het gebruik maken (op verzoek van belanghebbende) van een externe registermediator, de kosten worden gedeeld.¹³⁶ De initiatiefnemer geeft in de

¹³⁵ Zie aanwijzing 26 Ar.

¹³⁶ Memorie van toelichting, §8.

*toelichting aan dat hij van oordeel is «dat de wettelijke regeling van mediation in belastingzaken deze feitelijke praktijk moet eerbiedigen».*¹³⁷ *Dat voor het gebruik van een interne registermediator geen kosten aan belanghebbende in rekening worden gebracht, wordt in het voorstel expliciet geregeld.*¹³⁸ *Het voorstel kent echter geen regeling voor deling van kosten in situaties waarin gebruik wordt gemaakt van een externe registermediator. De toelichting meldt alleen dat de belanghebbende aan de externe registermediator een honorarium is verschuldigd.*¹³⁹ *De Afdeling adviseert het voorstel en de memorie van toelichting met elkaar in overeenstemming te brengen.*

d. Kosten mediation in belastingzaken

Wat betreft de kosten van de mediation in belastingzaken, wijst de initiatiefnemer naar zijn eerdere opmerkingen. De verdeling van de kosten van mediation is een onderdeel van een regulier mediationproces. Derhalve wordt daarover niets opgemerkt.

e. Toepassing AWR bij decentrale overheden

*Ingevolge de Gemeentewet vinden de heffing en de invordering van gemeentelijke belastingen plaats «met toepassing van» – onder meer – de AWR als waren die belastingen rijksbelastingen.*¹⁴⁰ *De Afdeling merkt op dat deze wijze van vormgeving, namelijk het gebruik van de formulering «met toepassing van», impliceert dat de in de AWR gebruikelijke terminologie moet worden omgevormd naar het gemeentelijke equivalent. Daartoe dient ingevolge de Gemeentewet bijvoorbeeld voor het AWR-begrip «de inspecteur» te worden gelezen «de gemeenteambtenaar, belast met de heffing van gemeentelijke belastingen» en dient «ministeriële regeling» te worden gelezen als «besluit van het college».*¹⁴¹ *De Afdeling mist in het voorstel een transformatie van de in de AWR op te nemen nieuwe terminologie «die werkzaam is bij de belastingdienst», «administratieplichtige» en «inhoudingsplichtige»¹⁴² naar de terminologie van de Gemeentewet. De Afdeling mist daarnaast een vergelijkbare transformatie met betrekking tot de Provinciewet¹⁴³ en de Waterschapsbelasting.¹⁴⁴*

De Afdeling adviseert het voorstel in vorenbedoelde zin aan te vullen.

e. Toepassing AWR bij decentrale overheden

De Afdeling merkt op dat in verband met de nieuwe bepalingen over mediation in de AWR transformatiebepalingen nodig zijn in de Gemeentewet, de Provinciewet en de Waterschapswet. Naar de mening van de initiatiefnemer is dit niet nodig. Ook thans voorzien de desbetreffende wetten niet in transformatiebepalingen omtrent de begrippen «administratieplichtige» en «inhoudingsplichtige», terwijl deze bepalingen thans al voorkomen in bepalingen van de AWR die van overeenkomstige toepassing zijn verklaard voor de drie genoemde wetten. Wat betreft de formulering «die werkzaam is bij de belastingdienst» kan transformatie naar de mening van de initiatiefnemer achterwege blijven nu dit begrip betrekking heeft op de interne registermediator die de decentrale overheden niet kennen. De decentrale

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Voorgestelde artikel 22a, vierde lid, van de AWR.

¹³⁹ Memorie van toelichting Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht, artikelsgewijze toelichting bij artikel 22a van de AWR.

¹⁴⁰ Artikel 231, eerste lid, van de Gemeentewet.

¹⁴¹ Artikel 231, tweede lid, onderdeel b, respectievelijk derde lid, van de Gemeentewet.

¹⁴² Zie het voorgestelde artikel 22 van de AWR.

¹⁴³ Zie artikel 227a van de Provinciewet.

¹⁴⁴ Zie artikel 123 van de Waterschapswet.

overheden zullen dus enkel werken met externe registermediators, waardoor transformatie van dit begrip niet nodig is.

De initiatiefnemer heeft van de gelegenheid gebruik gemaakt om enkele aanvullende wijzigingen in de AWR door te voeren en voorts de Wet waardering onroerende zaken (WOZ) te wijzigen om deze in overeenstemming te brengen met de wijzigingen in de AWR. Anders dan bij de drie genoemde decentrale wetten, werken wijzigingen in de AWR vanwege de andere bij de WOZ gehanteerde wetgevingstechniek niet rechtstreeks door in die wet. De in de WOZ opgenomen wijziging strekt ertoe de in de AWR opgenomen regeling voor mediation ook op te nemen in de WOZ zoals ook het geval is bij de Gemeentewet, de Provinciewet en de Waterschapswet.

De initiatiefnemer heeft van de gelegenheid gebruik gemaakt om voor de procedure bij de bestuursrechter een inspanningsverplichting voor de bestuursrechter toe te voegen om met partijen te onderzoeken of een rechtmatige minnelijke oplossing mogelijk is. Deze bepaling en de bepaling over mediation in de fase van het beroep bij de bestuursrechter, die aanvankelijk was opgenomen als artikel 8:32a, worden om wetssystematische redenen als nieuwe algemene bepalingen in titel 8.2 Awb ingevoegd (nieuw artikel 8:41a), voorafgaand aan de reeds bestaande algemene bepaling die ziet op effectieve geschilbeslechting (artikel 8:41a, op grond van dit wetsvoorstel te vernummeren tot artikel 8:41b).

D. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

Redactionele bijlage

Aan de opmerkingen van de Afdeling in de redactionele bijlage is aandacht besteed.

Voorts is van de gelegenheid gebruik gemaakt om enkele redactionele en andere verbeteringen in de wetsvoorstellen en de memorie van toelichting aan te brengen.

*De Vice-President van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

De initiatiefnemer,
Van der Steur

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W03.13.0325/II

Wet registermediator

- Artikel 5, onder c, «onherroepelijke» schrappen.
- Artikel 6, onderdeel a, aanpassen in die zin dat rekening wordt gehouden met het feit dat de eisen in artikel 3 en de ontheffingsmogelijkheid van artikel 8, vijfde lid niet op elkaar aansluiten.
- Artikel 6, onderdeel b, «a tot en met c» vervangen door: a tot en met e.
- Artikel 11, eerste lid, onderdeel c, voor de puntkomma invoegen;:, tenzij artikel 8, vijfde lid van toepassing is.
- Artikel 11, eerste lid, onderdeel e, gelet op artikel 12 onderdeel c, schrappen.
- Artikel 11, eerste lid, onderdeel f, overeenkomstig artikel 9, vierde lid, Wet beëdigde tolken en vertalers, facultatief formuleren door deze onder te brengen onder het tweede lid van artikel 11, dan wel motiveren waarom dit onwenselijk is.
- In artikel 17 het van overeenkomstige toepassing verklaren van de Kaderwet adviescolleges en de Wet vergoedingen adviescolleges en commissies bezien, nu deze wetten gelet op de criteria voor hun beider toepassingsbereik reeds van toepassing zijn op de commissie mediation.
- Artikel 17, derde lid, «tweede lid» schrappen, nu deze bepaling inhoudelijk reeds is opgenomen in artikel 17, tweede lid.
- Artikel 23, eerste lid, onderdelen g en h schrappen, nu deze beide reeds besloten zijn in onderdeel f.
- In artikel 26, tweede lid, «of als zodanig werkzaam zijn» en «of werkzaam» schrappen.
- Artikel 29, derde lid, «De in het eerste lid bedoelde benoemingen vervallen van rechtswege» vervangen door: Het lidmaatschap van het tuchtcollege vervalt van rechtswege.
- Artikel 36, derde lid, schrappen, nu de beoogde geanonimiseerde openbaarmaking geen wettelijke regeling behoeft en onduidelijk blijft welke afschriften hier bedoeld zijn.
- Artikel 37, eerste lid, uit tekst noch toelichting blijkt waarom niet volstaan zou kunnen worden met een verwijzing naar eenieder met een redelijk belang. Zonder nadere toelichting is onduidelijk waarom de onervarenheid van de beroepsgroep met het klachtrecht aanleiding zou zijn voor een (permanente) beperking van de groep mogelijke klagers.
- Aan artikel 37 een derde lid toevoegen dat luidt:
3. Indien de rechtstreeks betrokken partij daarom verzoekt, is de secretaris van het tuchtcollege hem behulpzaam bij het op schrift stellen van de klacht.
- In de toelichting «indiener», gelet op artikel 84, tweede lid, en artikel 85 Grondwet, vervangen door «initiatiefnemer».

Wet bevordering mediation in het burgerlijk recht

- In het voorgestelde artikel 22a Rv afzien van de gehanteerde opsomming, nu deze door zijn brede bereik alsmede zijn omvang geen onderscheidend vermogen heeft.
- Het voorgestelde artikel 111, tweede lid, onder m, Rv, opnemen in het derde lid van artikel 111 Rv, gelet op de sanctie nietigheid bij niet naleving (zie artikel 120, eerste en vierde lid, Rv).
- In artikel 165, derde lid (nieuw), Rv in de eerste zin, «bij door» vervangen door «door» en «van de een» vervangen door: van een.
- In artikel 292, eerste lid, eerste regel, Rv «hen» vervangen door: partijen.

- *In artikel 293, vijfde lid, Rv «drie weken» vervangen door: zes weken.*
- *In artikel 292, vijfde lid en artikel 293, zesde lid, Rv «hoger beroep» vervangen door: hogere voorziening.*
- *In artikel I, alsnog voorzien in het in artikel 5c, vijfde lid, Databankenwet en artikel 70, elfde lid, Zaaizaad en Plantgoedwet 2005, vervangen van de verwijzing naar «artikel 165, derde lid» door: artikel 165, vierde lid.*

Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht

- *In artikel II na de aanhef de aanduiding «II.» schrappen en de tekst boven het voorgestelde hoofdstuk IVB doorlopend formuleren.*
- *In het voorgestelde artikel 22 van de AWR het begrip «belanghebbende» definiëren als «de belastingplichtige of de inhoudingsplichtige», aangezien een administratieplichtige al valt onder de begrippen «belastingplichtige» en «inhoudingsplichtige». Voorts «belastingdienst» vervangen door «Belastingdienst».*