

Ministerie van Veiligheid en Justitie  
T.a.v. mevrouw mr.dr.s. A.G. van Dijk  
Postbus 20301  
2500 EH 'S-GRAVENHAGE

Datum: 29 september 2016

Kenmerk: UIT-P/2016/1362

Pagina: 1 van 6

Geachte mevrouw Van Dijk,

Naar aanleiding van uw verzoek van 12 juli jl. geven wij u hierbij onze reactie op het conceptvoorstel voor de Wet bevordering mediation (hierna: het voorstel) met memorie van toelichting.

*A. Inleiding*

1. Bestuursorganen en de rechterlijke macht stimuleren belanghebbenden en partijen in toenemende mate om hun geschillen met behulp van mediation tot een oplossing te brengen. Daarbij past dat gestreefd wordt naar verbetering van de kwaliteit van mediations, hetgeen ook het doel is van de voorgestelde regeling. Het voorstel voorziet daartoe in regulering van de functie van beëdigd mediator met flankerende maatregelen als een register en een tuchtprocedure. Wij maken hieronder enige opmerkingen en kanttekeningen naar aanleiding van de voorgestelde regeling en de toelichting daarbij. Dit betreft één algemeen punt – de verhouding tussen mediation en overheidsrechtspraak – en een aantal detailpunten die vooral zien op de doorwerking van het voorstel in het burgerlijk (proces)recht en in het algemene bestuursrecht.

*B. Stimuleringsdoelstelling*

2. Zoals de citeertitel van het voorstel al zegt, is een belangrijke doelstelling van de beoogde regeling dat het gebruik van mediation wordt gestimuleerd. Zonder af te willen doen aan de positieve resultaten die in veel gevallen met mediation bereikt kunnen worden, willen wij wel de kanttekening maken dat een eenzijdig positief beeld vermeden moet worden. Er zijn ook de nodige geschillen waarvoor mediation niet (zonder meer) tot de beste oplossing leidt.

3. Zo merken wij op dat op bladzijde 64 van de memorie van toelichting een staalkaart wordt gegeven van 'relationele geschillen' die zich in beginsel ervoor lenen om met toepassing van mediation te worden opgelost. Vele van de daar genoemde geschillen betreffen echter verhoudingen die zuiver zakelijk van aard zijn, en die niet op voorhand meer in aanmerking komen voor een oplossing door mediation dan voor een oplossing van het concrete geschilpunt door een met overheidsgezag beklede derde.

4. Bovendien kan niet in zijn algemeenheid worden gesteld dat de in de toelichting genoemde 'relationele geschillen' zich lenen voor mediation, althans dat mediation tot de beste oplossing daarvoor zou leiden. Indien sprake is van grote machtsverschillen tussen partijen geldt in het algemeen dat geschillen zich minder goed lenen voor mediation. Iets soortgelijks geldt indien een partij niet goed in staat is om haar (juridische) positie in te schatten. Een van de taken

van de overheidsrechter, zowel de bestuursrechter als de civiele rechter, bestaat eruit om in dergelijke situaties 'ongelijkheidscompensatie' te verlenen aan de zwakkere partij, zoals een werknemer, een franchisenemer of een consument-koper. Dat de rechter dit doet is ook voorgeschreven door een aantal regels van Europees recht. Het is onzeker of ook een mediator het bieden van ongelijkheidscompensatie tot zijn taak zal rekenen. In ieder geval verdient dit punt aandacht in de toelichting op het voorstel en in de opleidingseisen voor mediators.

5. Ook wijzen wij op het algemene belang dat rechtspraak tot stand komt en gepubliceerd wordt over onderwerpen die regelmatig aanleiding geven tot geschillen. Door die rechtspraak wordt richting gegeven aan de wijze waarop dergelijke geschillen behoren te worden opgelost, en kunnen nieuwe geschillen worden voorkomen. Dat effect kan niet uitgaan van mediation. Die vorm van conflictoplossing leidt immers niet tot gepubliceerde oordelen waaraan maatstaven voor de oplossing van andere geschillen zijn te ontleenen.

6. In de memorie van toelichting wordt mediation als instrument voor geschiloplossing afgezet tegen de 'traditionele rechtspraak.' Daarbij zou naar ons oordeel meer belicht kunnen worden dat die 'traditionele' rechtspraak is veranderd. Er is een voortdurend proces van versnelling en modernisering van de rechtspraak gaande. Het bereiken van een minnelijke regeling, vaak in een vroegtijdig stadium van de procedure, heeft daarin een steeds prominentere rol gekregen. De tegenwoordige rechter is ook veel meer dan zijn vroegere ambtgenoot opgeleid en toegerust om geschillen grondig met partijen door te spreken, achterliggende belangen boven tafel te krijgen en te onderzoeken of een schikking tot de mogelijkheden behoort. Soms doet de rechter dat mede met behulp van technieken die ook door mediators worden toegepast. Evenals een mediator kan een rechter zo'n schikking betrekken op een breder gebied dan het voorgelegde conflict. Rechters doen dat ook steeds vaker, streven ernaar waar mogelijk ook het "achterliggende conflict" boven tafel te krijgen en op te lossen. Schikkingen worden door rechters op grote schaal tot stand gebracht, en deze zijn niet op voorhand minder waardevol of conflictoplossend dan een oplossing die wordt bereikt via een mediator. Door waar dat mogelijk en nuttig is voorlopige oordelen en oordeelsrichtingen kenbaar te maken, kan de rechter ook de totstandkoming van een schikking stimuleren. In zoverre past een kanttekening bij de aansporing tot verwijzing naar mediation die van het voorstel uitgaat, zeker als die verwijzing plaatsvindt binnen een reeds bij de rechter aanhangige zaak.

7. Daarbij aansluitend merken wij op dat vermelding in de toelichting van kwantitatieve gegevens over het aantal bij de rechter bereikte schikkingen nuttig zou zijn. Cijfers daarover zouden de toename van het aantal verwijzingen door rechters naar mediation<sup>1</sup> in perspectief kunnen plaatsen.

8. In de memorie van toelichting (blz. 21) wordt opgemerkt dat de gang naar de rechter doorgaans duurder is dan mediation. Wij vroegen ons af op welke feitelijke informatie deze opmerking gebaseerd is. Verder wijzen wij erop dat de kosten van een mediator, anders dan die van een rechtszaak, integraal door partijen zelf worden gedragen. De griffierechten die partijen in een rechtszaak moeten betalen heffen dat verschil in de regel niet op. De vraag hoe het met de advocaatkosten voor partijen is gesteld en of mediation in dat opzicht goedkoper is dan rechtspraak, valt moeilijk in zijn algemeenheid te beantwoorden. In procedures voor de rechter is rechtsbijstand niet altijd verplicht en soms kan een beroep worden gedaan op gefinancierde rechtsbijstand dan wel een rechtsbijstandverzekering. Bovendien kunnen ook bij mediations

---

<sup>1</sup> Van 2133 in 2006 naar 3008 in 2014 volgens blz. 6 van de memorie van toelichting.

advocaten betrokken zijn. Als de mediation niet slaagt en alsnog een procedure voor de rechter moet worden gestart of vervolgd, is het evident dat extra kosten worden gemaakt in vergelijking met de situatie waarin men meteen, zonder mediation, gaat procederen.

#### *C. Verplichting om mediationpoging te verwerken in procesinleidend stuk*

9. Het voorstel voorziet in een toevoeging aan de artikelen 111 en 278 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, op grond waarvan de dagvaarding of het verzoekschrift moet vermelden of partijen hebben getracht door mediation tot een oplossing voor hun geschil te komen, en zo neen waarom niet. Dit riep bij ons de vraag op waarom de (voorgestelde) wet een voorkeur voor een (bepaalde) vorm van (commerciële) alternatieve geschilbeslechting etaleert. In het licht daarvan zou overwogen kunnen worden om het voorschrift neutraler te formuleren en algemeen te richten op een minnelijke regeling, al dan niet onder begeleiding van een mediator.

10. Voor het geval toch een beperking tot een minnelijke regeling op basis van mediation wordt aangebracht, merken wij op dat de voorgestelde artikelen 111 en 278 Rv verwijzen naar mediation in algemene zin, en niet naar de mediation door een beëdigd mediator waarvoor de wet kwaliteitswaarborgen schept.

11. In meer praktische zin rijst de vraag naar de sanctie op niet-naleving van de hiervoor in punt 9 bedoelde voorschriften. Nietigheid op grond van artikel 120, lid 1 Rv zou nogal ingrijpend zijn. Verder merken wij op dat de voorschriften geen nut hebben voor zover zij zouden leiden tot nietszeggende standaardformules in gevallen waarin geen mediation heeft plaatsgevonden, zoals 'zaak niet geschikt voor mediation', 'mediation te duur' of 'eiser wil een uitspraak van de rechter'. Wij geven u in overweging om hieraan in de toelichting aandacht te besteden.

#### *D. Kernwaarden mediator*

12. In artikel 20 van het voorstel staan, zoals de memorie van toelichting (blz. 50) het omschrijft, 'enkele kernwaarden voor beëdigd mediators'. Die waarden vormen, zo vervolgt de toelichting, 'een absolute voorwaarde voor goede dienstverlening door beëdigd mediators'. In artikel 20, lid 1 van het voorstel wordt bijvoorbeeld de norm gegeven dat de mediator te allen tijde zijn onafhankelijkheid, onpartijdigheid en neutraliteit handhaaft. In artikel 22, lid 2 van het voorstel wordt echter expliciet gewezen op de mogelijkheid dat een overheidsorgaan beëdigd mediators in dienst heeft. Uit de memorie van toelichting (blz. 17 en 53) lijkt te volgen dat de opstellers van het voorstel in het bijzonder het optreden van 'interne mediators' van de Belastingdienst en het UWV voor ogen hebben gehad. De toelichting spreekt zelfs een voorkeur uit voor het gebruik van interne mediators, maar gaat niet in op de vraag hoe het optreden van dergelijke mediators zich verhoudt tot de als 'absolute voorwaarde' aangeduide eisen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en neutraliteit. Wel verwijst de memorie van toelichting op blz. 53 naar de mogelijkheid dat de overheidsinstantie en de beëdigd mediator in een professioneel statuut afspraken maken waardoor de 'volstreckte onafhankelijkheid' van de mediator verzekerd wordt. Wij vragen ons af of de wet en/of de toelichting mede tegen deze achtergrond niet wat concreter zouden kunnen zijn over de kernwaarden van een beëdigd mediator, in ieder geval over de voorwaarden waaronder de onafhankelijkheid van een beëdigd mediator is gewaarborgd indien hij in dienst is van een partij bij de mediation. Daarbij zou onzes inziens niet alleen aandacht moeten worden besteed aan de feitelijke onafhankelijkheid van de mediator, maar ook aan de vraag of de wederpartij bij de mediation in redelijkheid grond kan hebben om aan die onafhankelijkheid te twifelen.

13. Artikel 22, lid 2 van het voorstel bepaalt dat bestuursorganen ‘bij voorkeur’ gebruik maken van beëdigd mediators. Het is ons opgevallen dat deze bepaling vrijblijvender is geformuleerd dan de vergelijkbare regeling voor de raden van rechtsbijstand, die in beginsel een verplichting behelst (artikel 22, lid 1 in verbinding met lid 3). De vraag rijst of niet juist de overheid zich zou moeten onthouden van inschakeling van mediators – zeker ‘interne’ mediators – die niet voldoen aan de in het wetsvoorstel voorziene kwaliteitsgaranties.

#### *E. Verjaring*

14. Voorgesteld wordt om artikel 3:316 BW aan te vullen met een lid 5, inhoudende dat de verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit door de aanvang van een mediation onder begeleiding van een beëdigd mediator. Verjaring wordt niet gestuit door schikkingsonderhandelingen tussen partijen indien nog geen vordering is ingesteld en de onderhandelingen plaatsvinden zonder tussenkomst van een mediator. Wij geven u in overweging dit verschil in behandeling in de toelichting nader te onderbouwen. Wij merken overigens op dat de beëdigd mediator die wordt geacht ook op dit punt over juridische kennis te beschikken (zie de toelichting op blz. 58), er ook voor zou kunnen zorgen dat de vordering wordt gestuit langs de weg van artikel 3:317 BW.

15. De bepaling dat verjaring wordt gestuit ‘door de aanvang van een mediation’ zal aanleiding kunnen geven tot geschillen, omdat geen duidelijk tijdstip wordt gemarkeerd waarop de mediation aanvangt. Wij geven u in overweging om voor de stuiting van de verjaring aan te knopen bij een duidelijker aan te wijzen moment, zoals het ondertekenen van de schriftelijke mediationovereenkomst waarin de desbetreffende vordering(en) is (zijn) omschreven (vgl. het voorgestelde artikel 7:471, lid 2 BW). Een verwijzing naar de omschrijving van de desbetreffende vordering(en) verdient aanbeveling, omdat niet op voorhand duidelijk behoeft te zijn welke vordering(en) door een mediation wordt of worden bestreken. Een alternatief zou zijn dat in de wet wordt bepaald dat een omschrijving van de vordering(en) door de mediator geldt als ondubbelzinnige mededeling in de zin van artikel 3:317, lid 1 BW.

16. Voorts worden vragen opgeroepen door de regeling van de gevolgen van stuiting in het voorgestelde artikel 3:319, lid 4 BW. Deze regeling is naar ons oordeel nogal gecompliceerd. Als overzichtelijker alternatief zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan een regeling die na stuiting een nieuwe, ‘normale’ verjaringstermijn van vijf jaar laat ingaan (artikel 3:319 lid 1 BW), dat wil zeggen zonder dat de aanvang van de nieuwe termijn wordt opgeschort door de duur van de mediation en zonder dat een afwijkende termijn van drie jaar wordt geïntroduceerd.

17. Artikel 3:319, lid 4 BW verbindt voor de verjaring gevolgen aan het beëindigen van de mediation als bedoeld in artikel 7:469, lid 3 BW. In de laatstgenoemde bepaling staat: “De mediationovereenkomst kan te allen tijde schriftelijk worden beëindigd door een partij of de beëdigd mediator”. Tot wie de verklaring moet zijn gericht wordt niet duidelijk. Wij geven u in overweging om in de wettekst of in de toelichting te vermelden tot wie die verklaring gericht moet zijn.

18. Tot slot vroegen wij ons af of de stuiting van de verjaring en de aanvang van een nieuwe termijn als bedoeld in het voorgestelde artikel 3:319, lid 1 BW, voor een later oordelende rechter voldoende kenbaar zijn, gelet op de vertrouwelijkheid die door het voorgestelde artikel 7:470 BW wordt voorgeschreven.

*F. Deelgeschilprocedure*

19. De in artikel 1019ee Rv voorgestelde procedure opent de mogelijkheid om in een mediation een niet-bindend advies van de rechter te verkrijgen. Deze heeft tot doel 'een geschil (te) beslechten omtrent hetgeen tussen partijen rechtens geldt'. Deze bepaling roept enkele vragen op.
20. Wij vroegen ons af of in de huidige mediationpraktijk is gebleken dat aan een voorziening als deze behoefte bestaat. Voorts vroegen wij ons af hoeveel behoefte aan deze voorziening zal bestaan onder de voorgestelde regeling, die van een mediator ook aanzienlijke juridische kennis verlangt.
21. Wij geven u in overweging in de toelichting in te gaan op de vraag hoe het voorgestelde artikel 1019ee Rv zich verhoudt tot de doelstellingen van de wet: het ontdoen van een conflict van de juridische dimensie ten gunste van een regeling op basis van belangen, het bieden van een alternatief voor rechtspraak, en het ontlasten van de rechtspraak.
22. De deelgeschilprocedure lijkt te zijn bedoeld als een procedure die plaatsvindt op verzoek van de mediator.<sup>2</sup> Het is de vraag hoe dit zich verhoudt tot de voorlaatste zin van het voorgestelde artikel 1019ee, lid 1 Rv, waar staat dat partijen "het geding (..) voeren", en met de aanhef van dat artikellid, waaruit volgt dat het om een gemeenschappelijk verzoek van partijen gaat. Ervan uitgaande dat aan de rechterlijke beslissing (onder voorwaarden) gezag van gewijsde jegens partijen wordt toegekend, ligt dat laatste ook meer voor de hand. Wij geven u in overweging ook dit aspect te belichten in de toelichting, en daarbij in te gaan op de vraag of het niet meer voor de hand ligt om uit te gaan van een (door de mediator ingediend) verzoek van partijen. Dan ligt het in de rede het verzoek mede door partijen te laten ondertekenen.<sup>3</sup>
23. Over de formaliteiten rond de indiening van een verzoek als bedoeld in het nieuwe artikel 1019ee Rv geeft het voorstel geen nadere voorschriften. Dat is wel gebeurd in de bestaande regeling over deelgeschillen in artikel 1019x Rv, waarvan het eerste lid voorschriften bevat over de bevoegde rechter en het derde lid regelt welke informatie het verzoek dient te bevatten. Wij geven u in overweging om soortgelijke formele voorschriften in artikel 1019ee Rv op te nemen of – als u ervoor kiest dat niet te doen – het verschil met artikel 1019x Rv toe te lichten.
24. Ook over de te volgen procedure is niets specifiek geregeld, afgezien van de twee slotzinnen van artikel 1019ee, lid 1 Rv, die een vrijblijvend karakter hebben. Mede in verband met de onduidelijkheid over de vraag wie als verzoeker heeft te gelden, rijst de vraag wie de rechter voorlicht over de feiten die hij voor zijn beslissing van belang acht. Kan hij comparities en getuigenverhoren gelasten? Of moet hij inlichtingen inwinnen bij de mediator? En is het in verband daarmee in alle gevallen realistisch om voor te schrijven dat de rechter binnen zes weken beslist?
25. In de memorie van toelichting (bladzijde 67) staat vermeld dat het de verantwoordelijkheid van de beëdigd mediator is "om aan de rechter door te geven of, en zo ja per wanneer, de

<sup>2</sup> Zo blijkt althans uit de inleiding op onderdeel F op blz. 66 van de memorie van toelichting, onder meer in de passage over relatieve competentie.

<sup>3</sup> Hetzelfde geldt voor het voorgestelde artikel 1019ff, lid 1 Rv. Artikel 1019ff, lid 3 is wel geformuleerd als een verzoek van partijen dat door de mediator wordt ingediend.

Datum: 29 september 2016

Kenmerk: UIT-P/2016/1362

Pagina: 6 van 6

partijen de rechterlijke beslissing in een overeenkomst hebben overgenomen." Deze verantwoordelijkheid is echter niet in de voorgestelde wettekst verwoord als een verplichting van de mediator. Verder adviseren wij u om in de toelichting aandacht te besteden aan de vraag welk doel deze verantwoordelijkheid dient.

26. Tot slot merken wij op dat in artikel 31 van het voorstel een hoger griffierecht wordt voorgesteld voor bekrachtiging op de voet van artikel 1019ff Rv dan voor de deelgeschilprocedure van artikel 1019ee Rv. Die bekrachtiging vereist op het eerste gezicht echter een geringere rechterlijke inspanning dan een eigen oordeel van de rechter in de deelgeschilprocedure.

#### *G. Mediation in het bestuursrecht*

27. Het voorgestelde artikel 8:41a Awb geeft mediation een wettelijke plaats binnen het bestuursrecht. Mediation kan volgens die bepaling worden overwogen indien dit de rechter "gelet op de aard van het geschil geraden voorkomt". De toelichting bevat geen opsomming van gevallen die zich lenen voor oplossing door mediation, iets dat wel gebeurd is met betrekking tot civielrechtelijke geschillen (blz. 64 van de toelichting). Gelet op de verschillen tussen het civiele recht en het bestuursrecht, en op de abstractie van de verwijzing naar de "aard van het geschil", verdient het aanbeveling dat de praktische betekenis van mediation in het bestuursrecht met enige voorbeelden wordt geïllustreerd.

28. Bij de toelichting op het voorgestelde artikel 8:41a Awb zou wellicht met voorbeelden kunnen worden verduidelijkt in welke gevallen sprake zou kunnen zijn van "meer en andere oplossingen dan de bestuursrechter wellicht bij een uitspraak in de zaak kan bieden" (memorie van toelichting blz. 72).

29. Het voorgestelde artikel 8:41a Awb verplicht de bestuursrechter te onderzoeken of "een rechtmatige minnelijke oplossing" mogelijk is. Aan de hand van welke maatstaf moet de bestuursrechter beoordelen of een minnelijke oplossing rechtmatig is? Moet een compromissaire oplossing ter voorkoming van (een verder) geschil over de toepassing van de wet in een concreet geval, ook zelf in overeenstemming zijn met de wet? Die eis wordt in artikel 7:900, lid 1 BW niet gesteld aan een vaststellingsovereenkomst: deze is naar haar aard bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken. Wanneer bijvoorbeeld in geschil is of een bepaalde uitgave fiscaal aftrekbaar is of niet, en partijen bij wijze van compromis afspreken dat 50 % van die uitgave kan worden afgetrokken, is die afspraak zelf niet in overeenstemming met de wet (ervan uitgaande dat die kosten op grond van de wet hetzij volledig aftrekbaar hetzij in het geheel niet aftrekbaar zijn). Is zo'n compromis nu aan te merken als een rechtmatige minnelijke oplossing? Het kan wel een aanvaardbare vaststellingsovereenkomst zijn als partijen hun proceskansen ieder op 50 % inschatten, en op deze manier met inachtneming van die kansen hun geschil willen beëindigen. Wij verwijzen in dit verband ook naar het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU7728.

Hoogachtend,



M.W.C. Feteris  
President



J. Silvis  
Procureur-Generaal