

Reactie bureau NOvA op ‘aanbevelingen wetgeving mediation’ van de MfN d.d. 19 juni 2019

Dit document van de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) bevat opmerkingen en aanbevelingen naar aanleiding van het stuk ‘aanbevelingen wetgeving’ uit januari 2019 van onder andere de MfN. Het betreft een op ambtelijk niveau door het Ministerie van Justitie en Veiligheid gevraagde reactie. De adviescommissies Mediation en Personen- en familierecht hebben inbreng geleverd.

Conclusie

De NOvA heeft grote bezwaren tegen de aanbevelingen van de MfN. Zij adviseert dan ook om deze aanbevelingen niet over te nemen.

Een in het oog springend punt blijft het ontbreken van een antwoord op de vraag wat nut en noodzaak voor regulering van mediation zijn. Deze voorvraag signaleerde de NOvA al in haar reactie op het wetsvoorstel ‘Bevordering mediation’ van 26 september 2016. Alvorens nieuwe plannen te maken, moeten problemen, knelpunten en behoeftes duidelijk zijn. Dat vergt gedegen onderzoek.

De Nederlandse advocatuur is een groot voorstander van mediation. Dit blijkt niet alleen uit het grote aantal advocaten die ook mediator zijn, maar ook uit de vele verwijzingen door advocaten naar mediation, bijvoorbeeld in het herstelrecht en in het familierecht.

Kernpunten

De reactie van de NOvA betreft kort samengevat de volgende punten:

- Mediation stimuleren is zinvol wanneer duidelijk is waar winst te behalen is. Voor de hand liggen (eenvoudige) aanpassingen in bestuursrechtelijke procedures én een toevoeging in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Laat nieuwe wetgeving – ‘if any’ - hoofdzakelijk ‘light’ zijn.
- Regeling van geheimhouding en de (bewijskracht van de) mediationovereenkomst is niet wenselijk. De rechtspraak kan goed uit de voeten met de staande praktijk.
- Additionele procesrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen voor mediators zijn niet nodig, niet zinvol en niet verstandig (indiening verzoekschrift echtscheiding, verlenen executoriale titel aan VSO). De specifieke juridische basis die nodig is om te kunnen procederen of om een stuk te passeren dat voor ten uitoverlegging vatbaar is, ontbreekt bij veel mediators. Daarmee kunnen zij niet voorzien in wezenlijke waarborgen (advies, onafhankelijke controle).
- Mediation is één van de instrumenten die de advocaat / geschillenprofessional in zijn gereedschapskist heeft; het is geen doel op zich.

Toelichting

In het navolgende worden de bezwaren van de NOvA puntsgewijs uiteen gezet.

1. Doel mediationwet

De NOvA onderschrijft het belang van (i) het bevorderen van mediation en (ii) het bewerkstelligen van een evenwichtige(r) samenhang tussen mediation en de behandeling in rechte. Voor

(verregaande) wettelijke verankering van het mediationberoep ziet zij geen aanleiding en de wetgever zou dit ook niet moeten willen. Er zijn meer doeltreffende manieren om te komen tot stimulering van mediation en een evenwichtiger inpassing van mediation in de keten van geschilbeslechting.

2. Stimulering mediation

De aanbeveling van de MfN lijkt te willen zeggen dat mediation gestimuleerd moet worden door het opnemen van een materiële norm in het civiele recht en het bestuursrecht, en een formele norm in het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht. De civielrechtelijke component is in materiële - en in formele zin beter uitgewerkt.

De bestuurs(proces)rechtelijke component oogt nog wat summier. Daar is echter wel winst te behalen. Een groot deel van de geschillen die leiden tot procedures en waar mediation gestimuleerd zou kunnen worden, betreft procedures tegen de overheid. De stimulering van mediation in procedures tegen de overheid verdient nadere uitwerking. Hier winst boeken is goed voor rechtspraak, de burger en de betrokken bestuursorganen. De vraag is of dit door middel van voorlichting en training of door middel van wetgeving zou moeten bevorderd.

In het bestuursrecht lijkt het opnemen van een materiële norm te leiden tot een dode letter. Tegelijkertijd is het impliciete voorstel om de rechtzoekenden het recht op mediation te geven ten opzichte van de overheid, in aanvulling op het stelsel van bezwaar en beroep, een brug te ver. Deze wetswijziging is dermate verstrekkend dat een snelle wijziging onwaarschijnlijk is. Daarmee schiet men voorbij aan het doel op korte termijn, te weten het stimuleren van mediation.

Een nieuwe, tamelijk open, materiële norm biedt ook in het civiele recht geen meerwaarde. Enkele voorbeelden laten zien dat de wet al voorziet in dwingende aanknopingspunten voor een buitengerechtelijk traject, zoals (i) de verplichting bezwaren kenbaar te maken aan de vennootschap in het enquêterecht (2:349 BW), het overlegvereiste bij collectieve acties (art. 3:305A BW) en de ingebrekestelling die doorgaans vereist is om bij opeisbare verbintenissen verzuim te doen ontstaan.

De NOvA ziet meer in een beperkte regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Procespartijen dienen dan mediation als optie te onderzoeken, bijvoorbeeld door vermelding in de dagvaarding verplicht te stellen of mediation heeft plaatsgevonden. Dit vraagt een (eenvoudige) aanpassing van artikel 111 Rv. Op het niveau van lagere regelgeving, zoals de procesreglementen, is te denken aan de mogelijkheid om de rechter in overweging te geven om het geschil te verwijzen naar mediation. Deze mogelijkheid bestaat nu ook al, maar zou dan breder worden verankerd.

3. Geheimhouding

Op dit punt vragen de MfN aanbevelingen eigenlijk om regulering van het beroep van mediator. Immers, beoogd wordt de geheimhoudingsplicht op te nemen in de wet. De wijze waarop de rechtspraak belangrijke aspecten van mediation beoordeelt, laat zien dat een (nodeloos) fixerende wettelijke regeling geen meerwaarde biedt, zoals vertrouwelijkheid en de (bewijsrechtelijke) status van de mediationovereenkomst. Het ligt voor de hand dat de rechter in een voorkomend geval prudent zal omgaan met de vraag of met afweging van alle betrokken belangen geheimhouding zal worden gerespecteerd op grond van artikel 165 lid 2 onder b jo. artikel 179 lid 2 Rv. De uitspraak van de Hoge Raad van 10 april 2009 (RvdW 2009, 512) was gebaseerd op de situatie in 2009 toen er nog niet van een vastomlijnde groep van mediators sprake was die voldeed aan zekere

opleidings- en andere kwaliteitseisen. Het landschap is inmiddels sterk veranderd. De zelfregulering van het veld door de aansluiting van de belangrijkste, representatieve organisaties in een alliantie (MfN) met door al die verenigingen gedragen en toegepaste opleidings- en kwaliteitseisen, mede vertaald in uniforme gedragsregels en een reglement, stellen de uitspraak van de Hoge Raad uit 2009 in een heel ander daglicht. (Vergelijk ECLI:NL:HR:2013:BY7845, verschoningsrecht voor een bij de NJV aangesloten journalist). Op grond van artikel 153 Rv kunnen de in mediation te maken afspraken worden gegoten in de vorm van een bewijsovereenkomst. Dat is mogelijk waar dit bewijs betreft van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die ter vrije beschikking van partijen staan. Dit maakt een wettelijke regeling onnodig en mogelijk ook onvoldoende bestand tegen de ontwikkelingen in de toekomst. De minister riskeert een onnodige aanpassing van het bewijsrecht. Dat maakt een snelle verbeteringsslag onwaarschijnlijk zonder dat dit opweegt tegen de stand van de jurisprudentie.

4. Toegang tot de rechter: mediationrechter

De behoefte aan een rechterlijk oordeel over deelgeschillen is in mediation niet evident. Een zogenaamde mediationrechter is niet nodig. Via het bestaande artikel 96 Rv. zijn deelgeschillen al aan de rechter voor te leggen. Dit kan zonder het inschakelen van een advocaat.

De aanbevelingen maken mogelijk dat een mediator namens partijen een procedure bij de rechtbank kan starten terwijl aan de deskundigheid van de mediator geen eisen worden gesteld. Het is onmogelijk dat een mediator, die niet is opgeleid in het (proces-) recht, zou kunnen inschatten wanneer het voeren van een procedure of een deelgeschil noodzakelijk of zinvol is. Voorts ligt het voor de hand dat deze mediator fouten zal maken bij het procederen, waardoor de procedure zal worden vertraagd en de kosten zullen oplopen. Het procesrecht is nu eenmaal een complexe aangelegenheid en een fout is snel gemaakt. Men denke hier aan het laten verstrijken van fatale termijnen, of het indienen van een gebrekkig verzoekschrift, met alle ernstige consequenties van dien. De NOvA vreest dat deze aanbeveling zal leiden tot een wildgroei aan onnodige procedures.

Daarbij staat het partijen op dit moment al vrij om tijdens mediation een (bindend) advies te vragen aan een derde deskundige. Partijen kunnen daarbij afspreken dat het advies slechts bindend zal zijn als de mediation slaagt en partijen algehele overeenstemming bereiken middels een schriftelijke overeenkomst. De NOvA meent dat de voorgestelde procedure geen toegevoegde waarde heeft. Het betreft hier slechts een kostbare en onnodige extra gang naar de rechter.

5. Toegang tot de rechter

Verzoekschrift echtscheiding

Het toekennen aan de mediator, die geen advocaat is, van de mogelijkheid om een echtscheidingsverzoek in te dienen vormt een uitzondering op het beginsel van de verplichte procesvertegenwoordiging door advocaten. Dit opent een doos van Pandora:

- De samenwerking rondom het indienen van deze verzoekschriften tussen niet-juridisch onderlegde mediators en advocaten verloopt naar behoren. Er is geen probleem dat opgelost moet worden.
- De advocaat heeft ook in die ogenschijnlijk geringe rol een wezenlijke controlerende en adviserende taak. Verplichte procesvertegenwoordiging helpt de belangen te bewaken van (soms zeer kwetsbare) rechtzoekenden; niet-advocaat mediators hebben die kennis en ervaring niet.

- Het toekennen van procedeerbevoegdheid aan de mediator leidt tot het ontstaan van een beroepsgroep die kan procederen zonder dat kwaliteitscriteria en toegespitste relevante opleidingseisen bestaan.
- Uit de aanbevelingen blijkt niet hoe verstrekkend de procesbevoegdheid van de mediator zou moeten zijn. Gaat het bijvoorbeeld slechts om het verzoeken van de echtscheiding en de bekrachtiging van echtscheidingsconvenant of heeft de mediator tevens de bevoegdheid om nevenverzoeken als in de zin van art. 827 Rv te doen? Nevenverzoeken zijn kinder- en partneralimentatie, verdeling en verrekening van huwelijksvermogen, ouderlijk gezag, verdeling van zorgtaken en het hoofdverblijf van minderjarige kinderen.
- De NOvA vraagt zich ook af wie aan de rechter de standpunten van partijen voorlegt en wie deze standpunten voor de rechter uitwerkt. Er zullen immers gevallen zijn waarin het geschil tussen partijen speelt een nadere toelichting vergt, waarbij ook de standpunten van partijen beargumenteerd/toegelicht zullen moeten worden. Als de mediator dat moet doen, ontstaat er een lastige situatie. Hij dient zich dan in zijn rol als mediator eerst op te stellen als advocaat van de ene partij, en daarna als advocaat van de andere partij. De neutraliteit van de mediator komt daarmee onder zeer zware druk te staan.

Executoriale titel

De gedachte dat de mediator een vaststellingsovereenkomst kan voorzien van een executoriale titel, is onverstandig:

- Op dit vlak bestaat in de praktijk geen omissie. Een schikking is vast te leggen in een met notariële tussenkomst opgestelde vaststellingsovereenkomst. Zo'n authentieke akte is voor onmiddellijke tenuitvoerlegging vatbaar. Bij verwijzing naar mediation door de rechtbank, heeft vastlegging van de regeling aan het proces-verbaal eenzelfde effect.
- Beide routes bieden een vorm van onafhankelijke controle (notaris, rechter) die de rechtszekerheid dient. Gelet op de ongereguleerdheid van het mediatorschap en de diverse achtergrond van mediators, leidt vervanging van de deskundige en ervaren notaris of rechter door een mediator tot een verlies aan waarborgen.

6. Mediatorregister en registerhouder

Het huidige stelsel, waarin de markt de rol van de mediator definieert en verscheidene organisaties een eigen register houden, functioneert naar behoren. Een wettelijk register en wettelijke criteria leiden niet tot verbetering. Met name de MfN regels en het MfN register geniet zo'n draagvlak in de mediator-gemeenschap, dat deze een betrouwbaar beeld geven van de opvattingen van de beroepsgroep. In dit licht is het relevant om erop te wijzen dat een amendement gericht op wettelijke verankering van het profiel van arbiters geen kamermeerderheid achter zich wist te scharen (Zie TK 2012-2013, 33611, nr. 3, p. 7). Mutatis mutandis zou een plan om wettelijke eisen aan mediators te stellen op eenzelfde reactie mogen rekenen.

7. (Advies)commissie mediation

Nu een wettelijke registerhouder en regulering van het beroep van mediator geen doel dienen, is het nut van een (advies)commissie mediation, zoals in het stuk voorgesteld, nihil.

8. Stimulering mediation buiten de wet

De rode draad is dat de rechtzoekende niet gebaat kán zijn bij vermindering van rechtsbescherming om diezelfde rechtzoekende, maar dan via mediation, zelfredzamer te maken. Dan gebeuren er ongelukken. Mediation is slechts één van de middelen om tot geschiloplossing te komen; geen doel op zich. Evenmin leidt mediation altijd tot een oplossing. Het kan zelfs tot vermeerdering van kosten leiden.

De NOvA staat effectieve conflictoplossing mét rechtsbescherming voor. Mediation kan daarbij een rol kan spelen. Andere, hybride vormen van geschillenbeslechting krijgen in dit kader nog weinig aandacht, maar kunnen ook effectief zijn.

Kleine, niet fundamentele wijzigingen kunnen een wenselijke stimulans geven, zonder dat de waarborgen van het huidige systeem op de helling komen te staan. Te denken valt aan de vermindering of teruggaaf van griffierecht aan procespartijen wanneer een schikking tot stand komt, al dan niet via mediation. Ondertussen blijft dan de toegang van rechtzoekende tot gedegen (juridisch) advies en rechtsbijstand overeind.