

Ministerie van Veiligheid en Justitie
t.a.v. de heer mr. G.A. van der Steur
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 3 oktober 2016
dossiernummer: 101060
uw kenmerk: Consultatie wetsvoorstel Bevordering Mediation
telefoonnummer: 070 -335 35 27
e-mail: l.korsten@advocatenorde.nl

Betreft: Consultatiereactie wetsvoorstel Bevordering Mediation

Geachte heer Van der Steur,

Bij brief van 12 juli 2016 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd uw wetsvoorstel inzake Bevordering Mediation. De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft primair zijn adviescommissie Mediation, alsmede (specifiek ten aanzien van mediation in de echtscheidingspraktijk) de adviescommissie Personen- en familierecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de beide genoemde adviescommissies. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissies en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

In dit verband breng ik volledigheidshalve ook het eerdere en overeenkomstige door de NOvA ingenomen standpunt over mediation in herinnering, vervat in het position paper d.d. 29 juni 2015, zoals eerder aan uw departement is toegezonden.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissies van de NOvA

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van	: De Algemene Raad (AR) van de NOvA
Datum	: 29 september 2016
Betreft	: NOvA reactie op consultatie wetsvoorstel Bevordering Mediation

SAMENVATTING

Conclusie

De NOvA is uitgesproken vóór de brede inzet van mediation. De NOvA ziet echter, de inmiddels gegroeide mediation-praktijk in Nederland in beschouwing nemend, geen toegevoegde waarde in het reguleren van zowel het *instrument mediation* als van de *mediator*, zoals het voorliggende wetsvoorstel beoogt. Onduidelijk is voor welk probleem dit wetsvoorstel een oplossing biedt. Het wetsvoorstel zal op een groot aantal vlakken een contraproductieve invloed hebben op de thans ontstane en groeiende praktijk in mediation; dat zou ten koste gaan van de brede en nog te verbreden inzet van mediation zoals ook de NOvA die graag zou zien.

Indien toch tot enige vorm van regulering zou worden overgegaan, vormt een aanvaardbaar alternatief de invoering van een algemeen (wettelijk) kader voor de verdere stimulering van (*enkele*) *het instrument mediation*. Daarin zou kunnen worden volstaan met het vastleggen van de principes van mediation (als vrijwilligheid, vrijblijvendheid, vertrouwelijkheid, onafhankelijkheid en neutraliteit van de mediator). Een door de NOvA nader uit te werken onderdeel van dat kader zou vervolgens specifiek betrekking hebben op advocaten die mediator zijn.

Ook hierbij dient er onverkort voor gewaakt te worden dat de flexibiliteit (en daarmee de kracht) van mediation niet door overregulering teniet wordt gedaan.

Opbouw van de consultatiereactie

Deze reactie van de NOvA bevat achtereenvolgens:

- I. Inleiding en samenvatting van de consultatiereactie van de NOvA
- II. Artikelsgewijs commentaar, en
- III. Een nadere uitgewerkte onderbouwing van de consultatiereactie.

De consultatiereactie is primair opgesteld door de Adviescommissie Mediation van de NOvA, aangevuld, specifiek ten aanzien van de voorgestelde aanpassing van artikel 1019 Rv, met een reactie van de Adviescommissie Personen- en familierecht van de NOvA.

CONSULTATIEREACTIE

I. Inleiding en samenvatting advies

De advocatuur is uitgesproken vóór de brede inzet van mediation. Het uitoefenen van het mediatorschap in combinatie met het beroep van advocaat, is sterk in opkomst. Van de grofweg 3000 geregistreerde mediators zijn er ruim 900 advocaat. Mediation kan een belangrijke bijdrage leveren aan een voor beide partijen bevredigender oplossing. De onzekerheid van een procedure is vaak onwenselijk, maar ook enkele recente ontwikkelingen, zoals een forse verhoging van de griffierechten, maken een buitengerechtelijke oplossing soms noodzakelijk. Daarnaast is het voor

veel partijen aantrekkelijk om te zoeken naar een duurzame oplossing die zij geheel naar eigen wens kunnen bepalen. Een belangrijk aspect van mediation is dat het dejuridiseert, zodat er over werkelijke wensen en belangen gepraat kan worden. Waarom dan nu toch een wet om dit buitengerechtelijke fenomeen strak te reguleren?

Mediation wordt op dit moment veelal geregeld door de gedragsregels van de MfN (Mediatorsfederatie Nederland). Voor het overige bepalen de partijen zelf de contouren van de mediation. Dat biedt veel ruimte. Juist dáárin zit de kracht van mediation. Die ruimte wettelijk inperken druist in tegen het wezen van mediation. De NOvA meent dat de huidige situatie niet veranderd hoeft te worden door middel van regelgeving. Sterker nog: de huidige situatie is goed. Er is geen wet nodig voor meer erkenning van mediation. Wetgeving moet volgen uit een behoefte aan codificatie – bij mediation is die er juist niet. Zoals gezegd schuilt daarin mede haar kracht.

Natuurlijk is er ruimte voor verbetering. De rechtzoekenden, degenen die in een conflict zijn betrokken, moeten terechtkomen bij een adequaat toegeruste professional. In de advocatuur vergemakkelijken specialisatieverenigingen en het bestaan van deskundige mediation-advocaten het vinden van deskundigheid. Mediators kunnen zich al onderscheiden via specialistenverenigingen. Mediators zijn steeds beter georganiseerd en de groep is steeds minder versnipperd. De beroepsgroep investeert zelf in de bevordering en handhaving van kwaliteitseisen, onder meer door een systeem van peer review, PE-eisen, verplichte intervisie alsmede gedragsregels en tuchtrecht. De NOvA verwacht een toenemende toepassing van het instrument mediation, ook door advocaten.

Concluderend ziet de NOvA, ten opzichte van inmiddels gegroeide mediation-praktijk geen toegevoegde waarde in het reguleren van zowel het *instrument mediation* als van de *mediator*, zoals het voorliggende wetsvoorstel beoogt.

Een aanvaardbaar alternatief vormt de invoering van een algemeen (wettelijk) kader voor de verdere stimulering van het instrument mediation, waarin volstaan zou kunnen worden met het vastleggen van de principes van mediation (als vrijwilligheid, vrijblijvendheid, vertrouwelijkheid, onafhankelijkheid en neutraliteit van de mediator).

Een (door de NOvA) nader uit te werken onderdeel van dat kader zou vervolgens specifiek betrekking kunnen hebben op advocaten die mediator zijn. Ten behoeve van die uitwerking kan, bijvoorbeeld aangaande de gedragsregels voor advocaten, in de thans plaatsvindende evaluatie van die regels (Commissie Loorbach) specifiek aandacht worden besteed aan het fenomeen advocaat-mediator.

Dubbelingen in onder andere deontologie en tuchtrecht dienen zoveel als mogelijk voorkomen te worden voor advocaten die tevens mediator zijn. Ook dienen overlappende kwaliteitseisen vermeden te worden: deze dienen in elk geval niet van dien aard te zijn dat daarmee de facto wordt bereikt dat een advocaat naast zijn advocatuurlijke werkzaamheden niet meer als mediator zou kunnen optreden. Uitval van advocaat-mediators acht de NOvA niet in het belang van de rechtzoekende waar de advocaat met diens brede juridische kennis en kunde een toegevoegde waarde heeft binnen de groep van mediators.

In het algemeen dient ervoor gewaakt te worden dat de flexibiliteit (en daarmee de kracht) van mediation niet door overregulering teniet wordt gedaan. Zoals hierna zal worden uiteengezet, denkt de NOvA dat vooral de voorgestelde regels die de figuur van de mediator regelen, met onder andere inschrijvingseisen, vlieguren en de daarmee samenhangende kosten in de praktijk averechts zullen uitwerken.

Tot slot van deze inleiding zou de NOvA de vergelijking willen maken met arbitrage en de recente wens om ook dat veld nader te reguleren. Zeer recentelijk is het wetsvoorstel waarbij kwaliteitseisen zouden worden opgelegd aan arbiters, door de Tweede Kamer afgekeurd, omdat het zou leiden tot overregulering. In de kern verschilt het nu voorliggende wetsvoorstel inzake mediation niet van dat met betrekking tot arbiters. Het feit dat dit wetsvoorstel niet door de Tweede Kamer is aangenomen, zou een duidelijk signaal moeten zijn ten aanzien van het wetsvoorstel Bevordering Mediation. Wat voor arbitrage geldt, moet nog sterker gelden voor mediation. Anders dan arbiters nemen mediators geen beslissingen met rechtsgevolg, laat staan beslissingen die zeer beperkt in rechte aan te tasten zijn.

Samengevat:

De NOvA is tegen het wetsvoorstel in de huidige vorm. Onduidelijk is voor welk probleem dit wetsvoorstel een oplossing biedt. Niet is aangetoond dat de wetgeving zoals wordt voorgesteld zal bijdragen aan bevordering van mediation. Ook is er geen reden om aan te nemen dat de kwaliteit van de huidige 'infrastructuur' tekort zou schieten. Het wetsvoorstel gaat te veel uit van een '*one-size-fits-all*' benadering en is contraproductief, want het leidt tot:

1. Juridisering van mediation, alsmede onvrijwillige mediations. Indien de rechter (de facto) tot mediation verplicht waar partijen geen mediation willen, dan leidt dit tot onwenselijke en oneigenlijke (onvrijwillige) vormen van mediation, met alle daaraan gekoppelde vervolgpcedures en meerkosten van dien. Mediation '*in the shadow of the law*' zou bovendien rechtstreeks afbreuk doen aan de kracht en de groeiende markt, vooral in het geval gemotiveerd moet worden waarom geen mediation is beproefd voorafgaande aan het initiëren van een procedure, maar ook, zij het in mindere mate, in geval van verwijzing door de rechter tijdens een reeds lopende procedure.
2. Verhoging van administratieve lasten, mogelijk leidend tot hogere uurtarieven, en toegangsbelemmerende inschrijvingseisen en -procedures. Te verwachten is dat er maar enkele honderden mediators in het met het wetsvoorstel beoogde register zullen worden opgenomen, hetgeen niet in het belang van rechtzoekenden is. Bovendien bestaat het risico dat dit leidt tot een '*closed shop*' van beëdigde mediators. Startende mediators kunnen niet aan de vliegurennorm voldoen, zeker niet nu enkel betaalde mediations mee zouden tellen. Daar bovenop komen de extra kosten (voor de in te stellen commissie mediation, de tuchtrechtspraak, kwaliteitstoetsen, etc.) die moeten worden gedragen door, naar de NOvA vreest, een veel kleinere groep mediators dan voorzien. De vraag is of de mediators die in aanmerking zouden komen om in het register opgenomen te worden in staat zijn die extra kosten te dragen. Hier komt bij dat elke twee jaar uitgebreid getoetst wordt of de mediator nog ingeschreven mag blijven. De mediator moet weer allerlei bewijsstukken produceren en – vermoedelijk – voor deze procedure administratieve kosten betalen. Al deze aspecten kunnen een reden zijn om niet in het register opgenomen te willen worden.
3. (Over-)Regulering, terwijl de markt geen behoefte heeft aan regulering en de wetgever bovendien opereert in strijd met de EU-tendens van deregulering.
4. Een inbreuk op het principe van de scheiding der machten en op de onafhankelijkheid van de mediator. De Minister heeft te veel petten op, want stelt onder andere de commissie mediation in, beheert het register, én kan mediators in- en uitschrijven. Dat vormt een

inbreuk op de scheiding der machten en is ongebruikelijk vergeleken met de wijze waarop andere beroepsgroepen georganiseerd zijn. Dit bedreigt de onafhankelijkheid van de mediator én de effectiviteit en doorgroei van het instrument.

5. Onduidelijkheid over het verschoningsrecht. Hoewel in de mediation-praktijk aan een verschoningsrecht in het merendeel van de gevallen geen behoefte bestaat (en de geheimhouding thans ook in afdoende mate privaatrechtelijk middels de mediation-overeenkomst wordt geregeld), zou een wettelijke geheimhoudingsplicht onder omstandigheden tot een verschoningsrecht moeten kunnen leiden. Het is overigens aan de rechter om te bepalen of een beroep van de mediator op het verschoningsrecht moet worden gehonoreerd¹. In 2009 oordeelde de Hoge Raad² dat het beroep van de mediator nog onvoldoende ontwikkeld was om het verschoningsrecht toe te kennen. Wat hier ook van zij, voor het functioneren van de mediator is het verschoningsrecht geen noodzakelijke voorwaarde. De kwestie van het (al dan niet) toekennen van het verschoningsrecht vormt in elk geval geen grond om te komen tot een wettelijk systeem van registratie zoals nu wordt voorgesteld.³

Het feit dat in (de Europese richtlijn die specifiek ziet op) *cross-border mediations* wel een verschoningsrecht geldt, vormt naar de mening van de NOvA een oneigenlijk argument om voor het volledige palet van mediation in de Nederlandse context, waarop het voorliggende wetsvoorstel ziet, een aan dat verschoningsrecht te koppelen wettelijk regime op te tuigen, waaronder een wettelijk register voor mediators.

6. Veel onduidelijkheid voor mediators maar ook voor rechtzoekenden, omdat nog veel geregeld wordt in qua inhoud onbekende AMvB's. Dat werkt als een *black box*: waar is het veld aan toe?
7. Een rolvervaging van de mediator, door hem ook de rol van procesvertegenwoordiger toe te kennen (verzoek ex art. 1019ee Rv) en hem verplicht de vaststellingsovereenkomst te laten mee-tekenen, waardoor het risico ontstaat dat zijn neutraliteit en onafhankelijkheid in gevaar komt. Bovendien leidt ook dit tot juridisering van mediation
8. Vernauwing van mediation, waar deze in de praktijk veel ruimer is dan de wetgever nu doet voorkomen. Mediation is niet een appendix van de gerechtelijke procedure, maar is veel breder. Denk hierbij aan bijvoorbeeld buurtbemiddeling. Mediations worden idealiter beproefd voordat sprake is van een procedure.
9. Onduidelijkheid omtrent het gebruik van mediation door de overheid. Het is te betreuren dat de overheid via een zijweg online mediation invoert (Rechtwijzer) waar nauwelijks kwaliteitswaarborging of toetsing geldt voor de inschrijving als mediator, terwijl juist het voorliggende wetsvoorstel gericht is op verbetering van kwaliteit van mediation. Daar waar

¹ Ter achtergrond: artikel 165 lid 2 sub b vergt een geheimhoudingsplicht gebaseerd op ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen in die hoedanigheid is toevertrouwd. Artikel 218 Sv spreekt van 'uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt'. Er zal dus wel sprake moeten zijn van een verankerde en erkende geheimhoudingsplicht wil een beroep op het verschoningsrecht gehonoreerd worden in civiele- of strafzaken.

² HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470.

³ Overigens hebben arbiter noch bindend adviseur een (afgeleid) verschoningsrecht; waarom zou de mediator dat dan wel moeten hebben, terwijl dat alleen maar effect zou sorteren met betrekking tot informatie die buiten de zogeheten mediation-tafel wordt gedeeld, bijvoorbeeld tijdens een intake gesprek of caucus.

de overheid mediation voor zichzelf verplicht zou kunnen stellen in deze wet, is zij vrijblijvend. Juist daar ziet de NOvA een rol voor de overheid weggelegd in de bevordering van mediation: het zelf in te zetten waar het maar kan. Helaas wordt die kans niet benut.

Al met al komt de NOvA tot de conclusie dat het voorliggende wetsvoorstel geen toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de wijze waarop mediation in de praktijk al functioneert. Integendeel, het wetsvoorstel zou contraproductief werken. Binnen de thans bestaande kaders zijn voldoende alternatieven te bedenken om mediation verder te bevorderen. De NOvA is graag bereid daaraan een bijdrage te leveren.

II. Artikelsgewijs commentaar

Hoewel de NOvA, gezien de hiervoor geformuleerde conclusie, geen toegevoegde waarde ziet in het wetsvoorstel in zijn huidige vorm, heeft de NOvA toch de moeite genomen om hierna een gedetailleerd commentaar per wetsartikel op te nemen. Het hiervoor gegeven commentaar op hoofdlijnen dient onverkort dat als leidend beschouwd dient te worden.

Artikel 1

De vraag is of de NOvA onder de definitie van een "*beroepsorganisatie*" valt. Dat zou wel wenselijk zijn omdat een substantieel deel van de MfN registermediators, namelijk circa 900, advocaat is.

De definitie van "mediation" is niet optimaal. "Onderhandelingen" zou vervangen moeten worden door "gesprekken" aangezien niet bij alle mediations onderhandeld wordt. Bijvoorbeeld in het strafrecht gaat het vaak voor een belangrijk deel om het maken van excuses.

Artikel 2

Lid 2: *Onze Minister is verantwoordelijk voor het register en kan een bewerker aanwijzen.* De Minister vervult in deze wet vele rollen: er is geen sprake van "scheiding der machten". Er is geen invloed op de keuze van "de bewerker". In het mediation-veld wordt gedacht aan de huidige beheerder van het register: MfN-SKM. De Minister zou ook de Raad voor de rechtsbijstand kunnen aanwijzen (hetgeen de NOvA overigens ongewenst zou vinden). Zie in dat verband ook de beantwoording van de vragen uit het Integraal Afwegingskader (IAK) in het kader van deze wet, met name nummer 2: "Wie zijn betrokken", waar de Raad voor rechtsbijstand als houder van een register voor mediators wordt genoemd.

Artikel 3

Lid 1

Zie voor commentaar op de vlieguren eis het commentaar op artikel 36.

Lid 2 en lid 3

Een nadere regeling van vlieguren en permanente educatie in een AMvB maakt de wet op wezenlijke punten oncontroleerbaar en vaag. Het gaat echter wel om belangrijke zaken, zoals de wijze van controleren en toetsen van de competenties en kwaliteitscriteria voor mediators.

Lid 4

Wat betreft regels voor vrijstelling en ontheffing geldt hetzelfde als hierboven met betrekking tot de leden 2 en 3 is opgemerkt.

Lid 5

Hier wordt een soort patroon / stagiaire systeem geïntroduceerd, waarbij de patroon verantwoordelijkheid draagt voor het functioneren van de "stagiaire/aspirant beëdigd mediator". In de huidige praktijk is dit systeem niet te realiseren:

In de eerste plaats is het de vraag hoe een beëdigd mediator kan instaan voor een andere mediator? Het werk wordt *real time* gedaan, coachen en steunen zou kunnen, maar verantwoordelijkheid dragen voor het handelen van de aspirant mediator, kan alleen als de patroon er altijd bij zou zijn. In de tweede plaats hebben, gezien de vlieguren norm die wordt voorgesteld en het aantal mediations in verhouding tot het aantal mediators, ervaren mediators er geen belang bij om nog onervaren mediators op te leiden. In dit verband is overigens het risico dat er een *closed shop* van beëdigd mediators zal ontstaan, meer dan reëel.

Lid 6

Waarom tellen alleen betaalde mediations mee? Het is, zoals eerder opgemerkt, onduidelijk waarom de definitie niet ook gratis mediations zou omvatten, zeker gezien het feit dat dit wetsvoorstel stelt mediation te willen bevorderen.

Lid 7

De verplichte opgave van aantallen mediations en gevolgde PE- uren zou nader uitgewerkt moeten worden in een AMvB. In het huidige MfN-register is dat redelijk eenvoudig geregeld. Waarom kan daar niet bij worden aangesloten?

Artikel 4

Hier blijkt de Minister niet alleen bevoegd de regels voor inschrijving in het register vast te stellen; hij trekt ook uitvoerende taken naar zich toe: de aanvraag tot inschrijving dient bij de Minister te worden gedaan. Zie in dit verband ook de opmerkingen bij artikel 2.

Lid 2g

Hier wordt opgave van "aandachtsgebieden" binnen mediation gevraagd. Dit zou een opmaat kunnen zijn naar specialisatie. Dat hoeft niet per se een bezwaar te zijn. Echter, dat zou geen specialisatie *op (juridische vak-) inhoud* moeten zijn. Een mediator moet niet opgelegd worden om inhoudelijke informatie te verschaffen aan partijen alsof hij een soort adviseur is. De mediator wordt als mediator niet afgerekend op diens juridische kennis. De mediator bewaakt in beginsel alleen het proces en adviseert niet over juridische vragen. Hij zorgt ervoor dat de partijen zich voldoende laten voorlichten door deskundigen (bijvoorbeeld juristen).

De volgende zin in de MvT baart de NOvA in deze context zorgen (pagina 39): "Op een mediator die zich profileert met een bepaald aandachtsgebied kan, ten aanzien van de bij dat aandachtsgebied behorende competenties, een bijzondere verantwoordelijkheid en daarmee een tuchtrechtelijke aansprakelijkheid rusten, bijvoorbeeld in het geval van een specifieke juridische deskundigheid." Zoals hiervoor is opgemerkt, behoort een mediator niet te worden afgerekend op specifieke juridische deskundigheid.

Lid 2i

De vraag is wat de ratio is van het opgeven van betaalde werkzaamheden of functies die worden verricht of de mediator voornemens is gaan te verrichten naast het zijn van beëdigd mediator.

Lid 6

De inschrijving in het register is voor twee jaar. Dit is een heel korte termijn, die veel extra kosten en bureaucratische rompslomp met zich zal brengen (en dus veel kosten voor de beëdigd mediators overeenkomstig het bepaalde in lid 8). Bij huisartsen is de inschrijvingstermijn vijf jaar tot herregistratie. In de advocatuur is inschrijving doorlopend, maar moet jaarlijks worden bevestigd dat men nog aan de vereisten voldoet. Deze beide systemen zijn te verkiezen boven een systeem van herregistratie telkens na ommekomst van een periode van twee jaar.

Artikel 5

Dit artikel lijkt onjuist te zijn geformuleerd, voor zover het een eerste inschrijving betreft.

De vraag is overigens of met dit artikel de onschuldpresumptie geen geweld wordt aangedaan. Het lijkt dat iemand die nog rechtsmiddelen kan aanwenden tegen een beslissing, verstoken kan blijven van herregistratie.

Artikel 7

De Minister bepaalt welke buitenlandse kwalificatie ten aanzien van vakbekwaamheid gelijkwaardig moeten worden geacht. Onduidelijk is welk orgaan dat namens de Minister zal beoordelen.

Artikel 9

De Minister verwerkt adreswijzigingen etc. Dit betekent dat de Minister ook een uitvoerende taak op zich neemt. Zie in dit verband ook de opmerkingen bij artikel 2.

Lid 3

Hier worden eisen gesteld aan "*aandachtsgebieden*". De mediator dient kennelijk *door Onze Minister goedgekeurde opleidingen* te volgen om een aandachtsgebied te mogen vermelden in het register. Onduidelijk is wie bepaalt welke opleidingen worden goedgekeurd en op welke gronden. Bovendien rijst de vraag of de PE-punten die advocaten halen ook in aanmerking kunnen komen. Als dat niet het geval zou zijn, zorgt dat voor een onnodige en onwenselijke belasting voor advocaten die ook mediator zijn.

Artikel 12

Lid 1 a, b en c

Tijdelijke doorhaling van inschrijving in het register, wanneer in het strafrecht de onschuldpresumptie nog van kracht is, is rechtsstatelijk onwenselijk. Overigens: het Gerechtelijk Vooronderzoek (GVO) bestaat niet meer.

Lid 3

Onduidelijk is hoe vaak de tijdelijke doorhaling kan worden verlengd.

Artikel 13

Na alle vermeldingen over "te regelen bij AMvB" in de verschillende artikelen, wordt nog een 'catch all' bepaling opgenomen over bij AMvB nader te stellen regels. Ook hier is sprake van een *black box*.

Het bezwaar hiertegen is dat de beëdigd mediator volledig aan de invloed van de overheid is overgeleverd. Deze wet leidt tot een soort "staatsmediator", met een overgereguleerd bureaucratisch apparaat, dat financieel geheel ten laste van de mediators zou moeten komen.

Artikel 14

Het lijkt praktischer om een inschrijving pas van kracht te laten zijn na beëdiging.

Artikel 15

Wat betreft de eed:

- Achter "onpartijdig" zouden de woorden "en neutraal" moeten worden toegevoegd.
- De geheimhouding wordt afgesproken met de deelnemers aan de mediation. Deze eed zou het strikt genomen onmogelijk maken om af te spreken dat sommige zaken niet onder de geheimhouding vallen. Dat strookt niet met de praktijk.
- De toevoeging: "Ik zal geen zaken aannemen die ik in gemoede niet gelove rechtvaardig te zijn" (of woorden van gelijke strekking) lijkt gewenst.

Artikel 16

De commissie mediation is belast met advisering van de Minister; de Minister kan dus van deze adviezen afwijken en heeft daarmee een doorslaggevende rol bij het vormgeven van mediation in het Nederlandse bestel. Nut en noodzaak daarvan ontbreken.

Deze commissie adviseert over een groot aantal aan de mediators te stellen eisen (lid 2, nummers 1, 2, 3, 4 en 5) inclusief de vormgeving van de kwaliteitstoetsen. Het is niettemin mogelijk dat in de vormgeving van belangrijke aspecten van mediation de doorslag gegeven wordt door personen die over betrekkelijk weinig deskundigheid beschikken.

Lid 3

Inrichting en taakuitoefening van de commissie worden wederom geregeld in een AMvB, wat betekent dat ook hier het parlement buiten spel staat.

Lid 4

Gezien de redactie van dit artikel is het mogelijk dat (beëdigd) mediators in deze invloedrijke commissie in de minderheid zijn, hetgeen de NOvA onwenselijk lijkt.

Lid 5 en Lid 6

Hoewel de beroepsorganisaties een voordrachtsrecht hebben, is dat niet bindend. Uiteindelijk benoemt de Minister de leden van de commissie. De onafhankelijkheid van de commissie is daarmee ook om die reden in het geding.

Lid 7

Als een lid van de commissie niet voldoet kan de Minister dit lid schorsen of ontslaan. Dit wijst wederom op verregaande invloed en bemoeienis van de Minister ten aanzien van de samenstelling van de commissie mediation.

Lid 9

De kosten voor deze commissie worden gedragen door de beëdigd mediators.

Als we ervan uitgaan dat het niet eenvoudig zal zijn om aan de eisen van het register te voldoen, zal een beperkte groep mediators hoge kosten moeten dragen. Deze kosten zullen veel hoger zijn dan de kosten in de huidige structuur, waar veel door vrijwillige bestuurders wordt gedaan.

Artikel 19

De mediator is verplicht tot geheimhouding. Zie wat hierover is opgemerkt in paragraaf 5 van de samenvatting en bij het commentaar op artikel 15. De mediator moet in overeenstemming met partijen kunnen afwijken van strikte geheimhouding. De mogelijkheid daartoe is er niet als dit artikel ongewijzigd blijft.

Artikel 20

De zaken die hier worden geregeld, zijn grotendeels terug te vinden in de Gedragsregels voor de MfN mediator en het MfN-reglement. Wederom is de vraag relevant waarom terzake een wettelijke regeling noodzakelijk is. Specifieke soorten mediation, zoals familie- of arbeidszaken, vragen mogelijk om specifieke regels, waarbij de insteek de bescherming van de deelnemers zou moeten zijn.

Lid 3

In de ogen van de NOvA is het begrip '*informed consent*' een zeer ruim en belangrijk begrip in mediation. Het middel wetgeving is niet geschikt om dit beginsel te reguleren. Het is niet controleerbaar dat de belangen van de partijen op evenwichtige wijze hun weerslag vinden in de vaststellingsovereenkomst; veel is afhankelijk van een ontwikkeling die partijen doormaken in het proces en het vertrouwen dat zij in de mediator, in de overeengekomen oplossing en in elkaar hebben. Dit is niet een reguleerbaar concept. Zeker als de mediator de vaststellingsovereenkomst zou moeten mee-tekenen (waar de NOvA, zoals hierboven gezegd, geen voorstander van is – het is immers een overeenkomst tussen partijen) ligt het risico van aansprakelijkheid van de mediator op de loer. Het uitgangspunt van het wetsvoorstel lijkt hier te zijn dat partijen hulpbehoevend zijn en dat zij de verantwoordelijkheid voor het resultaat van een mediation uit handen geven en bij de mediator zouden leggen. Dat is nu juist in strijd met het uitgangspunt van mediation, te weten dat partijen bepalen wat het onderwerp van geschil is en gezamenlijk een oplossing zoeken. De mediator begeleidt hen in dat proces en dient daarin alle ruimte te krijgen. De gedragsregels voor mediators bieden voldoende waarborg om dat te realiseren. De normen daarin zijn open en '*principle based*': juist dat is nodig om dit vak zich verder te laten ontwikkelen. Inmiddels heeft de tuchtrechtspraak zich ontwikkeld tot een volwassen rechtersrecht en bieden uitspraken van de

Tuchtcommissie en van het College van beroep in toenemende mate houvast. Overigens kent de MfN een efficiënte klachtenregeling die eerst gevolgd moet worden alvorens klachten bij de tuchtrechter; i.e. de Tuchtcommissie, kunnen worden ingediend.

Lid 6

Het is evident dat de verschillende "beroepen" gescheiden moeten worden uitgeoefend. Voor cliënten zal zonneklaar moeten zijn in welke hoedanigheid de professional opereert en bijvoorbeeld onder welke gedragsregels en welk tuchtrecht zijn gedragingen vallen.

Artikel 21

Lid 1

Het artikel is niet duidelijk over wat de noodzakelijke psychologische, communicatieve en juridische kennis en kunde zijn en wie dit bepaalt.

Artikel 22

Lid 1

Dit is de situatie die thans bestaat met de "lijsten" van mediators bij rechtbanken en Raad voor rechtsbijstand. Er is geen rekening gehouden met de situatie dat de wederpartij van degene die een beroep doet op gefinancierde rechtshulp een ander dan een beëdigd mediator moet kunnen inschakelen.

Lid 2

Hier is sprake van een afzwakking ten aanzien van de verplichting om gebruik te maken van een beëdigd mediator door overheidsdiensten ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel. "Bij voorkeur" is erg zwak. Zoals eerder opgemerkt zou het instrument van mediation juist hier door de overheid zelf gestimuleerd moeten worden. Ook hier is geen rekening gehouden met de situatie dat de wederpartij van de overheid iemand anders dan de beëdigd mediator wil inschakelen.

Lid 3

Dit leest als een 'ontsnappingsclausule' voor overheidsorganen. "Spoed" plus "specifieke kennis en ervaring"; dit laatste neigt naar specifieke inhoud-deskundigheid van mediators, iets dat niet strookt met de heersende visie op mediation.

Lid 4

De Raad voor rechtsbijstand mag krachtens deze wet aanvullende eisen stellen aan de beëdigd mediators. In de paragrafen a t/m d worden daar voorbeelden van gegeven.

Het is niet te volgen waarom dit in de wet is opgenomen: de Raad voor rechtsbijstand kan praktische afspraken neerleggen in een contract dat door de Raad voor de rechtsbijstand en de mediator wordt ondertekend.

Dat hier in lid 4c nog een keer gewag wordt gemaakt van de voorwaarde dat de mediator een beroepsaansprakelijkheidsverzekering heeft gesloten, is overbodig, want is al geregeld in artikel 3 lid 1b3.

Naar de opvatting van de NOvA dient te worden gekozen: óf de beëdigd mediator valt onder de hier besproken wet en daarbij zijn de "speciale vereisten" voor dit soort mediators uitputtend geregeld, óf de wet regelt *mediation* en de regelingen rond de mediators worden door de beroepsorganisaties en de Raad voor de rechtsbijstand privaatrechtelijk geregeld. Dubbele verplichtingen maken het zeer onaantrekkelijk om toe te treden tot het register van beëdigd mediators.

Artikel 24

De Minister wordt bij het verrichten van kwaliteitstoetsen ook (weer) een wetgevende en uitvoerende taak toebedeeld.

Lid 4 en lid 5

Hier wordt bepaald dat de kosten voor de kwaliteitstoetsen door de mediators dienen te worden gedragen én dat bij AMvB wordt bepaald hoe die kosten door de mediators dienen te worden vergoed. De mediators hebben hier geen invloed op, er zou sprake kunnen zijn van sterk oplopende kosten waaraan de mediators zich niet kunnen onttrekken (anders dan door het register te verlaten).

Artikel 25

De mogelijkheid tot het indienen van een tuchtklacht wordt verruimd ten opzichte van de huidige (goed geregelde) praktijk. De vraag is waarom de groep van mogelijke klagers, namelijk ieder met een redelijk belang, dus mogelijk ook diegenen die geen partij zijn bij de mediation-overeenkomst, is uitgebreid.

Lid 5

De 'Raad voor Tuchtrechtspraak beëdigd mediators' zal in meerderheid uit rechters – niet mediators bestaan. Dit lijkt onwenselijk: de beroepsgroep dient zelf "de toon" te zetten als het gaat om het ontwikkelen van jurisprudentie c.q. een visie op ethiek en praktijk van het vak. Niet valt uit te sluiten dat het accent op rechterlijke inmenging leidt tot verdere juridisering van mediation, wat zich verzet tegen het wezen van mediation. In het wetsvoorstel is de mogelijkheid van hoger beroep niet geregeld. Een college van beroep zou voor de meerderheid uit rechters kunnen bestaan.

Overigens is het de vraag of hier wel sprake is van een wettelijk geregeld tuchtrecht in de zin van artikel 113 lid 2 van de Grondwet? Verder ontbreekt een (zelfs summiere) inrichting van de procedure of een tuchtnorm, dit in verband met het legaliteitsbeginsel.

Lid 6

Bij AMvB kan nader worden bepaald wie wel en niet lid kan worden van deze tuchtraad (wederom een *black box*).

Lid 7

De Minister benoemt en ontslaat leden van de Raad voor tuchtrechtspraak en heeft dus ook hier overwegende invloed.

Lid 8

Gezamenlijke voordracht beroepsorganisaties: zie opmerkingen onder artikel 16 lid 6.

Artikel 26

Lid 4

Mediators vergoeden de kosten van de leden, niet zijnde rechtelijk ambtenaar met rechtspraak belas, alsmede de kosten van de secretaris. Zeker met de op basis van dit wetsvoorstel te verwachten afname van het aantal register-mediators, hetgeen leidt tot een hogere omslag, betekent dit nog meer extra kosten voor de mediator.

Artikel 27

Lid 7

Naast betaling van een vergoeding aan de klager voor de kosten van de klachtprocedure, kan de mediator ook worden veroordeeld tot betaling van in verband met de behandeling van zijn zaak gemaakte kosten, en wel aan de Minister. Dit laatste is een brug te ver.

Niet alleen zijn dit vergaande maatregelen, maar het lijkt er op dat wél de Minister (een deel van) de gemaakte kosten vergoed krijgt, maar niet de mediators die mede betalen aan de instandhouding van de Raad voor de tuchtrechtspraak.

Artikel 28

A.

De vraag is waarom het wenselijk is om een dergelijk artikel in de wet op te nemen. Partijen kunnen eenvoudig zelf de stuiting van de verjaring zoals hier bedoeld regelen.

Overigens is het niet consequent om wel de stuiting van de verjaring te regelen, met overigens alle juridische complicaties van dien, en niet het stuiten van verval- en verzet-termijnen of, bijvoorbeeld, de termijn van artikel 26, lid 2 van de Wet op de ondernemingsraden.

B.

Het bepaalde in artikel 3:319 BW kan leiden tot juridische complicaties, namelijk omtrent de beantwoording van de vraag of gedurende de in het artikel genoemde periode wel of geen handeling is verricht. Om wat voor een soort handelingen gaat het hier? En: is het niet eenvoudig om op enig moment maar weer een dergelijke handeling te verrichten om de stuiting van de verjaring te verlengen? Omdat mediation niet leidt tot een beslissing, maar al dan niet tot overeenstemming vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, moet het logische eindpunt van de mediation het kritieke moment zijn waarop een verjaringstermijn opnieuw zou gaan lopen. Dat is dan de datum van de vaststellingsovereenkomst, dan wel de datum waarop een van de partijen de mediation (schriftelijk) beëindigt.

Artikel 29

Artikel 469

De definitie van de mediation-overeenkomst is te beperkt. Vanzelfsprekend moet een mediation-overeenkomst ook kunnen worden gesloten met een mediator die niet is beëdigd. Daarnaast geldt ook hier de vraag waarom enkel mediations "tegen loon" meegenomen zouden moeten worden. Zie in dit kader onze eerder gemaakte opmerkingen ten aanzien van artikel 3 lid 6.

Artikel 7:470 BW

De mediation is vertrouwelijk "*behoudens en voor zover anders voortvloeit uit de wet of de mediation-overeenkomst*".

Hier is wel ruimte voor afwijking van de vertrouwelijkheid in overeenstemming met de wens van partijen. Dit wijkt af van wat hierover is opgenomen in de eed (artikel 15 lid 1) en in artikel 19 lid 1.

artikel 7:471 BW

Lid 1 spreekt over de vaststellingsovereenkomst.

Lid 2 doelt kennelijk ook op de vaststellingsovereenkomst. Deze zou door de beëdigd mediator mee moeten worden ondertekend. Zoals eerder aangegeven is dit onwenselijk: het is een overeenkomst tussen partijen, de mediator is daarbij geen partij.

Tekenen "voor gezien" (als dat de bedoeling zou zijn) voegt weinig toe en roept vragen op over de betekenis daarvan.

Als dit uitgangspunt onverhoopt zou worden doorgezet, leidt dit mogelijk tot de stijging van de kosten van beroepsaansprakelijkheids-verzekeringen. Mediators zullen dit risico op een of andere manier moeten compenseren. Het verdient aanbeveling dat de Minister vooraf onderzoekt wat de financiële gevolgen zullen zijn, eventueel op basis van consultatie van aansprakelijkheidsverzekeraars.

D. artikel. 111 Rv

De vermelding of wel of niet een poging tot mediation is gedaan, met motivering in geval dat niet is gedaan, is als zodanig niet belastend voor procespartijen. Het is echter onduidelijk wat de rechter met deze informatie moet doen en wat de consequenties hiervan dan vervolgens zijn voor de gerechtelijke uitspraak. Hierin zou duidelijkheid moeten worden gegeven voordat een daadwerkelijk zinvolle reflectie op dit vereiste mogelijk is. In ieder geval is hiermee de partij-autonomie in het geding.

In ons position paper van 29 juni 2015 is over dit onderwerp opgemerkt dat aan de rechter in deze constructie de (onwenselijke) dubbelrol van *conflictanalist* (leent het geschil zich voor mediation?) én die van *poortwachter* (heeft de rechtzoekende in voldoende mate geprobeerd het geschil buitengerechtelijk op te lossen?) wordt toegewezen. In datzelfde position paper heeft de NOvA ervoor gepleit om het moment waarop moet worden beoordeeld of een zaak zich leent voor mediation eerder dan bij de rechter te laten plaatsvinden, namelijk direct bij aanvang van de rechtshulp. Niet de rechter maar de advocaat voert de conflictanalyse uit. De advocaat legt zijn conclusies vervolgens voor aan de rechtzoekende, die op basis hiervan een keuze kan maken. Partijen zouden zich tegenover de rechter daarover niet hoeven te verantwoorden. Zij zouden hooguit moeten bevestigen dat mediation is overwogen; een motivatie (of zelfs een verplichte beproeving) blijft achterwege. Voor een verdere onderbouwing van dit voorstel zij verwezen naar het genoemde position paper.

Artikel 1019ee Rv

De NOvA heeft om de volgende redenen bezwaren tegen invoering van deze wetsbepaling:

Ten eerste maakt dit wetsvoorstel het mogelijk dat de mediator aan de rechter instructies geeft over de wijze waarop partijen het proces wensen te voeren. Dit staat haaks op de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, hetgeen een van de belangrijkste hoekstenen is van onze rechtsstaat.

In de tweede plaats wordt inbreuk gemaakt op het procesmonopolie van de advocaat. Op dit moment kunnen burgers uitsluitend bij de civiele sector van de rechtbank procederen door tussenkomst van een advocaat. De advocaat beoordeelt alvorens hij gaat procederen of de zaak voldoende kans van slagen heeft en informeert de cliënt over de kosten en de mogelijke uitkomst van de procedure. Daarmee wordt zoveel mogelijk voorkomen dat partijen nodeloos of ondoordacht gaan procederen. Advocaten hebben een universitaire opleiding afgerond. Zij zijn daarnaast postdoctoraal opgeleid en dienen hun vakken kennis jaarlijks bij te houden door het volgen van juridische cursussen. Door de specifieke kennis die advocaten hebben van het (proces-)recht, wordt over het algemeen efficiënt geprocedeerd, hetgeen leidt tot een kostenbesparing voor de procespartijen én de overheid.

Het wetsvoorstel maakt mogelijk dat een beëdigd mediator namens partijen een procedure bij de civiele sector van de rechtbank aanhangig maakt, terwijl aan de deskundigheid van de mediator in het wetsvoorstel nagenoeg geen eisen worden gesteld. De mediator dient op grond van artikel 3 van het wetsvoorstel slechts te beschikken over "psychologische, communicatieve en juridische competenties", die bij AMvB nader vastgesteld zullen worden. Uit de MvT blijkt bovendien dat het niet de bedoeling is dat een beëdigd mediator een afgestudeerd jurist is.

Het is onmogelijk dat een mediator, die niet is opgeleid in het (proces-)recht, zal kunnen inschatten wanneer het voeren van een procedure over een deelgeschil noodzakelijk of zinvol is. Voorts ligt 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 invoering van deze wetsbepaling zal leiden tot een wildgroei aan onnodige procedures.

Het is bovendien een overbodige wetsbepaling. Het staat partijen op dit moment al vrij om tijdens de 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.

In feite komt de in artikel 1019ee Rv voorgestelde regeling neer op een bindend advies, waarbij het enige verschil is dat het advies c.q. oordeel wordt gegeven door een rechter. Tegen de beslissing van de rechter staat immers geen hoger beroep open en de beslissing geldt slechts tussen partijen als er een vaststellingsovereenkomst wordt gesloten.

De wetsbepaling is temeer overbodig omdat deze uitsluitend ziet op zaken die 'ter vrije bepaling van partijen staan'. Dat betekent dat geschillen over kinderalimentatie en de zorgregeling niet kunnen worden voorgelegd. Het betreft hier nu juist geschillen die tijdens een mediation vaak aan de orde zijn.

Voorts is de bepaling in strijd met de aard van mediation. De NOvA vraagt zich af wie aan de rechter de standpunten van partijen voorlegt, maar vooral ook wie deze voor de rechter uitwerkt. Er zullen immers gevallen zijn waarin het geschil dat tussen partijen speelt een nadere toelichting en uitwerking vergt, waarbij ook de standpunten van partijen beargumenteerd en toegelicht zullen moeten worden. Als de mediator dat moet doen, ontstaat er een onhoudbare 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 grote druk te staan.

De NOvA meent om al deze redenen dat de voorgestelde procedure geen toegevoegde waarde heeft. Het betreft hier slechts een kostbare en onnodige extra gang naar de rechter.

Tenslotte een tekstuele opmerking: de NOvA meent dat het woord "te" uit het eerste gedeelte van lid 1 van de bepaling verwijderd dient te worden.

Artikel 1019ff Rv

De NOvA heeft ook grote bezwaren tegen invoering van deze wetsbepaling. In het navolgende zullen die bezwaren uiteen worden gezet:

Ook ten aanzien van deze bepaling geldt dat het procesmonopolie wordt doorbroken. De NOvA verwijst naar hetgeen zij daarover heeft opgemerkt ten aanzien van artikel 1019ee Rv.

Deze wetsbepaling heeft daarnaast ingrijpende en schadelijke gevolgen voor de echtscheidingspraktijk. Het opstellen van een goed echtscheidingsconvenant en het voeren van een echtscheidingsprocedure vereisen grote materiële en fiscale kennis. Men denke aan de recente wetgeving op het gebied van het internationaal privaatrecht, de fiscaliteit rondom de eigen woning, de ondernemer en de pensioenaanspraken en het fiscaal partnerschap, maar ook aan de complexe jurisprudentie op het gebied van de afwikkeling van huwelijkse voorwaarden. In de

praktijk t wordt aan de vakinhoudelijke kwaliteit van de gespecialiseerde advocaat-scheidingsmediator steeds hogere eisen worden gesteld.

De afgelopen jaren heeft de NOvA ervaren dat veel andere dienstverleners zich met de begeleiding van echtscheidingen bezig houden, vaak met desastreuze gevolgen. Helaas staan gespecialiseerde advocaat-scheidingsmediators regelmatig mensen bij die bijvoorbeeld afstand hebben gedaan van partneralimentatie, zonder daar de consequenties van te hebben begrepen.

Een ander voorbeeld is dat echtscheidingen niet blijken te worden aangemeld bij pensioenfondsen, waardoor het recht op uitkering van ouderdomspensioen niet jegens het pensioenfonds geldend gemaakt kan worden. Tenslotte blijft de afwikkeling van schulden na de echtscheiding vaak ongeregeld, waardoor problemen ontstaan zodra de schuldeisers verhaal zoeken bij de ex-echtgenoot. Het kan niet genoeg benadrukt worden dat veel echtscheidingen juridisch complex zijn, belangrijke rechtsgevolgen hebben voor echtgenoten en dus goede begeleiding behoeven. De juridische basiscompetenties van de beëdigd mediator volstaan daarbij doorgaans absoluut niet.

De NOvA wijst tenslotte op een onderzoek dat Nationale Nederlanden in augustus 2016 heeft gedaan onder 598 gescheiden mensen in Nederland. Hieruit bleek dat 80% van de mensen die geen extern advies had ingewonnen, hier achteraf spijt van had. 39% van de mensen had zich vergist in de financiële gevolgen van een scheiding.

De wetsbepaling is innerlijk tegenstrijdig. Uit de MvT blijkt dat de mediator op grond van artikel 1019ff lid 1 Rv de bekrachtiging van een echtscheidingsconvenant kan verzoeken aan de rechter. In een echtscheidingsconvenant zijn afspraken met betrekking tot kinder- en partneralimentatie, verdeling en verrekening van huwelijksvermogen, ouderlijk gezag, verdeling van zorgtaken en het hoofdverblijf van minderjarige kinderen opgenomen.

Het is daarom merkwaardig dat artikel 1019ff lid 3 Rv bepaalt dat de mediator alleen een "kaal" echtscheidingsverzoek, zonder nevenverzoeken mag doen. Nevenverzoeken zijn volgens artikel 827 Rv kinder- en partneralimentatie, verdeling en verrekening van huwelijksvermogen, ouderlijk gezag, verdeling van zorgtaken en het hoofdverblijf van minderjarige kinderen. Het betreft hier allemaal onderwerpen die in het algemeen worden geregeld in het echtscheidingsconvenant. De mediator mag volgens artikel 1019ff lid 3 Rv niet een convenant hechten aan een echtscheidingsverzoek en de rechtbank verzoeken om de inhoud daarvan op te nemen in de beschikking, zodat een executoriale titel wordt verkregen. Die titel hebben partijen wel nodig. De mediator mag het convenant echter wel (in een aparte procedure?) door de rechtbank laten bekrachtigen.

Dit alles komt de NOvA uiterst onpraktisch en onnodig kostenverhogend voor.

Artikel 33

De Vreemdelingenwet wordt klaarblijkelijk uitgesloten. Aan vreemdelingen kan het bestuursorgaan kennelijk niet het deelnemen aan een mediation aanbieden. De ratio daarvan ontgaat de NOvA. Beslissingen in het kader van het vreemdelingenrecht zijn gewone bestuursrechtelijke beslissingen, waarbij het in voorkomende gevallen goed kan zijn om "met elkaar in gesprek te gaan", bijvoorbeeld over bejegening.

Artikel 36

Dat vlieguren relevant zijn, wordt niet ontkend. Maar het aantal in dit wetsvoorstel genoemde te verrichten mediations is *in generieke zin* te hoog. Voor echtscheidings- en arbeidsmediations is het

wellicht haalbaar om het aantal mediations zoals wordt voorgesteld, te halen. Thans zijn immers ongeveer 80% van het aantal mediations echtscheidings- of arbeidszaken. Voor bijvoorbeeld zakelijke mediations is dat veel moeilijker. Het aantal te behandelen zaken zoals nu door de MfN als eis wordt gesteld, en de criteria die daarvoor gelden doen veel meer recht aan de praktijk. In vergelijking: voor de registratie als cassatieadvocaat bij de Hoge Raad geldt een aantal behandelde cassatiezaken van twaalf per drie jaar. Dat lijkt toch een specialisme waarbij veel meer specifieke kennis, vaardigheden en ervaring zijn vereist dan voor een mediator. Het hanteren van een urennorm werkt overigens perverse prikkels in de hand.

Veel belangrijker is nog dat de mediator er blijk van geeft duurzaam een mediation-praktijk te onderhouden, en overigens bereid is zich te onderwerpen aan allerlei kwaliteitseisen zoals intervisie, PE-verplichtingen, peer review, het hebben van een afdoende beroepsaansprakelijkheidsverzekering en lidmaatschap van (een) beroepsvereniging(en).

Overigens wordt in dit artikel weer gesproken over "betalende mediations" (lid 5). Zie eerdere opmerkingen bij artikel 3, lid 6. Als beginnende mediator is het praktisch onmogelijk om direct tegen betaling mediations uit te voeren, laat staan meegenomen te worden door een meer ervaren mediator.

Het zij herhaald: de Minister lijkt uit het oog te hebben verloren dat er op dit moment voor verreweg de meeste mediators te weinig werk is om aan de kwantitatieve vliegunorm te kunnen voldoen. Door deze zware norm op te leggen, zal mediation niet worden bevorderd – in tegendeel.

Tot slot: '*mediation advocacy*' is sterk in opkomst en wordt binnen de advocatuur verder gestimuleerd als specialisme en essentiële vaardigheid voor een advocaat. Betrokkenheid bij mediation als partijadvocaat zou ook in aanmerking moeten komen voor toekenning van vliegunen indien die advocaat tevens mediator is.

III. Een nadere uitgewerkte onderbouwing van de consultatiereactie

Algemeen

De motieven voor het nastreven van wetgeving op het terrein van mediation, die in het consultatiedocument worden genoemd, zijn:

- Het stimuleren van het gebruik van mediation;
- Afnemers van mediation waarborgen bieden ten aanzien van de kwaliteit van mediators en hun dienstverlening;
- Het bevorderen van zelfredzaamheid van burgers bij geschillenoplossing;
- Het ontlasten van de rechtspraak.

Het ontlasten van de rechtspraak lijkt het *hoofddoel*. Het stimuleren van zelfredzaamheid van burgers en van mediation is dan het *middel*. Het argument dat iets gerepareerd zou moeten worden waar het de kwaliteit van mediation of mediators in ons land betreft, kan het wetgevingsindicatief niet rechtvaardigen. Zie ook hierna onder *Effecten en integraal afwegingskader*.

De noodzaak om tot (zo uitgebreide) regulering (van niet alleen mediation maar ook de mediator) over te gaan, is er niet. Het voorstel mist in belangrijke mate een reflectie op het wezen en de positie van mediation. De wetgever maakt nauwelijks duidelijk of er behoefte aan regelgeving voor mediation bestaat en, zo ja, op welke gebieden. Op de punten waar iets van redenen gegeven wordt, mist die feitelijke onderbouwing. Ook de afweging van nadere regulering ontbreekt. In het licht van een algeheel maatschappelijk gevoelde behoefte aan minder regels, wekt dat verwondering.

Dit temeer, omdat de wet zeer verregaande maatregelen bevat die op hun beurt weer de basis kunnen vormen voor nog meer vergaande regels en besluiten. Een vrij grote hoeveelheid mogelijke AMvB's k n volgen uit deze wet. Met deze AMvB's wordt het beroep van mediator in groot detail geregeld. Dat gebeurt dan extraparlamenteir. De Minister trekt mediation in sterke mate naar zich toe. Nogmaals: naar de reden hiervoor blijft het gissen.

De nu voorliggende voorstellen zijn vooral bedoeld om een kleine groep van mediators een speciale status te verlenen die hen kan verzekeren van werk omdat rechters en andere overheidslichamen als regel hen als mediators moeten inschakelen. De rest van het veld van mediators wordt dan als 'tweede garnituur' gepositioneerd.

De door de minister gesuggereerde noodzaak om de kwaliteit van mediators of mediation te verzekeren en te borgen, is een oneigenlijk argument. Indertijd, als initiatiefnemer van verschillende wetsvoorstellen, verklaarde de huidige Minister van Veiligheid en Justitie in de Nota naar aanleiding van het verslag zelf dat:

- Mediation en mediator zijn inmiddels min of meer ingeburgerde begrippen.⁴
- Er is een hoge mate van tevredenheid bij mensen die mediation hebben toegepast.⁵ Dat bevestigt dat er helemaal geen kwaliteitsproblemen bij mediators zijn.

⁴ TK 2014-2015, 33722, nr. 8, p. 11.

⁵ TK 2014-2015, 33722, nr. 8, p. 16.

- De initiatiefnemer verwacht dat een groot deel van de bestaande opleidingen en van de al bestaande opleidingsinstituten aan de eisen zullen (kunnen) voldoen.⁶ Dat bevestigt dat er geen kwaliteitsproblemen zijn bij de opleiding van mediators.
- Ook thans hebben rechtsbijstandsverzekeraars al mediators in dienst.⁷
- Veel ondernemers zien dat de stap naar mediation eenvoudiger is, reden waarom bedrijven al standaard gebruik maken van mediation.⁸
- Het mediation-veld heeft zich verenigd in een federatie. Deze verzorgt al een of meer registers en zorgt voor een goed functionerend tuchtrecht.
- De initiatiefnemer acht het niet ondenkbaar dat de Minister te zijner tijd het beheer van het register zal uitbesteden aan de partij(en) die nu ook al met het beheer van een dergelijk register zijn belast.⁹ Dat maakt duidelijk dat die partijen dat beheer dus helemaal niet slecht doen.
- De initiatiefnemer onderkent dat mediators uit welbegrepen eigenbelang zullen zorgdragen voor onderling toezicht.¹⁰ Dat geldt niet alleen voor de door hem beoogde soort van mediators.
- Algemeen, ook internationaal, wordt het (opleidings)niveau van mediators in Nederland als hoog gezien in vergelijking met andere landen.¹¹
- De reputatie van de Nederlandse opleidingen is zelfs van dien aard dat vanuit het buitenland vraag is naar (al dan niet aanvullende) trainingen door Nederlandse opleiders.¹²

Indien er wordt gekozen voor de wettelijke regeling van alleen mediation, volstaat – gelet op het vorenstaande – een veel eenvoudiger regeling. Zie hierna onder *Bewustmaking*.

Effecten en integraal afwegingskader – is regulering wenselijk?

Mediation staat of valt met vrijwilligheid. Mediation laat een grote mate van vormgeving door de partijen toe van het proces waarin hun conflict wordt geregeld. De partijen vinden de oplossing; de mediator faciliteert. De toenemende inzet van mediators, de toepassing van mediation in steeds meer soorten conflicten en het geringe aantal problemen dat zich hierbij voordoet, wijzen erop dat mediation in Nederland goed functioneert. Een wezenlijke vraag moet dus zijn: is regulering gewenst?

Die vraag is niet nieuw, want al eerder elders gesteld én beantwoord. Ter illustratie de aanhef geciteerd uit een recent verschenen artikel mede van de hand van de voormalige CEO van het International Institute for Conflict Prevention and Resolution te New York:

“Regulations, no matter how well meaning, inevitably limit and constrain. In sharp contrast, the primary benefits of private dispute resolution include flexibility, creative evolutionary change and customization.

This article will serve as a cautionary tale against the unintended negative consequences of misdirected regulation in the ADR field. While ADR may have moved into “mainstream” legal

⁶ TK 2014-2015, 33722, nr. 8, p. 17.

⁷ TK 2014-2015, 33722, nr. 8, p. 15.

⁸ TK 2014-2015, 33722, nr. 8, p. 16.

⁹ TK 2014-2015, 33722, nr. 8, p. 10.

¹⁰ TK 2014-2015, 33722, nr. 8, p. 21.

¹¹ TK 2014-2015, 33722, nr. 8, p. 29.

¹² TK 2014-2015, 33722, nr. 8, p. 30.

*practice, it continues to develop and change in the United States and abroad. We will explore how the ADR profession effectively polices itself, and how any ADR regulations that use a one-size-fits-all approach could have negative long-term effects on ADR's further development and acceptance. This article is primarily addressed at commercial ADR in the business-to-business context, where the essential element is party choice about the mechanism used and the level of procedural safeguards desired. We appreciate that in a few, very narrow and specific areas of law (particularly where a large power discrepancy exists between parties), limited regulation may be necessary. In those limited instances, we advocate for extreme prudence when regulating ADR."*¹³

Men zou verwachten dat een dergelijke waarschuwing ook door de Nederlandse wetgever wordt meegenomen in zijn afweging bij het al dan niet voorstellen van nieuwe wetgeving.

In de MvT wordt ingegaan op de zeven hoofdvragen van het zogenaamde Integraal Afwegingskader Beleid en Regelgeving ("IAK"). Anders dan de opstellers van het consultatiedocument, wijst dat volgens de NOvA uit dat het nu voorgestelde ontwerp *niet* voldoet aan de eisen van het afwegingskader.

Aanleiding voor het wetsontwerp zou in de eerste plaats zijn dat er in het parlement op enig ogenblik zou zijn aangedrongen op borging van de kwaliteit van mediation en mediators. Op zich is dat juist. Dat hing echter samen met een situatie, die inmiddels niet meer aan de orde is, althans niet in ongewijzigde vorm. De gedachte was indertijd om een wettelijk verschoningsrecht in de wet op te nemen. Van dat voornemen is in het nu voorliggende consultatiedocument afgezien. Een andere aanleiding was – daarmee samenhangend – stuiting van verjaring te regelen in het geval van een mediation. Partijen kunnen zelf een stuiting van verjaring regelen in het geval van mediation, dus daar is geen wetgeving voor nodig. De intentie om een wettelijk verschoningsrecht te regelen was per saldo het anker waaraan de noodzaak van wetgeving werd vastgemaakt. Een wettelijk verschoningsrecht zou immers alleen kunnen worden toegekend aan mediators aan wiens integriteit en kwaliteit niet getwijfeld zou kunnen worden. Nu er – terecht, gelet op artikel 165 Rv en de ontwikkelingen in het kwaliteitsbeleid van het MfN en de SKM sedert 2009 – niet langer een wettelijk verschoningsrecht in het consultatiedocument wordt genoemd, is die aanleiding tot wetgeving op het terrein van mediation en mediators niet langer valide. Zie ook hierna onder *Geheimhouding*.

Een andere aanleiding die wordt genoemd is de wens om mediation te stimuleren, onder meer door de invoering van een overheidsregister en het stellen van kwaliteitseisen aan mediators en aanpassingen in het burgerlijk procesrecht en het bestuursrecht. Dat zijn verschillende zaken. Het is niet in te zien welke bijdrage het invoeren van een overheidsregister levert aan het stimuleren van mediation. In onderdelen van deze onderbouwing van de consultatiereactie van de NOvA worden overwegingen genoemd die op het tegendeel wijzen en dat zijn slechts enkele van de talrijke argumenten die ter zake kunnen worden genoemd. Ook de Raad van State heeft naar aanleiding van de eerdere initiatiefwetsontwerpen opgemerkt niet te geloven dat het genoemde oogmerk op de voorgestelde wijze zal worden bereikt. Er treedt eerder rigiditeit op. De wens van een versterkte inzet van mediation vergt geen overheidsingrijpen. In de afgelopen jaren is mediation met voortvarendheid als water in alle geledingen van de samenleving aan het binnen sijpelen. Er dreigt nu sectorvorming en extra regeldruk zonder aangetoond voordeel. Het vermeende voordeel van één centraal register weegt niet op tegen de extra administratieve lasten,

¹³ K. Bryan & M. Weinstein, *The Case Against Misdirected Regulation of ADR*, Dispute Resolution Magazine, Spring 2013 (8)

de extra regeldruk, juridisering en het insnoeren van een ontwikkeling van mediation die nog volop gaande is.

De redenering heeft zich dus als volgt ontwikkeld, eerst omdat er een wettelijk verschoningsrecht in de wet zou moeten komen, zou er een wettelijk geregeld register moeten komen en nu - terwijl dat wettelijk verschoningsrecht niet meer aan de orde is – zou er wetgeving moeten komen, 'omdat de vorming van één openbaar en uniform register voor mediators, met eisen voor inschrijving, daartoe noopt'.

Het is een ongefundeerde veronderstelling dat in deze tijd van internettoegang tot allerhande informatie over mediation en mediators het invoeren van één landelijk register de introductie van extra regeldruk, administratieve lasten en de juridisering van mediation, rechtvaardigt. Er zijn geen publiek belangen in het geding die vragen om overheidsingrijpen.

Een mediator is een tandeloze tijger, geen rechter, geen arbiter en geen bindend adviseur. Een mediator zou ook niet, zoals het consultatiedocument suggereert, een adviseur moeten zijn. Er is dus geen te beschermen publiek belang aan de orde, nu er geen sprake is van natuurgenezers of de uitoefening van activiteiten die beschikken over leven, dood of andere materiële of immateriële belangen van burgers. Mediators beslissen niets en respecteren de partijautonomie. In de vergelijking met de NVM-makelaar, leert de praktijk inmiddels dat – evenals de Raad voor rechtsbijstand, het Juridisch Loket en de Mediation Bureaus van de gerechten – er door het publiek doorgaans voor mediators wordt gekozen die MfN-geregistreerd zijn. De publieke belangen die nog genoemd worden, komen per saldo op niet meer neer dan 'het gemak van het vinden van een goede mediator' doordat er één groot register zou zijn. Dat is echter geenszins een rechtvaardiging voor wetgeving. Het belang van vindbaarheid van een betrouwbare mediator wordt op veel manieren al bediend. Voorlichtingscampagnes, het internet, etc.. Er wordt in het wetsvoorstel aan sectorvorming en regeldruk bijgedragen zonder aangetoond voordeel.

Wanneer de concept MvT ingaat op de stappen die in het besliskader moeten worden doorlopen voor de beantwoording van de vraag of beroepsregulering gewenst is, blijkt dat het ijs te dun is om op te lopen. Er wordt verwezen naar het Nationaal actieplan gereguleerde beroepen. Dit plan komt voort uit de Europese verplichting om in het kader van de richtlijn erkenning beroepskwalificaties¹⁴ de eisen aan gereguleerde beroepen te screenen, te evalueren en te moderniseren. De ratio van die richtlijn was het vereenvoudigen van regels en het aldus stimuleren van economische activiteit, niet om meer en onnodige regels in te voeren. In het kader van het vorenstaande heeft het kabinet in de 'Werken aangroeibrief'¹⁵ aan de Tweede Kamer dan ook toegezegd, de "eisen aan gereguleerde beroepen en activiteiten in Nederland te zullen vereenvoudigen en waar mogelijk afschaffen."

Er is een schril contrast tussen de inhoud van het consultatiedocument en de inhoud en geest van die toezegging. Dit geldt ook als die inhoud wordt vergeleken met de ratio van het Nationaal actieplan gereguleerde beroepen. Die verwijst namelijk naar de toezegging om de eisen aan gereguleerde beroepen in Nederland te evalueren en waar mogelijk te vereenvoudigen of af te schaffen (p. 1). Bijlage 2 bij dat actieplan (Toelichting analyselijnen) verduidelijkt dat titelbescherming slechts passend en effectief is indien de risico's voor de klant groot zijn (hetgeen in het geval van mediation niet zo is, want de mediator beslist niets en faciliteert alleen de

¹⁴ Richtlijn 2013/55/EU van het Europees parlement en de Raad van 20 november 2013 tot wijziging van Richtlijn 2005/36/EG betreffende de erkenning van beroepskwalificaties.

¹⁵ Brief van 16 september 2014, Referentie 313644

communicatie tussen partijen) en de klant het al dan niet hebben van een beschermde titel laat meewegen bij de keuze voor een beroepsbeoefenaar. Het kabinet verwijst in het Nationaal Plan gereglementeerde beroepen zelf naar het gevaar van disproportionaliteit van regulering zelfs wanneer er sprake is van wezenlijke publieke belangen:

"Het goed functioneren van de woningmarkt wordt voor een belangrijk deel ondersteund door het vertrouwen in de daarbij horende dienstverlening door makelaars. In 2001 is besloten om aan dit beroep niet langer wettelijke opleidingseisen te stellen. In dit geval was het mogelijk om deze belangen op een andere, lichtere manier te borgen. Bij makelaars is een privaat certificeringssysteem tot stand gekomen waarmee kwaliteitsstandaarden binnen de beroepsgroep worden vormgegeven en geborgd." (p. 2).

Per saldo is met het vorenstaande voldoende gezegd om duidelijk te maken dat de nu overwogen wetgeving contrair is aan de toezegging aan de Tweede Kamer om bij te dragen aan vereenvoudiging of afschaffing van regels. De genoemde analyselijnen zeggen dat er geen opleidingseisen moeten worden gesteld gericht op borging van belangen die zonder reglementering van overheidswege al voldoende geborgd zijn.

a) Contracteerbaarheid van resultaten of proces

Dit gaat om de vraag of de resultaten van het proces van mediation voldoende contracteerbaar zijn. In bijlage 2 bij het actieplan (Toelichting stappenschema al dan niet reglementeren) wordt door het kabinet zelf opgemerkt:

"Indien het moeilijk of onmogelijk is het resultaat of het proces te contracteren en de consequenties niet door de beoefenaar worden gedragen, moeten (publieke) belangen op een andere manier geborgd worden. Dit kan de klant doen door de vaardigheden van de beroepsbeoefenaar te bepalen. Er zijn verschillende manieren waarop de klant deze kan inschatten. De meest basale manier is door naar de opleiding van de beoefenaar te kijken. Daarnaast kunnen de vaardigheden van de beroepsbeoefenaar worden afgeleid van bijvoorbeeld een kwaliteitskeurmerk. Een voorbeeld hiervan is de makelaar die lid is van een brancheorganisatie, zoals de NVM."

De vaardigheden van een mediator zijn voldoende bepaalbaar om contracteerbaar te zijn. Die betreffen namelijk niet meer dan het behulpzaam zijn bij de communicatie tussen partijen. Waar de MvT de plank mis slaat, is dat de mediator enige bemoeienis of verantwoordelijkheid zou dragen voor de uitkomst van mediation. Dat is niet zo. De communicatie behoeft in de eerste plaats helemaal niet tot een oplossing te leiden (die verkeerde gedachte komt voort uit litigieus denken, hetgeen niet past bij mediation). Het feit dat partijen tevoren niet weten op welk resultaat zij in der minne uitkomen, kan dus geen argument zijn om te zeggen dat de prestatie van een mediator niet contracteerbaar is. Die prestatie is het assisteren van de communicatie. De communicatie leidt wel of niet tot een oplossing voor zover het de inzet van de mediator betreft. Welke uitkomst dat is, is geen zaak van de mediator. Daarover kan en mag die zelfs niet contracteren. Als partijen een dergelijke dienst verleend willen krijgen, vragen zij vrijblijvend advies of bindend advies, dan wel verlangen zij de nakoming van een andere resultaatsverbintenis. Wat die inspanning dan ook betreft, het is geen mediation. Dat de werkzaamheden van de mediator sterk afhankelijk zijn van de voorliggende casus moge zo zijn en dat daarom – zoals de concept MvT meent – de inschatting en vaardigheden van een kundig beoefenaar worden vereist, heeft met wel of niet contracteerbaarheid van resultaten of proces weinig of niets van doen.

b) Consequenties van een onwenselijke uitkomst

Er is in mediation – wat de mediator betreft – geen wenselijke uitkomst. Inherent aan mediation is dat het probleem van partijen zelf is evenals een eventuele oplossing. Uitgangspunt is daarom dat er niet kan worden gesproken van wel of niet een aan de mediator toe te rekenen consequentie van een onwenselijke uitkomst. Ook een mediation die niet tot een oplossing tussen partijen leidt, is niet mislukt. Evenmin kan om die reden worden gezegd dat een uitkomst onwenselijk was. Misschien is er desondanks tussen partijen veel verduidelijkt of in ieder geval gecommuniceerd, waar dat voorheen moeilijker bleek. De MvT vergist zich door te stellen dat alleen het onvermogen om op een bepaald resultaat uit te komen, aanleiding voor partijen kan of zal zijn om mediation te beproeven. Opnieuw kan die stelling alleen opgaan in de beperkte opvatting van mediation, dat het een kwestie van onderhandelen is die tot een eindresultaat moet leiden.

c) Bepaalbaarheid van de vaardigheden en externe gevolgen

Over de bepaalbaarheid van de vaardigheden en externe gevolgen is hiervoor het nodige gezegd. Opnieuw wordt verwezen naar het voorbeeld van de NVM-makelaar. Niet wordt betwist dat er voor partijen ernstige (externe) gevolgen kunnen optreden wanneer die fouten maakt in de omschrijving van het voorwerp van koop of op andere manieren fouten maakt in diens advisering of in de transactiedocumentatie. Diens opleiding en keurmerk moeten tegen het voorkomen daarvan waarborgen opleveren. In het geval van NVM-makelaars wordt er op het NVM-keurmerk vertrouwd om de overheid zich terughoudend te doen opstellen. Niet valt in te zien waarom zij dat op het gebied van de mediator niet ook zo doen, te meer niet wanneer die tevens advocaat is. De kans dat die zou laten gebeuren dat er een vaststellingsovereenkomst tot stand komt in strijd met het actuele recht, is verwaarloosbaar klein. Ook in het geval van (andere) MfN mediators is er op grond van tot dusverre ontbrekende jurisprudentie of ander voorbeelden van aansprakelijkheid van mediators, geen enkele aanwijzing dat er hier van een serieus te nemen noodzaak tot bescherming van een publiek belang sprake is. Ook van niet MfN geregistreerde mediators is geen voorbeeld bekend van aansprakelijkheid voor een opgetreden fout in mediation.

d) Negatieve externe gevolgen

Opnieuw komt ook bij dit onderdeel het voorbeeld van eventuele onjuiste advisering aan de orde in een juridische of andere mediation. Opnieuw wordt veronachtzaamd dat het niet tot de taak van de mediator behoort om te adviseren. Waar het de vastlegging van gemaakte afspraken betreft, zal die ervoor moeten waken om onwerkbare of onhoudbare afspraken van partijen vast te leggen. Wat dit punt betreft wordt naar het gestelde onder c) verwezen.

Voor zover de concept MvT meent dat er (rechts)gebieden zijn, waarop een mediator wel zou moeten adviseren, zou voor dat (rechts)gebied een bijzondere regeling kunnen worden overwogen. Zo is op het terrein van het personen- en familierecht de titel 'scheidingsbemiddelaar' denkbaar (zelfs "beëdigd scheidingsbemiddelaar"), maar is er geen sprake van mediation wanneer de mediator een inhoudelijke adviesrol op zich neemt.

e) Negatieve gevolgen voor de afnemer

Nu de concept MvT waar het dit onderdeel betreft hoofdzakelijk verwijst naar het daaronder b) en c) gestelde, doet deze onderbouwing dat ook naar het in deze notitie onder b) en c) gestelde.

De concept MvT concludeert dat de inhoud van het Consultatiedocument voldoet aan de eisen van het afwegingskader. De voorgestelde beroepsregulering zou niet verder gaan dan het doel dat daarmee gediend zou worden, namelijk het bevorderen van mediation als methode van geschiloplossing. Dat is dus niet juist. Verder wordt er gezegd dat ieder de mogelijkheid behoudt

zich mediator te noemen en mediation diensten aan te bieden. Ook dat is niet juist. Volgens het voorgestelde artikel 3:469 BW kan een mediation-overeenkomst alleen door een beëdigd mediator worden aangegaan. Anderen moeten dus maar een naam bedenken voor hun diensten, maar zij kunnen geen "mediation-overeenkomst" aangaan.

De voorgestelde regeling gaat veel verder dan het bevorderen van mediation en beperkt zich niet tot het daartoe noodzakelijke. Zie hierna onder *Bewustmaking*.

Waarborgen van kwaliteit?

Het waarborgen van de kwaliteit van mediators en hun dienstverlening verlangt geen wetgeving. De particuliere instellingen als het MfN en andere serieuze instellingen voorzien inmiddels in voldoende waarborgen voor de markt. Hiervoor is het voorbeeld genoemd van de Nederlandse Vereniging van Makelaars. Verstandige partijen schakelen een NVM makelaar in.

Er is geen serieus onderzoek verricht naar de kwaliteit van mediators. Een eerste poging is onlangs ondernomen door het MfN, door een extrapolatie van de bevindingen die zijn opgedaan in de peer reviews. Die bevestigen dat er geen aanleiding is tot zorg over onvoldoende kwaliteit. Het geringe aantal klachten per jaar (75 à 80, waarvan er circa 15 door gaan naar de tuchtrechter) op een aantal van 3000 geregistreerde MfN mediators (in beginsel tenminste 9.000 mediations per jaar dus), bevestigt dat er niets mis is met de kwaliteit van mediators en mediation in Nederland. Er worden door MfN mediators ruimschoots meer dan 9.000 mediations per jaar gedaan. Zelfs naar 9.000 is het aantal klachten dat bij de tuchtrechter terecht komt verwaarloosbaar klein. Dat rechtvaardigt geen wettelijk ingrijpen.

Eén register?

De behoefte aan één register waarin verschillende aandachtsgebieden en vaardigheden van beëdigde mediators zijn genoemd, is geenszins evident. Zo'n register wordt al gevoerd door de MfN, het IMI en het ADR. Al die instellingen hebben voor hun reputatie een groot belang bij het voorzien in kwaliteit van de mediators, die in hun register staan ingeschreven. Die instellingen zijn marktleiders. Naast de NVM bestaan er andere verenigingen als Vastgoed Pro en VBO Makelaar. Dat is voor de overheid toch ook geen reden om alle makelaars nog een keer in één register onder te brengen?

Het vele voorlichtingswerk van de Raad voor rechtsbijstand en het Juridisch Loket, evenals dat van de bekwame medewerkers van de mediation bureaus in de rechtbanken, wordt weggevlakt. De medewerkers van die instanties weten doorgaans goed welke mediators wel en niet goed zijn voor bepaalde zaken. Hulpzoekenden zou de categorie rechtzoekenden moeten betreffen, die wellicht niet zelf de weg naar een goede mediator zouden weten te vinden. Dat is een te verwaarlozen minderheid. Iedereen kan tegenwoordig met behulp van het internet informatie over mediation en mediators vinden. Ook daarom is een overheidsregister niet nodig. Rechtzoekenden die zich van rechtsbijstand hebben voorzien vinden gemakkelijk de weg naar een goede mediator. Advocaten zijn belangrijke poortwachters en zij weten inmiddels heel goed waar een goede mediator te vinden.

Onderzoek van IMI heeft uitgewezen dat het (internationale) bedrijfsleven inmiddels zelf – zonder tussenkomst van advocaten – prima de weg weet te vinden naar een kwalitatief goede mediator. Het is te betreuren dat voor de gedachte dat partijen zelf niet in staat zouden zijn om een mediator te vinden – dus, zonder overheidsregister – nog steeds geleund wordt op onderzoek van SEO uit de periode 2004 tot 2008. Dat is inmiddels acht belangrijke ontwikkelingsjaren van mediation geleden. De bevinding was toen dat partijen niet goed zouden weten wat mediation inhield en wie

een goede of een slechte mediator was. In 2012 is in een eenvoudig onderzoek al vastgesteld dat zelfs in de periode 2004 – 2008 op eigen initiatief 34% van 1800 ondervraagde personen zelf een mediator had gevonden. Via de andere partij vond 20% van die personen een mediator. Via de werkgever vond 12% een mediator wanneer die niet via familie, vrienden of kennissen werd gevonden (4%). In 10% van de gevallen werd de mediator gevonden via doorverwijzing door het Raad voor rechtsbijstand, het Juridisch Loket, een advocaat of de rechter (van 20% was toen het niet bekend hoe die een mediator vonden). Advocaten verwijzen veel en regelmatig door naar mediation. Steeds meer advocaten dragen op hun visitekaartje ook de aanduiding 'advocaat/mediator.'

Er is geen recent onderzoek en het is ook overigens niet aangetoond dat er voor rechtzoekenden problemen zijn om een mediator naar hun zin te vinden. Dat er daarover geen klachten worden gehoord, bevestigt dat.

In het belang van mediation?

Eerder is opgemerkt dat het is toe te juichen wanneer de overheid mediation blijft bevorderen, maar dat het regelen van *mediation* – zoals ook arbitrage en bindend advies een plaats in de wet hebben – iets anders is dan het regelen van de *mediator*. Arbiters en bindend adviseurs worden ook niet in de wet geregeld. Er is ook geen overheidsregister voor arbiters en bindend adviseurs. Dat kan aan instellingen als het NAI, MfN en anderen worden overgelaten, die – als gezegd – een groot belang hebben voor hun voortbestaan bij het verzorgen van kwaliteit.

Wat er nu dreigt te gebeuren is dat mediation in haar ontwikkeling wordt gefrustreerd. De beste manier om dit te illustreren, is een citaat uit de resultaten van een groot onderzoek dat de in de Verenigde Staten vooraanstaande mediators en wetenschappers Leonard Riskin en Nancy Welsh in 2008 gedaan hebben¹⁶:

"This Article focuses on what we call 'court-oriented' mediations in 'ordinary' civil, non-family disputes (such as personal injury matters, employment cases, contract and property damage disputes, medical malpractice claims, and the like). Generally, these mediations take place in the shadow of the courthouse, as someone has already filed a lawsuit or contemplates doing so if the mediation does not produce an agreement. They typically include one individual plaintiff and one or more defendants. Lawyers and insurance claims representatives are nearly always involved. In some of these cases, courts order or coax the parties into mediation; in others, the parties enter mediation voluntarily. The mediation sessions may be conducted as part of a court-connected program or privately. Without doubt, some of these mediations allow the parties to deal with their underlying interests and non-legal issues. Based upon available empirical evidence and conversations with mediators around the country, however, it appears that the problem definition in most court-oriented mediation sessions is quite narrow, dominated by litigation-oriented risk analysis and valuation. Similarly, these mediations' outcomes do not vary much from those produced by lawyers' traditional bilateral negotiations."

De verwijzingen in de Nota naar aanleiding van het Verslag bij een van de initiatief-wetsontwerpen destijds van kamerlid Van der Steur naar een artikel van F. Glasl¹⁷ verdienen het eveneens om te worden gerelativeerd. De initiatiefnemer vertaalde de opmerkingen van die auteur toen aldus dat de gedachte van volledige vrijwilligheid er toe zou leiden dat er maar voor weinig conflicten een

¹⁶ L.L. Riskin en N. Welsh, *Is That All There Is? 'The Problem' in Court-Oriented Mediation*, 15 George Mason Law Review.

¹⁷ F. Glasl, *Vrijwilligheid of willigheid van mediation*, Tijdschrift Conflicthantering 2014/5, p. 41 e.v. Zie TK 2014-2015, 33723 nr. 8, p. 3 en 8 en

constructieve oplossing zou worden gevonden. De praktijk van alle dag wijst uit dat dit niet juist is. Glasl zegt dat ook niet. Enigszins semantisch stelt hij dat er overwegingen aan vrijwilligheid ten grondslag kunnen liggen die relatief zijn. Dat kan alleen al het geval zijn wanneer men een gevoelde behoefte om aan een conflict een einde te maken als een zekere drang of dwang zou kwalificeren. Zo zijn er meer nuances, zoals het uitgeput raken van middelen om te procederen of de behoefte om verhoudingen te sauveren die anders beschadigd kunnen raken. Glasl spreekt over 'een strategiecalkulatie'. Daarbij wordt rekening gehouden met macht- en dwangaspecten van de situatie waarin een partij zich bevindt. Het is niet aan anderen dan de partijen zelf om een calculatie te maken van de gevolgen van instemming of afwijzing om aan mediation mee te doen. Bepalend voor een integrale deelname van partijen aan mediation is en zal volgens Glasl uitsluitend zijn hoe de partijen zelf winst en verlies als gevolg van voortzetting van het vechten of een geslaagde mediation inschatten. Politiek correcte deelname omdat men de rechter niet tegen het hoofd wil stoten of geen kleur wil bekennen dat men nog niet aan een oplossing toe is, is geen goede grond voor deelneming aan een mediation gesprek. Een politiek correcte mededeling dat mediation is geprobeerd, maar helaas is mislukt, nodigt uit tot een ritueel van het halen van een stempel of een aanvang van een als verplicht beleefde verwikkeling van partijen met elkaar die in hun ogen zal worden ervaren als vergelijkbaar met een procedure bij de rechter. Dit introduceert 'vechtgedrag'¹⁸ en activeert advocaten om posities te betrekken met het oog op een eventuele mislukking en dus verschijning voor de rechter. In de Verenigde Staten hebben vergelijkbare regelingen van verplichte tot semi verplichte mediation tot gevolg gehad dat mediation aan attractiviteit voor partijen heeft ingeboet.¹⁹ Bovendien blijken bij minder vrijwillige deelname van partijen aan mediation achteraf vaker geschillen te ontstaan over de nakoming van een vaststellingsovereenkomst dan in geval van volledig vrijwillige deelname aan mediation.²⁰

Dejuridisering?

Mediation zal, als de inhoud van het consultatiedocument tot wet wordt verheven, sterk worden gejuridiseerd. Voor mediation in het algemeen is dat geen gelukkige zaak. Mediation wordt op een juridische wijze ingekleurd en die kleurverschiëting richting een appendix van de overheidsrechter, is te betreuren.

Niet acceptabel is dat een mediation-overeenkomst straks alleen nog door een beëdigd mediator zou kunnen worden afgesloten. Volgens het voorgestelde artikel 3:469 BW kan een mediation-overeenkomst alleen door een beëdigd mediator kan worden aangegaan. Op deze manier kan een niet beëdigd mediator geen mediation-overeenkomst aangaan. Alsof er met een niet beëdigd makelaar niet een overeenkomst tot aan- of verkoop van een huis zou kunnen of mogen worden aangegaan. Het is oneigenlijk dat er op deze manier geprobeerd wordt een kartel van één bepaalde groep mediators te vormen. Het helpt dan weinig dat nu wel de poging om de titel 'register mediator' toe te eigenen aan mediators die in het overheidsregister zijn ingeschreven, is opgegeven. Er is geen sprake van dat de nu weer gemaakte keuze mediation helpt bevorderen; het maakt dat mediation beperkt wordt tot court annexed mediation en mediation met en in de

¹⁸ 'Considering that court-connected mediation now often bears an uncanny resemblance to the judicially-hosted settlement conference.' en "Lawyers behave as if mediation were litigation, thereby converting the mediation into an adversarial settlement conference." Zie Nancy A. Welsh, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do With It?*, 79 WASH. U. L.Q. 787, 796 (2001). Dit laat zich ook verstaan omdat mediation aan de orde komt in de context van een conflict dat partijen zelf langs de gebruikelijke weg van onderhandeling en onderling overleg niet hebben kunnen oplossen.

¹⁹ R.A.B. Bush, *Substituting Mediation for Arbitration: The Growing Market for Evaluative Mediation, and What It Means for the ADR Field*, *Pepperdine Dispute Resolution Journal*: Vol. 3, Iss. 1, Article 6.

²⁰ J. Nolan-Haley, *Mediation: The New Arbitration*, *Harvard Negotiation Law review*, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1713928.

overheid. Dat is geen succesformule gebleken in landen waar court annexed mediation is ingevoerd als een (quasi) verplichting, zoals in Italië, waar inmiddels de advocatuur wegen aan het bewandelen is om mediation te vermijden (voorstellen om een onderling akkoord tussen advocaten van executoriale kracht te voorzien). Evenals in veel andere landen waar een vorm van 'mediation dwang' is ingevoerd, ziet de regelgeving niet op alle soort zaken, terwijl het Consultatiedocument wel alle zaken in ons land onder de regels van zekere dwang tot mediation wil brengen. Het navolgende citaat van een mediator in Italië, waar in een aantal zaken het verplicht is gesteld om voorafgaand aan het beginnen van een rechtszaak mediation te beproeven, is veelzeggend:

*"It is my opinion that the new decree just increases the power of judges and lawyers on mediation. With this framework the mandatory mediation field is completely ruled by judges and lawyers while the parties and mediators become only spectators. In short, the new decree does not create a real alternative system to the adversarial one, but an "ancillary" system to the traditional adversarial system. From a mediator's point of view, I think that mandatory mediation, as renewed by decree, rather constrains mediation in Italy than to promote its development."*²¹

Van een sterke juridisering is onder meer sprake blijkens de volgende passages in de MvT: De mediator "moet in staat zijn om het voor partijen geldende juridisch kader te omschrijven..." en "Wanneer een beëdigd mediator een of meer aandachtsgebieden als bedoeld in artikel 4, tweede lid, onderdeel g, heeft doen opnemen in het register, zal hij op die gebieden deze taak [deskundige advisering omtrent de consequenties van een in mediation te sluiten overeenkomst, lees: vooral de juridische consequenties] zelf op zich nemen en dit dan ook specifiek moeten afspreken met zijn cliënten en tot uitdrukking moeten laten komen in de mediationovereenkomst" (p. 51). Ook: "Partijen moeten door hem voldoende in de gelegenheid gesteld worden een inschatting te maken van de kansen en risico's van de door hen te maken keuzes." (p. 40). In mediation termen komt dit neer op regelrechte evaluatieve mediation. Het gaat niet op waar de opstellers van het consultatiedocument beweren dat zij zich niet inhoudelijk met mediation bezig houden. Dat gebeurt wel en indringend. Als 'extra waarborg' moet de mediator ook nog eens de vaststellingsovereenkomst mee ondertekenen en daar dus als partij tot toetreden.

Dat juridisering van mediation niet gelukkig is, vindt bevestigende beantwoording in onderzoek elders:

*"Regardless, it is the case that under both systems the parties gear up for a fight, only to be told that they need to sit down and talk. It is hardly surprising that their dealings with each other at this point would be infused with legal culture and that mediated dialogues that occurred would lack the good faith, full participation (by the parties), and creative problem solving that one wishes to see."*²²

Tarieven

Het zou spijtig zijn als er een administratief overheidssysteem wordt geïntroduceerd in aanvulling op het goed functionerende systeem dat door de MfN en de SKM in stand wordt gehouden. Dat is onnodig, zoals hiervoor gezegd, en zal voor mediators extra financiële en administratieve inspanningen meebrengen, zonder dat dit iets toevoegt. Waar ervan kan worden uitgegaan dat het wetgevingsinitiatief past in de agenda van het terugdringen van de begroting van het Ministerie van

²¹ www.comparitivemediation.wordpress.com/2013/08/26/mediators-become-only-spectators-five-questions-to-carmine-oricchio-italy

²² Th. K. Kuhner. *Court Connected Mediation Compared: The Cases of Argentina and the United States*. Research Paper 22, 2005, Roger Williams University School of Law. ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 11:3, p. 28.

Veiligheid en Justitie (verhoging griffierecht, verhoging eigen bijdrage, minder rechtbanken), zullen er vroeger of later maatregelen volgen om de tarieven van beëdigd mediators aan banden te leggen. Dat werd eerder in de parlementaire documentatie opgemerkt en is nu al te vinden in de opmerking dat ingevolge een AMvB 'in ieder geval' geregeld kan worden dat mediators die in opdracht van de overheid werken 'redelijke' tarieven zullen rekenen. Het mag dan ook niet verbazen dat op enig moment – afgezien van de vraag of mediators die op basis van een toevoeging werken, kunnen worden geacht in opdracht van de overheid te werken – in het algemeen de tarieven van beëdigd mediators aan overheidscontrole onderworpen zullen worden. Verwijzen door de rechter kan tot dubbele kosten leiden indien de mediation mislukt. Dus waar de rechter een rol neemt door te verwijzen, heeft de overheid een zekere zorgplicht om de financiële gevolgen daarvan (mede) in het oog te houden.

Kosten

Het ziet er niet rooskleurig uit voor mediators die ingeschreven zullen willen worden in het voorziene overheidsregister. Als de voorlopige uitkomsten van een enquête die de MfN organiseerde kloppen, zullen er bij handhaving van de oorspronkelijk voorgestelde vliegreun naar schatting per saldo niet meer dan 600 mediators voor opneming in het overheidsregister in aanmerking komen. Daarvan zullen er denkbaar niet meer dan 400 (een aantal is al wat ouder) de kosten voor registratie etc. willen opbrengen. Dat wordt voor die mediators een dure aangelegenheid. Zelfs als het er 600 zouden zijn. Volgens de artikelen 4 lid 8, 16 lid 9 en 24 lid 4 van het consultatiedocument gaat het om alle kosten voor het inrichten en in stand houden van het register, de kosten van de Commissie Mediation, de kosten voor het verrichten van kwaliteitstoetsen en de hierna genoemde kosten voor tuchtrechtspraak. Wanneer de desbetreffende mediators dan ook nog lid (moeten) zijn van een beroepsorganisatie met kosten van dien, dan zal er niet veel verdiend kunnen worden. De kosten van mediation (lees: uurtarieven van mediators) mogen niet te hoog worden wil 'verplichte' verwijzing kunnen worden uitgelegd aan de rechtzoekende (die misschien daarna of daarnaast) toch kosten voor een procedure bij de rechter moet maken (inclusief verhoogd griffierecht).

Er is een 'Raad voor de tuchtrechtspraak beëdigd mediators' voorzien van zes leden en acht plaatsvervangende leden. De voorzitter, plaatsvervangend voorzitter en de helft van de leden en plaatsvervangende leden zal lid van de rechterlijke macht zijn, zo wordt beoogd. Volgens artikel 26 lid 4 van het consultatiedocument draagt de Minister de kosten van die Raad. Die worden echter beperkt tot een vergoeding voor vrijgestelde tijd van leden van de zittende rechterlijke macht en een vacatiegeld voor de overige leden. De kosten van de leden en plaatsvervangende leden die niet deel uitmaken van die rechterlijke macht, alsmede die van een te benoemen secretaris van de Raad komen weer voor rekening van de beëdigde mediators. Klagers zullen een griffierecht moeten voldoen dat ten bate van de organisatie van de Raad zal komen. Er zullen veel klachten nodig zijn of het griffierecht zal sterk moeten worden verhoogd, wil daaruit een goed draaiende organisatie kunnen worden gefinancierd. Het griffierecht wordt bovendien geretourneerd wanneer een klacht geheel of gedeeltelijk gegrond wordt verklaard. Daar staat dan weer tegenover dat bij gehele of gedeeltelijke gegrondverklaring de mediator kan worden veroordeeld tot betaling aan de Minister (de Raad?) van de kosten die in verband met de behandeling van de zaak zijn gemaakt. De Minister bepaalt ingevolge artikel 26 lid 2 van het consultatiedocument de vacatiegelden voor de leden van de Raad die geen deel uitmaken van de rechterlijke macht.

Verklaarplicht

Evenals de initiatiefwetsontwerpen, wil het consultatiedocument dat bij het aanhangig maken van een rechtsgeeding de aanlegger moet verklaren of mediation is geprobeerd, en, zo nee, waarom

niet (artikel 111 lid 2 en 278 lid 1 Rv). Alle daartegen aangevoerde bezwaren worden genegeerd. Het is niet juist dat de aanlegger mede namens andere betrokken partijen zou verklaren hoe die er over denken of hebben gedacht. Verder nodigt een en ander ertoe uit dat de rechter zich bezig gaat houden met de redengeving waarom (een) partij(en) wel of niet aan mediation wil(len) deelnemen. De rechter vraagt ook niet na een schorsing tijdens een comparitie van partijen waarom partijen besloten hebben niet tot een schikking te geraken. Er wordt een schuldvraag geïntroduceerd, die naar de zitting wordt verplaatst. Zuiverder is een voorschrift zoals in Ierland bedacht, dat een aanlegger moet verklaren dat deze mediation heeft overwogen en de voor- en nadelen van procederen in dat kader heeft afgewogen. Meer niet. Meer gaat de rechter ook niet aan. Het gaat er om dat partijen die het voornemen hebben om te procederen zich rekenschap hebben gegeven van de mogelijkheid van mediation en de voordelen die mediation kan hebben ten opzichte van een procedure bij de rechter. De vraag of men aan mediation heeft gedacht, wordt nu inzet van een oneigenlijk ritueel. Niemand zal de blaam willen uitnodigen dat hij of zij niet de redelijke van de partijen is en dus ontstaat een volstrekt oneigenlijke prikkel om de suggestie te wekken bereid te zijn om aan mediation mee te werken in de hoop dat de ander de kwade pier zal zijn om mediation af te wijzen. Voor de ander geldt dezelfde oneigenlijke prikkel en zo kan het gebeuren dat er tot veel ruis wordt uitgenodigd ten opzichte van een oprechte intentie om een gemeenschappelijke oplossing te vinden. Klachten van mediators, die met per saldo ongeïnspireerde partijen te maken krijgen – die alleen een stempel willen halen om bij de rechter aan te kunnen komen met het verhaal dat zij mediation hebben geprobeerd – zijn in de literatuur te vinden.²³

Bewustmaking

Een belangrijk motief voor de introductie van de 'verklaarplicht' is de wens dat partijen zich, voordat zij een gang naar de rechter inzetten, rekenschap geven van het bestaan van alternatieven en met name van het bestaan van mediation (conflict diagnose). Op zichzelf kan men daar moeilijk tegen zijn. Hiervoor is een aantal van de bezwaren tegen het gekozen middel genoemd. Hetzelfde doel kan worden bereikt met vermijding van de hiervoor genoemde bezwaren. In het ontwerp voor een Mediation Act in Ierland heeft de regelgever zich er rekenschap van gegeven dat de rechter de rechter is en zich niet zou moeten inlaten met de inhoudelijkheid van overwegingen om wel of niet aan mediation deel te nemen. Wel wil ook die regelgever dat een partij die wil procederen zich rekenschap geeft van het bestaan van mediation en van de voordelen die mediation als alternatief kan meebrengen. In de *Draft General Scheme of Mediation Bill 2012* wordt in navolging van regelingen in een aantal staten van de Verenigde Staten (Colorado, Ohio, New Jersey en Massachusetts, wisselend middels regels van de Bar, de wet of reglementen van de gerechten) een verplichting voor advocaten opgenomen om informatie te verschaffen waar men een mediator kan vinden en over de te verwachten kosten van een procedure bij de rechter. Volgens het Ierse voorstel moet iemand die een procedure aanhangig maakt in een schriftelijke verklaring – die eveneens door de advocaat moet worden ondertekend – aan het gerecht meedelen, dat de hiervoor genoemde informatie is verschaft en de afweging voor of tegen mediation heeft plaats gevonden. Behandeling van de zaak wordt aangehouden tot de verklaring van de eiser is ontvangen (*Head 4*). Een dergelijke oplossing voorkomt dat – zoals het consultatiedocument wil – de aanlegger van een procedure ook een verklaring namens diens wederpartij aflegt. De rechter blijft buiten de overweging(en) van de aanlegger om - na volledig gekend te zijn in de voor en nadelen van de verschillende procedures - toch de rechter te willen aanzoeken.

²³ Zie o.a. M. Zadeh, *Looking Ahead, The Future of Mediation and Your Future in Mediation – Not-So-Hopeful Trends: Institutionalisation of the Process* (in *How to Make Money as a Mediator (and Create Value for Everyone)*). San Francisco 2006, Jossey-Bass.

Voorkomen wordt het onwenselijke ritueel van ook nu al tijdens een comparitie van partijen, dat moeilijk kan worden ontkomen aan het de gang op gaan en doen alsof men wel heeft willen schikken, maar de wederpartij niet. Mediation is een vrijwillig proces. De overheid kan zeker een bijdrage leveren aan een grotere bekendheid van mediation, maar dan zonder alle nadelen die kleven aan de nu voorgestelde oplossing om mediation onder de aandacht te brengen bij een potentiële procespartij. Een verklaring als nu zou moeten worden afgelegd volgens de toevoeging aan artikel 111 en 278 Rv, is een uitnodiging aan de rechter om zich te begeven in de genoemde overweging(en). Het betreft bovendien een op het moment van het aanleggen van de procedure eenzijdige verklaring van alleen de eiser of verzoeker om mediation niet te hebben geprobeerd. Als partijen bij een comparitie de gang op gaan, vraagt de rechter ook niet naar de reden waarom een schikking niet is gelukt. Hij constateert dat partijen het geprobeerd hebben en respecteert de autonomie van partijen. Een dergelijk benadering past te meer bij mediation, waar vrijwilligheid en partij autonomie als kernwaarden gelden.

Wetgeving om het gebruik van mediation te stimuleren is niet nodig. Er kan worden volstaan met een meer algemene toepassing - ook in andere procesreglementen en met een eenvoudige aanpassing - van hetgeen nu is opgenomen in het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken (artikel 3.1 aanhef en sub f): bij het indienen van een nieuwe zaak moet worden meegedeeld of vóór de procedure mediation heeft plaats gevonden. Gelet op hetgeen hiervoor is genoemd, kan daar de verklaring van de advocaat bij worden gevraagd – indien er van bijstand van een advocaat sprake is - dat de mogelijkheid van mediation met de cliënt is besproken en afgewogen. Dat volstaat om eenieder die het aanleggen van een procedure bij de rechter overweegt bewust te maken van de mogelijkheid van mediation.

Geheimhouding en verschoningsrecht

Een wettelijk verschoningsrecht werd aanvankelijk als aanleiding genoemd voor het invoeren van een wettelijke regulering van het beroep van mediator. Dat recht zou immers alleen kunnen worden toegekend aan mediators die aan zekere kwaliteit- en integriteits-eisen zouden voldoen. Anders dan in de initiatiefwetsontwerpen, wordt een wettelijk verschoningsrecht nu niet meer in het consultatiedocument als wetsregel genoemd, maar wordt er vanuit gegaan dat de rechter een van de wettelijke geheimhoudingsplicht afgeleid beroep op het verschoningsrecht zal honoreren. Het verschoningsrecht is geen noodzakelijke voorwaarde voor het goed functioneren van de mediator. Indien de voorgestelde wettelijke registratie louter met het oog op het verschoningsrecht in het leven wordt geroepen, is dat dan ook een onvoldoende zwaarwegende grond om tot een dergelijke registratie te komen.

Nu de beroepsgroep voldoende identificeerbaar is en er vertrouwd kan worden op de kwaliteit van mediators, is het verschoningsrecht als reden voor het regelen van het beroep van mediator niet langer van toepassing. Voor het stimuleren van mediation is een wettelijke regeling denkbaar, maar dan wel op de wijze zoals in deze consultatiereactie beschreven; voor het reguleren van het beroep van mediator zijn geen goede gronden meer voorhanden. Dat er aan de kwaliteit of integriteit (van MfN-geregistreerde) mediators zou moeten worden getwijfeld, is, zoals opgemerkt, cijfermatig of anderszins niet hard te maken. De cijfers wijzen het tegendeel uit (aantal klachten per jaar). De populatie die in 2009 of in de periode van het SEO onderzoek het (toenmalige) NMI bestand uitmaakte, is op geen manier te vergelijken met de huidige populatie. Die voldoet al jaren aan alle kwaliteitscriteria die voor inschrijving en handhaving in een eventueel overheidsregister meer dan genoeg zijn. De indertijd vreemde vliegureneis van destijds 12 mediations of 120 uur per jaar is door geen enkel onderzoek of op een andere wijze als norm verdedigbaar boven de nu door

de MfN gehanteerde norm. Bovendien zal er ongetwijfeld met de MfN te praten zijn over een aanpassing indien onderzoek zou uitwijzen dat dit verschil zou maken.

Pactum de contrahendo

Eén van de weinige verbeteringen van het procesrecht, die waren te vinden in de initiatief wetsontwerpen, is weer geschrapt. Dat was het punt dat de rechter zich zou onthouden van het in behandeling nemen van een zaak wanneer was afgesproken dat er eerst mediation zou worden beproefd. In het geval van een dergelijk beding hoeft de rechter straks alleen nog maar 'te onderzoeken' of een minnelijke oplossing met behulp van mediation mogelijk is (artikel 22a Rv).

Toepassing

Bezwaar tegen het nu voorgestelde ontwerp voor wetgeving is ook dat er sprake is van '*one size fits all*' benadering. Indien het kabinet enigerlei vorm van wetgeving toch blijft overwegen dan is het aan te bevelen om de beperking aan te brengen dat regulering alleen de zaken betreft die tot de competentiegrens van de sector Kanton behoren en waar geen sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging. Dat zou in overeenstemming zijn met de benaderingswijze in veel landen om ons heen en elders in de wereld. Het zijn vooral die zaken die zorgen voor een belasting van het gerechtelijk apparaat. Het zijn ook de zaken waar het veelal in de eerste plaats om eenvoudige communicatie-problematiek gaat. Het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (NGB) en vooraanstaande bedrijfsjuristen hebben zich uitgesproken tegen bemoeienis van de overheid met geschillenoplossing in het bedrijfsleven. Ondernemers en hun adviseurs zijn heel goed in staat om hun weg naar mediation en een mediator te vinden, zoals de (inmiddels) Minister van Veiligheid en Justitie ook zelf destijds heeft opgemerkt in TK 2014-2015, 33722, nr. 8, p. 16.