

### Zienswijze Algemene Raad op VVD-plan voor de wettelijke verankering van mediation

In het e-mailbericht van 7 december 2011 verzocht de heer E.J. Grol MA, medewerker van mr. A. van der Steur, lid VVD-fractie van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, de zienswijze van de Algemene Raad op het plan van de VVD om te komen tot de wettelijke verankering van mediation.

#### Terugblik

Aanleiding tot dit initiatief vormt de Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in grensoverschrijdende burgerlijke en handelszaken. Met het wetsvoorstel van 12 november 2010 tot aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is implementatie van genoemde richtlijn beoogd in de Nederlandse wetgeving (32 555), waarbij, anders dan in de Richtlijn, het wetsvoorstel zich niet beperkt tot grensoverschrijdende zaken.

Inmiddels is bekend dat de Tweede Kamer het wetsvoorstel heeft aangenomen, reden voor de Minister van Veiligheid & Justitie om zich bij brief van 23 december 2011 te richten tot de Voorzitter van de Tweede Kamer om conform de innovatieagenda van het rechtsbestel uitvoering te geven aan de belangrijke rol die aan mediation in het stelsel van geschiloplossing wordt toegedacht.

De Richtlijn laat lidstaten zo veel mogelijk vrij op welke wijze een lidstaat uitvoering geeft aan de Richtlijn en om mediation in regelgeving op te nemen.

In zijn zienswijze van 10 januari 2011 op het wetsvoorstel heeft de Algemene Raad erop gewezen dat de in de Richtlijn gehanteerde ruime begrippen van mediation en mediator tot gevolg hebben dat mediation een beroepsactiviteit impliceert die niet door wetgeving, gedragsregels en tuchtrechtelijke toetsing wordt gecontroleerd en daarmee niet in kwalitatieve zin wordt geborgd. Reeds om die reden acht de Algemene Raad het onwenselijk dat de mediator in de brede betekenis van de Richtlijn zich op gelijke wijze als de traditionele vertrouwensberoepen zou kunnen beroepen op het aan de geheimhoudingsplicht gerelateerde verschoningsrecht. Voorts heeft de Algemene Raad te kennen gegeven een zo licht mogelijke regeling voor te staan, waarbij zo mogelijk verwezen wordt naar de regelgeving van het Nederlands Mediation Instituut.

#### Inhoudelijke reflectie

Thans ligt voor het initiatief om te komen tot wettelijke borging van (de kwaliteit van) mediation. De Algemene Raad is hiervan een voorstander.

#### *Verschoningsrecht*

De Algemene Raad hecht er te refereren aan met name rechtsoverweging 3.6.2.2 en 3.3.2.3 van het arrest van de Hoge Raad van 10 april 2009<sup>1</sup>.

De Hoge Raad overweegt dat mediation een ruim en onafgebakend begrip is en de groep van mediators weinig omlijnd is. Erkenning van een verschoningsrecht in het algemeen voor deze beroepsbeoefenaars zou met zich meebrengen dat de kring van verschoningsgerechtigden aanzienlijk zou worden uitgebreid zonder voldoende waarborgen voor de kwaliteit van mediators. Dit verdraagt zich niet met het uitzonderingskarakter van het verschoningsrecht. Naar het oordeel

<sup>1</sup> LJN: BG9470, Hoge Raad, 08/01244

van de Hoge Raad wordt dat niet anders als de mediator een traditioneel vertrouwensberoep uitoefent en uit hoofde daarvan een verschoningsrecht heeft. Voor een dergelijke mediator zal immers in beginsel hebben te gelden dat informatie die hem in het kader van de mediation is meegedeeld of anderszins ter kennis is gekomen, niet het verschoningsrecht geldt dat hem in zijn hoedanigheid van (traditioneel) beroepsbeoefenaar is toevertrouwd. Onder bijzondere omstandigheden kan dat anders zijn, met name indien voor alle bij de mediation betrokkenen, met inbegrip van de mediator, duidelijk is dat de desbetreffende informatie aan de mediator uitsluitend in diens hoedanigheid van (traditioneel) beroepsbeoefenaar ter kennis is gebracht of gekomen.

Uit de eerder genoemde brief van 23 december 2011 van de minister aan de voorzitter van de Tweede Kamer<sup>2</sup> betreffende de borging van kwaliteit van mediation blijkt dat de minister het niet wenselijk acht dat mediators worden gehinderd door beperkende wettelijke regels met betrekking tot de methode, de invulling van de mediationovereenkomst of de vaststellingsovereenkomst. De minister voegt daaraan toe dat aan mediators geen ruime wettelijke taken of bevoegdheden zijn of worden gegeven, anders dan het beperkte verschoningsrecht van artikel 165, derde lid Rv (nieuw). De Algemene Raad kan zich vinden in een constructie waarin de als derde door de betrokken partijen gecontracteerde mediator een beperkt verschoningsrecht heeft, mits die mediator voldoet aan wettelijke kwaliteitseisen en er sprake is van flankerende bepalingen voor adequate kwaliteitsbewaking van het beroep van mediator.

Met betrekking tot de in het plan opgenomen elementen ten behoeve van de wettelijke verankering van mediation merkt de Algemene Raad op:

#### *Begrip mediator*

De Algemene Raad ondersteunt het initiatief tot het opnemen van een wettelijke begripsbepaling *mediator* en acht een dergelijke vastlegging ook in het belang van de consument en de verwachtingen die de consument mag hebben bij het afnemen van mediationdiensten.

De Algemene Raad meent dat het stellen van kwaliteitseisen en tuchtrecht een *conditio sine qua non* voor het gebruik van de titel.

Een uniforme kwaliteitssystematiek inzake opleiding, examinering en tuchtrecht waarbij aangesloten kan worden bij een van de reeds bestaande organisaties, is gewenst.

#### *Wettelijke omschrijving mediationovereenkomst*

Een dergelijke omschrijving zou duidelijkheid voor de consument kunnen scheppen. Die overeenkomst zal dan de kenmerkende elementen van de mediation dienen omvatten, zoals de vrijwilligheid, neutraliteit et cetera.

#### *Bindende mediationclausule*

In verband met de vrijwilligheid en het wederzijds commitment als voorwaarden voor mediation lijkt een op voorhand bindende mediationclausule niet goed mogelijk als voorwaarde om toegelaten te worden tot de rechter.

Wel zou het belang van mediation onder de aandacht moeten worden gebracht in de zin dat het ook

<sup>2</sup> Voorlaatste alinea, pagina 3

een voor partijen aanmerkelijke kostenbesparing zou kunnen zijn, zoals bijvoorbeeld griffierecht en rechtsbijstandskosten. Naar de mening van de Algemene Raad dient de rechter te bepalen of een zaak zich leent voor mediation.

#### *Mediator als bindend adviseur*

De Algemene Raad gaat niet mee met het voorstel om de mediator in het geval een mediation (gedeeltelijk) niet tot het gewenste resultaat heeft geleid of bepaalde onderdelen van het tussen betrokkenen bestaande geschil de mogelijkheid te geven om op verzoek van partijen een beslissing te geven. Kenmerk van mediation is immers dat partijen onder begeleiding van een onafhankelijke mediator zelf tot een oplossing komen. De mediator is procesbegeleider en geen geschillenbeslechter in dezelfde zaak.

Wel meent de Algemene Raad dat partijen een resterend geschil gezamenlijk aan de rechter kunnen voor leggen. Een dergelijke rechtsfiguur bestaat reeds in artikel 162 Rv, prorogatie, waarbij de kantonrechter om een bindend advies kan worden verzocht.

#### *Executoriale titel*

Bij de Algemene Raad bestaat geen algemene behoefte aan een wettelijke regeling om via de rechter aan een vaststellingsovereenkomst executoriale werking toe te kennen teneinde de gemaakte afspraken af te kunnen dwingen. In ieder geval zou een dergelijke titel alleen verkregen kunnen worden door de mediator na daartoe gemachtigd te zijn door beide partijen in de vaststellingsovereenkomst.

#### *Verplichte verwijzing naar mediation door rechter*

De Algemene Raad is geen voorstander van verplichte verwijzing door de rechter naar mediation. Het vrijwillige karakter wordt dan aan de mediation ontnomen.

De VVD-fractie refereert aan de verplichte mediation in Italië.<sup>3</sup> De Algemene Raad merkt op dat bedoelde verplichting niet ziet op de mediation als zodanig. Het is een fase die vooraf gaat aan mediation in de zuivere vorm. De rechter verwijst partijen naar een prejudicieel gesprek om de mogelijkheid van mediation te verkennen. Pas als beide partijen blijken heil te zien in deze vorm van geschiloplossing start de mediation in eigenlijke zin, dat wil zeggen op basis van wederzijdse vrijwilligheid. Een dergelijke verwijzing als in Italië zou aan het bezwaar van de onvrijwilligheid tegemoet komen. Blijft staan dat naar de mening van de Algemene Raad de verplichtstelling van deze pre-mediation slechts voor een zeer beperkte groep geschillen geschikt is.

De Algemene Raad attendeert op de positieve incentives die Italië toepast om draagvlak te creëren voor de pre-mediation, zoals bijvoorbeeld het fiscaal aftrekbaar stellen van de kosten van de mediator als door mediation een rechtszaak wordt voorkomen. De Algemene Raad voelt niet voor negatieve incentives die de Italiaanse rechter in voorkomend geval van toepassing verklaart. Dat komt neer op een boete terwijl het in voorkomende kwesties noodzakelijk zal zijn om een beslissing van de rechter te vragen.

<sup>3</sup> Tijdschrift Conflicthantering, nr. 7, 2011, blz. 7

*Forensische mediation*

Forensische deskundigheid wordt ingeschakeld om een deskundigenbericht te schrijven over de best mogelijke oplossing van het geschil. In dat geval is er geen sprake van mediation in de eigenlijke betekenis. De deskundige rapporteert immers aan de rechter; van geheimhouding is dan ook geen sprake. De Algemene Raad onderkent het nut van deze figuur, maar bepleit om te komen tot een andere aanduiding, opdat geen verwarring kan ontstaan met de werkelijke mediation.

*Ten slotte*

Waar de Algemene Raad met u van mening is dat kwaliteitseisen in de wet moeten worden opgenomen, hecht de Algemene Raad eraan hieraan toe te voegen dat deze eisen niet van dien aard zouden moeten zijn, dat daarmee de facto wordt bereikt dat een advocaat naast diens advocatuurlijke werkzaamheden niet meer als mediator zou kunnen optreden. Een dergelijke situatie zou kunnen ontstaan door bijvoorbeeld te komen tot een aanzienlijke verhoging van het voorgeschreven aantal afgeronde mediations per drie jaren.

Dit zou tot een ongewenst effect leiden, te weten de uitval van een naar verwachting behoorlijk aantal advocaat-mediators. Dat is naar het oordeel van de Algemene Raad niet in het belang van de rechtzoekende waar de advocaat met diens juridische kennis en kunde een toegevoegde waarde heeft binnen de beroepsgroep van mediators.

Dit geldt overigens niet alleen voor de advocatuur, maar ook voor de overige traditionele vertrouwensberoepen.

Met vriendelijke groet,  
namens de Algemene Raad,



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

31 januari 2012