

Tweede Kamer der Staten-Generaal
T.a.v. de Vaste Commissie voor Veiligheid en Justitie
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Den Haag, 4 juli 2014
Dossiernummer: 1.6.1
Doorkiesnummer: 070 – 33 53 517
Faxnummer: 070-33 53 531

Betreft: concept-initiatiefwetsvoorstellen mediation

Geachte voorzitter en leden van de Vaste Commissie voor Veiligheid en Justitie,

De algemene raad ontving de initiatiefwetsvoorstellen mediation, alsmede het advies van de afdeling advisering van de Raad van State en de reactie daarop van de initiatiefnemer mr. G.A. van der Steur.

Namens de algemene raad maak ik van de mogelijkheid gebruik om nog enkele kanttekeningen te plaatsen bij de aangepaste initiatiefwetsvoorstellen.

Allereerst laat ik u weten dat de algemene raad het advies van de afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft. Het valt op dat de gewijzigde voorstellen slechts in beperkte mate tegemoet komen aan bedoeld advies van de Raad van State en aan ons eerder bij brief van 5 juni 2013 met bijlagen gegeven commentaar. Dit betekent dat het onderstaande een aanvulling is op genoemde brief.

Doel initiatiefwetsvoorstellen mediation

Uitgangspunt is dejuridisering, eigen verantwoordelijkheid van partijen voor buitengerechtelijke geschiloplossing en vermindering van de druk op en werklast van de rechtspraak¹.

De Orde heeft grote twijfels of met deze wetsvoorstellen de beoogde doelen worden bereikt.

Hieronder volgt een nadere toelichting.

Inleiding

De reserve die de Orde heeft, ziet met name op de vermeende dejuridisering, de onafhankelijkheid, de vrije keuze van een mediator en de vermindering van de werklast van de rechtspraak.

De wetsvoorstellen hinken op twee gedachten, enerzijds dejuridisering met het doel via mediation te bereiken dat de rechter niet hoeft te worden geadieerd, terwijl anderzijds de mediator de bevoegdheid wordt toegekend om geschillen aan de rechter voor te leggen. Wil de mediator dit laatste verantwoord kunnen uitvoeren dan is meer dan de in het wetsvoorstel genoemde juridische basiskennis gewenst. De algemene raad is van mening dat een advocaat voor die partiële geschilbeslechting moet worden ingeschakeld. Met betrekking tot een aantal rechtsgebieden, zoals echtscheiding en arbeidsrecht, lijkt juridische kennis ten behoeve van de bescherming van de cliënt

¹ MvT Wet registremediator, zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de afdeling advisering van de Raad van State, Kamerstuk 33 722, nr.6

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

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

wenselijk, terwijl voor andere zaken juridische kennis voor de mediator geen conditio qua non is.

De algemene raad haalt hieronder de passage aan waarmee de wetgevingscommissie Burgerlijk Procesrecht, een adviescommissie van de algemene raad, doeltreffend aangeeft waarom de toegang van de mediator tot de rechter niet wenselijk is. Dat advies is ook bijgevoegd en naar de inhoud daarvan wordt verwezen.

“Nog los van het door de Raad van State terecht aangevoerde argument dat het voorstel van toegang van de mediator tot de rechter een doorbreking oplevert van het procesmonopolie, is het voorstel dogmatisch onjuist en wetstechnisch overbodig. Het voorstel is dogmatisch onjuist, omdat een mediator juist geen partij is bij de schikking en dus louter optreedt als gemachtigde/lasthebber van de partijen bij de vaststellingsovereenkomst, maar zelf geen belang heeft bij het verzoek. Wetstechnisch is het overbodig, omdat de partijen zelf via de weg van artikel 96a Rv het geschil en de schikking voor kunnen leggen aan de kantonrechter.”

Nadere beschouwing brengt de algemene raad tot de preliminaire vraag of er op dit moment, waar mediation nog volop in ontwikkeling is, wel behoefte is aan wetgeving die zo gedetailleerd en vergaand is. De vraag rijst of hiermee niet juist de verdere ontwikkeling van het beroep van mediator in de kiem wordt gesmoord.

Met deze wetsvoorstellen miskent de wetgever de werking van de vigerende regelgeving op het gebied van het burgerlijk (proces)recht en het bestuursrecht en wordt geen recht gedaan aan de huidige werkwijze van de rechter.

Voorts constateert de algemene raad dat in de drie wetsvoorstellen bepalingen voorkomen die het mogelijk maken om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen.

Met andere woorden, op dit moment is het niet goed mogelijk om een compleet beeld te krijgen van alle implicaties van deze wetsvoorstellen. De algemene raad meent dat volstaan zou kunnen worden met het vastleggen van de principes van mediation als vrijwilligheid, vrijblijvendheid, vertrouwelijkheid, onafhankelijkheid en neutraliteit van de mediator.

Wet registermediator

Het feit dat de markt op het gebied van mediation nog steeds in ontwikkeling is en dat niet aan de indruk kan worden ontkomen dat er sprake is van *preferred suppliers* voor rechters en bepaalde bestuursorganen, maakt dat de algemene raad, die mediation op zichzelf onderschrijft, een kritische houding aanneemt waar het betreft de wijze waarop de initiatiefnemer mediation wil bevorderen.

In aanvulling daarop is de algemene raad van mening dat de verplichting van partijen om de rechter duidelijk te maken waarom is afgezien van mediation, nog eens onderstreept dat de initiatiefnemer de bedoeling heeft om mediation als een verplichting te zien. Dit is ongewenst en in strijd met het principe van mediation.

De algemene raad acht het ook onbegrijpelijk dat de initiatiefnemer vasthoudt aan die verplichting nu het Italiaans Constitutioneel Hof op 26 oktober 2012 de in Italië verplichte mediation in strijd heeft verklaard met het grondwettelijk recht van toegang tot de rechter. Zie hiervoor ook de aangehechte reactie van eerdergenoemde wetgevingscommissie Burgerlijk Procesrecht.

Voorts dringt de algemene raad erop aan om de eerdergenoemde verplichting van partijen om de rechter gemotiveerd mede te delen waarom is afgezien van mediation, te schrappen. Het getuigt van paternalisme en de vraag is welke functie deze regel heeft, waar mediation uitgaat van vrijwilligheid.

Artikel 4, tweede lid, aanhef en onderdeel h, kent een afwijkende redactie: “desgewenst: het aandachtsgebied of de aandachtsgebieden waarop de aanvrager zijn werkzaamheden voornemens is te verrichten”.

Het komt de algemene raad wenselijk voor dat een aanvrager altijd melding maakt van bedoeld(e) rechtsgebied(en).

Voorts vraagt de algemene raad aandacht voor de in de artikelen 3 en 8 opgenomen mogelijkheden tot vrijstelling of ontheffing van verplichtingen, meer in het bijzonder voor het verlenen van vrijstellingen, omdat die worden verleend aan bepaalde groepen van belanghebbenden, terwijl een ontheffing ziet op een specifieke situatie van een individuele belanghebbende.

Het valt de algemene raad op dat de term “terechtzing” wordt gebezigd in de regelgeving betreffende het tuchtrecht. De voorkeur van de algemene raad gaat uit naar het woord “zitting”, omdat deze term beter aansluit bij het algemeen spraakgebruik en omdat, waar het woord “terechtzing” nog wordt gebruikt, dit meestal in de context is van het strafrecht.

Ter zake van de maatregel “tijdelijke doorhaling van de inschrijving voor de duur van ten hoogste een jaar” herhaalt de algemene raad zijn voorkeur om ten deze te spreken van een schorsing.

In de mogelijkheid tot het bekend maken van de naam van een registermediator aan wie de maatregel van (tijdelijke) doorhaling van de inschrijving is opgelegd (naming en shaming), lijkt niet te zijn voorzien.

Commissie mediation

De Minister van Veiligheid en Justitie benoemt de leden van de commissie, die bestaat uit drie of vijf leden, waaronder de voorzitter, welke laatste geen registermediator is. Ten minste de helft van de leden, niet zijnde de voorzitter, is ingeschreven als registermediator. De meerderheid van de commissie kan derhalve bestaan uit niet-registermediators. De commissie adviseert de Minister onder andere over aan de inschrijving van registermediators te stellen eisen, opleidings- en exameneisen en praktijkervaring. Daarnaast heeft de commissie ook een rol in het tuchtrecht: zij kan een klacht indienen tegen een registermediator bij het tuchtcollege. Kosten van de commissie en het tuchtcollege komen ten laste van de algemene middelen.

Betekent een en ander dat wij een soort overheidsmediators krijgen, waarvan bepaalde instanties verplicht gebruik moeten maken? Hoe verhoudt dit zich met de vrije keuze van een mediator in relatie met de op vrijwilligheid van partijen gebaseerde mediation? En hoe staat het met de onafhankelijkheid en neutraliteit van deze mediator?

De samenstelling van de commissie mediation en de taken van de commissie mediation, in samenhang gezien met de positie c.q. de invloed van de Minister, geven op zijn minst aanleiding tot mogelijke belangenverstrengeling. Daaraan toegevoegd dat aan de trias politica geen strikte uitvoering gegeven lijkt te zijn en het feit dat de commissie mediation wordt geadviseerd door een adviesraad die op dezelfde wijze is samengesteld en waarvan de leden eveneens door de Minister worden benoemd, leidt de algemene raad tot de conclusie dat de onafhankelijkheid in het geding is. Zeker waar dit de positie raakt van de advocaat-mediator is dit voor de algemene raad een onbegaanbare weg.

Toegang tot de rechter

De registermediator wordt bevoegd de rechter te verzoeken een deelgeschil in mediation te beslechten, de vaststellingsovereenkomst met de uitkomst van de mediation door de rechter te laten bekrachtigen en het verzoek in te dienen tot het uitspreken van een echtscheiding na mediation.

Zoals hierboven al is aangegeven, is aan een dergelijke bepaling geen behoefte gelet op artikel 96 Rv. en wordt juridische kennis van de registermediator verlangd, waar die naar het oordeel van de algemene raad in beginsel niet nodig is.

Waar dat wel het geval zou zijn, kan niet worden volstaan met de lichte aan de registermediator te stellen juridische kenniseisen (zogenoemde basale juridische competenties op juridisch gebied).

Mediation in het bestuursrecht

Uit het op 11 juni 2014 vastgestelde Kamerstuk 33 930 blijkt het volgende:

VI Jaarverslag en slotwet Ministerie van Veiligheid en Justitie 2013, Nr. 5 Lijst van vragen en antwoorden

75: Hoe kan worden verklaard dat, ondanks een stijging ten opzichte van 2012, er sinds 2009 en 2010 minder naar mediation wordt verwezen door de rechter?

Dat er sinds 2009 en 2010 minder door de rechter naar mediation wordt verwezen, kan liggen aan het feit dat het beleid gericht op de-escalatie van geschillen haar vruchten gaat afwerpen. Burgers zijn steeds beter in staat hun conflicten onderling te regelen of kiezen al voor mediation voordat zij voor de rechter verschijnen. Dat is vooral te zien bij echtscheidingen. Ook geschillen tussen overheid en burgers worden steeds meer pro-actief opgelost. De informele aanpak zoals gepropageerd door het project «Prettig contact met de overheid» levert daar een bijdrage aan. Beroepszaken die in 2009 in aanmerking kwamen voor verwijzing naar mediation, komen nu minder vaak bij de rechter. Daar komt bij dat bestuursrechters beter in staat zijn deze conflicten finaal te beslechten. Dit is goed te zien in de zogenoemde «nieuwe zaaksbehandeling» in het bestuursrecht. Door deze aanpak is het vaak niet nodig partijen door te verwijzen naar mediation. Verder worden in de loop der jaren ook steeds meer zaken opgelost alleen al door de inspanningen van de mediationbureaus van de gerechten in het voortraject. Deze zaken tellen niet mee als formele mediation, maar dragen wel in belangrijke mate bij aan het schikken van rechtszaken.

De algemene raad is van mening dat het voorgestane doel de middelen niet heiligt. Uit het hiervoor opgenomen antwoord op vraag 75, alsook uit de Memorie van Toelichting op de onderscheiden wetsvoorstellen en het feit dat reeds sinds 2013 inschrijvingsvoorwaarden krachtens de Wet op de rechtsbijstand gelden voor mediators, leidt de algemene raad af dat ook zonder formele wetgeving reeds een trend is gezet in de richting van het doel van - in elk geval - het initiatiefwetsvoorstel Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht.

Zo blijkt uit een onderzoek van de Stichting Economisch Onderzoek – zie noot 31 en 32, blz. 6 en 7 MvT Wet registermediator - dat bij overheidsinstellingen ongeveer 934.000 bezwaarschriften zijn ingediend, een veelvoud van de overige klachten en procedures die in hetzelfde overzicht zijn opgenomen op bladzijde 7 van genoemde MvT. Weliswaar zullen partijen niet in alle gevallen naar de rechter zijn gestapt, maar duidelijk moge zijn dat uit dit overzicht blijkt dat juist de overheid ten deze een slag kan maken door er bij de bestuursorganen op aan te dringen daadwerkelijk de in dit wetsvoorstel gewenste actieve werkwijze te volgen, opdat het aantal bezwaarschriften kan worden teruggebracht. Daarmee kan in een vroeg stadium een bijdrage worden geleverd aan de beoogde dejuridisering.

In dezelfde toelichting is opgenomen dat slechts 1,7% van alle toevoegingen die in 2010 werden afgegeven door de raad voor rechtsbijstand mediationtoevoegingen betroffen. Dit percentage ziet dan ook nog eens op de periode van vóór het vervallen van de stimuleringsbijdrage per 2011 en van vóór de ingevolge deze initiatiefwet aan registermediators te stellen kwaliteitseisen.

In de praktijk is het al zo dat de bestuursrechter aanstuurt op een minnelijke schikking of ter zitting of buiten de rechtszaal. Het formuleren van een wettelijke inspanningsverplichting voor de bestuursrechter om met partijen te onderzoeken of een *rechtmatige* minnelijke oplossing mogelijk is, is dan ook naar de mening van de algemene raad te verstrekken. De druk om tot een minnelijke geschiloplossing te komen, moet liggen in de fase voorafgaand aan de procedure bij de rechter. Een aan het bestuursorgaan op te leggen verplichting om te onderzoeken of mediation mogelijk is, ligt volgens de algemene raad daarom meer in de rede.

Waar nu in het voorgestelde artikel 7:3a Awb staat "*het bestuursorgaan kan belanghebbenden in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation op basis van een mediationovereenkomst...*" bepleit de algemene raad de volgende redactie aan te houden "*het bestuursorgaan stelt belanghebbenden.....*".

Ergo, waar in het wetsvoorstel betreffende het bestuursrecht sprake is van dwang bij de bestuursrechter zou drang bij het bestuursorgaan tot het volgen van een juiste procedure, resulterend in een rechtmatig besluit, beter op zijn plaats zijn.

Vanzelfsprekend is de Orde tot nader overleg bereid.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad



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

Reactie wetgevingscommissie burgerlijk procesrecht op aangepaste initiatief wetsvoorstellen 33.723 en 33.724

Met belangstelling heeft de commissie kennis genomen van de reactie van de initiatiefnemer op het kritische advies van de Raad van State. Ziet de commissie het goed, dan heeft de initiatiefnemer het wetsvoorstel 33.723 (wet bevordering mediation in het burgerlijk recht) niet aangepast, maar de memorie van toelichting wel. Verder heeft de initiatiefnemer het wetsvoorstel 33.722 van de Wet Registermediator aangepast en onder meer verrijkt met een nieuwe definitie van het begrip mediation.

Introductie van de definitie van mediation in het wetsvoorstel Wet Registermediator

Goed dat de initiatiefnemer een definitie van het begrip mediation opneemt in de wet. Wetstechnisch lijkt het dan zuiverder om in de andere wetsvoorstellen ook te verwijzen naar deze definitie, omdat de Nederlandse wet- en regelgeving meerdere omschrijvingen van het begrip mediation kent.

Zo wijkt de definitie van de initiatiefnemer aanmerkelijk af van de Europees aanvaarde definitie van artikel 1 van de wet implementatie richtlijn nr 2008/52/EG.

De commissie stelt voor om de definitie uit de wet over te nemen : *Mediation is een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een mediator hun geschil te schikken.*

Die definitie is geschikter dan de definitie in het voorstel:

mediation: het in gezamenlijke opdracht van partijen op grond van een mediationovereenkomst door een onafhankelijke neutrale derde begeleide gestructureerd proces, dat als doel heeft partijen in onderling overleg weloverwogen de door hen gedeelde norm te laten vinden of hervinden waar die ontbreekt, terwijl daar bij partijen wel behoefte aan is.

Voor al het tweede gedeelte van de definitie beperkt de reikwijdte van het begrip mediation. Want als partijen helemaal geen behoefte hebben aan het vinden van een gedeelde norm het hervinden van een norm die ontbreekt (volgens wie ontbreekt die norm?), dan zou geen sprake zijn van mediation.

De commissie herhaalt het eerdere advies: het systeem van een beschermde groep van geregistreerde mediators lijkt pas zinvol als is uitgekristalliseerd op grond van empirische of wetenschappelijk onderbouwde gegevens hoe men een goede mediator van een slechte mediator kan onderscheiden. Vooralsnog ontbreekt een dergelijk middel. Daarbij komt dat het voorgestelde systeem juist de flexibiliteit en vrijwilligheid beperkt. De beperking wordt niet ingegeven door een objectief waarneembare noodzaak.

Ten slotte vraagt de commissie aandacht voor het ontbreken van een bepaling van onverenigbare functies. Zo lijkt het de commissie ongewenst dat enig opsporingsambtenaar of toezichthouder als mediator kan optreden, omdat de geheimhoudingsplicht als mediator een belemmering is voor het geval de mediator tijdens een mediation het vermoeden krijgt van strafbare of handelingen of van schendingen van de toezicht regelgeving

Internationale ontwikkelingen: lessen uit de Italiaanse geschiedenis van de verplichte mediation

Op 26 oktober 2012 heeft het Italiaans Constitutioneel Hof de Italiaanse verplichte mediation in strijd met het grondwettelijk recht van toegang tot de rechter verklaard. Van belang is dat die Italiaanse wettelijke verplichting minder ver ging dan het initiatiefvoorstel. Inmiddels heeft de Italiaanse wetgever een nieuw minder vergaand wettelijke verplichting tot mediation opgenomen waarvan maar zeer de vraag is of deze wettelijke verplichting wel de toets het door het EVRM geborgde recht van toegang tot de rechter doorstaat. Heeft de initiatiefnemer zich verdiept in de lessen die uit de Italiaanse geschiedenis kan worden getrokken? De initiatiefnemer volstaat met de opmerking dat de beperking van de toegang tot de rechter een wettelijke basis moet hebben. Die redenering is niet in lijn met de

rechtspraak van het hof van de rechten van de mens, omdat die wettelijke basis ook moet voldoen aan – kort gezegd – de subsidiariteitstoets.

En juist aan de onderbouwing van de noodzaak om mediation **verplicht** te stellen ontbreekt het in de aangepaste memorie van toelichting. De commissie verwijst naar het eerdere advies: een **verplichte opdracht** tot mediation is een contradictie. De redengeving van de initiatiefnemer is op geen enkele wijze empirisch of wetenschappelijk onderbouwd.

Mediator hoeft geen extra toegang tot de rechter:

Nog los van het door de Raad van State terecht aangevoerde argument dat het voorstel van toegang van de mediator tot de rechter een doorbreking oplevert van het procesmonopolie, is het voorstel dogmatisch onjuist en wetstechnisch overbodig. Het voorstel is dogmatisch onjuist, omdat een mediator juist geen partij is bij de schikking en dus louter optreedt als gemachtigde/lasthebber van de partijen bij de vaststellingsovereenkomst, maar zelf geen belang heeft bij het verzoek.

Wetstechnisch is het overbodig, omdat de partijen zelf via de weg van artikel 96a Rv het geschil en de schikking voor kunnen leggen aan de kantonrechter.

1 juli 2014