

Mediation en de Wet financieel toezicht

In hoeverre valt mediation bij echtscheidingen onder de Wet financieel toezicht?



Masterscriptie Financial Planning

Universiteit van Amsterdam

Frank Ruis

Collegekaartnummer: 4020117

Eerste begeleider: Dr. Fred de Jong

Afstudeerdatum: 1 oktober 2012

Inhoudsopgave

1	Voorwoord	5
2	Inleiding	7
2.1	Probleemstelling	8
2.2	Plan van aanpak	9
3	Oplossingen voor conflicten	10
3.1	Alternative Dispute Resolution (ADR)	11
3.2	Mediation	11
3.3	Geschiedenis van de mediation in Nederland	12
3.4	Europese Mediationrichtlijn	12
3.5	Kwaliteitseisen	13
3.6	Verschoningsrecht	13
3.7	Nederlands Mediation Instituut	15
3.8	Mediation in cijfers	16
3.9	Conclusie	16
4	Mediation bij echtscheidingen	18
4.1	Het mediation proces	19
4.2	Scheidingsbemiddeling in stappen	19
4.3	De scheidingsmelding	20
4.4	Het ouderschapsplan	21
4.5	De onderhandelingsfase	21
4.6	Fiscale aspecten bij een echtscheiding	22
4.6.1	Huwelijksgoederenregimes	23
4.6.2	Alimentatie	24
4.6.3	Kinderalimentatie	25
4.6.4	Ondernemingen	25
4.6.5	Eigen woning	26
4.6.6	Overbedeling	27
4.6.7	Levensverzekeringen	28
4.6.8	Pensioenverevening	29
4.7	Conclusie	29

5	Wet op het financieel toezicht	31
5.1	Ontstaan van de Wet op het financieel toezicht	31
5.2	Prudentieel- en gedragstoezicht	31
5.3	Uitgangspunten van de Wft	32
5.4	Adviseren	33
5.5	Bemiddelen	35
5.6	Adviseur	36
5.7	Financiële dienstverlener	37
5.8	Financieel product	37
5.9	Toetstermen Wft	38
5.10	Wijzingbesluit financiële markten 2013	40
5.11	Geldloket	41
5.12	Conclusie	42
6	De toekomst van de scheidingsmediator	43
6.1	Uitgangspunten	44
6.2	De mediator als adviseur	45
6.3	De mediator als bemiddelaar	46
6.4	De adviseur als mediator	47
6.5	De mediator als psycholoog	48
6.6	Geldloket en advies bij scheiding	49
6.7	Conclusie	50
7	Samenvatting, Conclusie en Aanbevelingen	51
7.1	Samenvatting	51
7.1.1	Oplossingen voor conflicten	51
7.1.2	Mediation bij echtscheidingen	52
7.1.3	Wet op het financieel toezicht	52
7.2	Conclusie	54
7.3	Aanbevelingen	57
7.3.1	Register	57
7.3.2	Opleiding en titel	58
7.3.3	Gedragsregels	59
7.3.4	Klachtenregeling	59
7.3.5	Indienen bij de rechtbank	59

1 Voorwoord

In mijn vak als financieel planner kwam ik convenanten tegen waarin zaken waren geregeld die fiscaal tot grote gevolgen zouden kunnen leiden. Daarnaast was er soms veel wrok naar de ex-partner. Tijdens de gesprekken merkte ik dat dit leide tot frustraties en ruzies, waarin de kinderen vaak tussen beide ouders in werden gezet en als ruilmiddel gebruikt. Verhalen zijn er voldoende, maar één wil ik u niet onthouden. Een man en vrouw zijn inmiddels acht jaar gescheiden en hun kinderen inmiddels tien en twaalf jaar oud. Op het gebied van de financiën zijn er slechte afspraken gemaakt die elke keer tot conflicten leiden. Communicatie gaat via email en beide ouders willen niet meer met elkaar om tafel. Nu had vader een vakantie besproken en wilde met zijn nieuwe relatie, haar kinderen en zijn eigen kinderen naar een warm land toe. Zoals gezegd, er is geen communicatie. Toen vader dit aan moeder mailde, kwam dat als donderslag bij heldere hemel. Erger, zij wilde ook net weg. Een lang verhaal kort: uiteindelijk konden de kinderen niet mee met vader. De mededeling aan de kinderen van moeders zijde was: „je vader heeft het niet verteld, dus het is zijn fout“. Van de vader kregen de kinderen echter te horen: „jullie mogen niet van je moeder“. Als cadeau voor de kinderen nam vader twee duikbrillen mee naar huis en maakte daarbij de opmerkingen dat het 1. heel mooi was daar, 2. dat ze heel veel hadden gemist en 3. dat ze maar aan hun moeder moesten zeggen dat ze stom was.

Natuurlijk is niet alles te ondervangen, maar als de scheiding beter was geregeld en de kinderen vanaf het begin voorop waren geplaatst, was dit waarschijnlijk nooit gebeurd. Na dit meerdere keren te zijn tegen gekomen, ben ik mij gaan verdiepen in hoe alles nu werkelijk geregeld is in Nederland. Tot mijn schrik moet ik bekennen dat dit allemaal erg tegen valt. In deze tijd wordt voor alles regels en wetgeving ingevoerd, maar voor zo iets belangrijks als een echtscheiding is er maar erg weinig geregeld. Gelukkig moeten ouders nu een ouderschapsplan maken, maar ook hier gaat nog veel mis doordat men alles zo snel mogelijk geregeld wil hebben. Je ziet maar al te vaak: „in onderling overleg“ in een ouderschapsplan staan. Er is wel vooruitgang, maar de besluitvorming gaat erg traag. Het wordt mijn inziens tijd dat er snel iets wordt geregeld en het bovenstaande op die manier zoveel mogelijk kan worden voorkomen.

Als er straks iets uit deze scriptie duidelijk geworden mag zijn, is het wel dat er op het gebied van mediation, echtscheiding en hun verhouding tot de Wet financieel toezicht de laatste jaren veel veranderd is en in de nabije toekomst hopelijk nog veranderen zal. In de tussentijd

heeft deze scriptie dan wellicht geleidt tot een iets duidelijker beeld van dit interessante, belangrijke en voortdurend in beweging zijnde proces.

Ik wil de UVA bedanken voor de geboden mogelijkheid om mijn scriptie af te ronden. In het speciaal Donald van As en Fred de Jong, die mij beiden, elke keer opnieuw, snel van de juiste feedback hebben voorzien.

Verder wil ik Marion bedanken voor het kritisch nalezen van alle teksten en het nu en dan geven van leuke commentaren. Dit gaf mij weer de drive om door te gaan.

Tot slot wil ik mijn lieve vrouw Esmé bedanken voor al haar hulp en ondersteuning tijdens deze drukke periode. Ondanks het feit dat zij zelf ook de Master opleidingen Evidence Based Practice heeft gevolgd en afgerond de afgelopen drie jaar, zag ze daarnaast nog tijd om mij te helpen met het opstarten van een nieuwe onderneming en mij te motiveren om deze scriptie af te ronden. Lieverd, zonder jou was het mij niet gelukt!

Frank Ruis

Hoofddorp, 24 september 2012

2 Inleiding

Zolang mensen trouwen bestaan er echtscheidingen. De regels rondom huwelijk en echtscheiding zijn terug te voeren naar de Romeinse tijd. Keizer Augustus is de eerste die op het gebied van huwelijk en echtscheiding wet en regelgeving heeft ingevoerd, voor die tijd was er sprake van gewoonterecht (Wit, 2007, p. 16). Het beëindigen van een huwelijk ten tijden van de Romeinen werd *repudium* genoemd. Dit betrof een eenzijdige handeling en kon zowel door de man als de vrouw worden gedaan. Hoe de verdeling van de goederen bij een scheiding plaats vond, hing af van de hoe het huwelijk was aangegaan. Werd het huwelijk onder maritale macht aangegaan, dan was het uitgangspunt dat alle goederen van de vrouw over gingen naar haar man - de goederen werden overgedragen als bruidschat. Bij een scheiding bleven alle goederen dus bij de man en bleef de vrouw met lege handen achter. Werd het huwelijk echter afgesloten zonder maritale macht, dan was er wel sprake van een bruidschat en was deze eigendom van de man, maar had de vrouw recht bepaalde vermogensbestanddelen buiten de bruidschat te houden en die bleven dus haar eigendom. (Wit, 2007, pp. 84-85). Hier valt de vergelijking te maken met het huidige huwelijksvermogensrecht. Door het opmaken van huwelijksvoorwaarden blijven ook bepaalde zaken buiten een verdeling bij een scheiding.

Als twee mensen hun huwelijk of geregistreerd partnerschap willen beëindigen, is dat de start van een ingewikkelde periode. Zo is er de keuze om beide een advocaat in de arm te nemen. Dit is vaak het geval bij personen die niet meer met elkaar kunnen of willen spreken. Door het inschakelen van een advocaat is de noodzaak van een confrontatie met elkaar niet of nauwelijks aanwezig. Een andere optie is om een mediator in te schakelen. Een belangrijke voorwaarde voor mediation is dat beide partijen bereid moeten zijn om gezamenlijk naar een oplossing te zoeken.

Het scheidingsproces wordt in de psychologische literatuur omschreven als een rouwproces (Hoefnagels, 2007, p. 49). Er zal afscheid worden genomen van het oude leven, en tegelijk is dit ook de start van een nieuw leven. Tijdens dit proces is er sprake van emotionele verwarring. Emoties zoals verdriet, kwaadheid, schuldgevoel en verwijten zullen de revue passeren. Maar scheiden is niet alleen een emotionele zaak, er komen ook juridische en financiële kwesties bij om de hoek kijken. Kwesties zoals afwikkeling van pensioen aanspraken, wettelijke regelingen omtrent ouderschap en alimentatie berekeningen kunnen tijdens de gesprekken aan de orde komen. Volgens Hoefnagels (Hoefnagels, 2007, p. 137) is het van belang dat de persoon die de scheiding begeleidt, zowel een gedegen juridische,

fiscale als ook financiële kennis heeft en tevens de psychologie van het scheidingsproces en de fasen die doorgemaakt worden kent. Er zijn echter ook mediators die alleen de psychologische kant van de echtscheiding behandelen en de juridische en financiële kant door derden laten uitvoeren en deze alleen bespreken met cliënten. Denk hierbij aan relatietherapeuten en psychologen. Ook zien we het omgekeerde gebeuren; dat het gehele psychologische aspect wordt overgeslagen. Deze groep bestaat voornamelijk uit financieel onderlegde personen zoals hypotheekadviseurs en financieel planners.

2.1 Probleemstelling

Mediation is bij diverse conflicten toepasbaar. In deze scriptie zal alleen gekeken worden naar de mediation bij echtscheidingen. In de literatuur wordt mediation bij echtscheidingen ook wel scheidingsbemiddeling genoemd. Beide termen zullen in deze scriptie worden gebruikt.

Mediator is geen beschermde titel. Iedereen kan zich in Nederland mediator noemen. In de markt worden dan ook diverse namen gebruikt voor bemiddeling bij scheidingen. Buiten mediator worden namen als scheidingsmakelaar, scheidingsplanner en scheidingsexpert gebruikt. Waar in deze scriptie het woord mediator wordt gebruikt, worden ook de andere namen bedoeld.

Zoals gezegd komen tijdens een scheiding buiten de emotionele kant van de scheiding en de omgangsregeling met eventuele kinderen, ook zaken aan de orde als verdeling van pensioen, afwikkeling van de eigen woning en verdeling van lopende polissen. Dit zijn zaken waar, als er geen sprake is van scheiding, een financieel adviseur voor zal worden geraadpleegd. Deze zal dan adviseren over bovengenoemde kwesties en waar nodig zorg dragen voor de afwikkeling.

Door de wetgever is medio 2001 een start gemaakt met de invoering van de Wet financieel toezicht (Wft). Uit de nota Bemiddeling in de financiële diensten was naar voren gekomen dat marktpartijen het belangrijk vinden dat er een wettelijk kader komt dat toeziet op advies en bemiddelen. Een financieel adviseur die een advies geeft aan cliënten over financiële zaken, valt onder de Wft. Maar een mediator bij echtscheidingen, waar ook financiële zaken kunnen worden besproken, zou niet onder deze wet vallen. Een mediator geeft in theorie geen advies, maar kan wel informatie geven over financiële zaken.

De centrale vraag van dit onderzoek luidt dan ook: in hoeverre valt mediation bij echtscheidingen onder de Wet financieel toezicht?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden zijn er een tweetal subvragen waar antwoord op zal moeten worden gegeven.

- 1) Is het van belang dat een mediator kennis heeft van de financiële, fiscale en juridische aspecten die een rol spelen bij een scheidingsproces?
- 2) Wat kan worden verstaan onder informeren, adviseren en bemiddelen uitgaande van de Wet financieel toezicht?

2.2 Plan van aanpak

Om de centrale vraag te beantwoorden is gekozen voor ondergenoemde opzet.

In hoofdstuk 3 zal eerst worden stilgestaan bij het onderwerp mediation. Er zal gekeken worden naar de ontwikkeling van de mediation tot op heden. Door de invoering van de Europese Mediationrichtlijn en het feit dat deze ook van toepassing zal zijn op interne geschillen, zullen de onderwerpen kwaliteitseisen en verschoningsrecht nader worden toegelicht.

In het daarop volgende hoofdstuk zal het mediationproces bij echtscheidingen worden besproken. Onderwerpen die daarbij aan de orde komen zijn de scheidingsmelding, het ouderschapsplan, de onderhandelingsfase en de fiscale aspecten bij een echtscheiding. Hier zal naar een antwoord worden gezocht op de subvraag of het van belang is dat een mediator kennis heeft van financiële, fiscale en juridische aspecten welke een rol spelen bij een scheidingsproces.

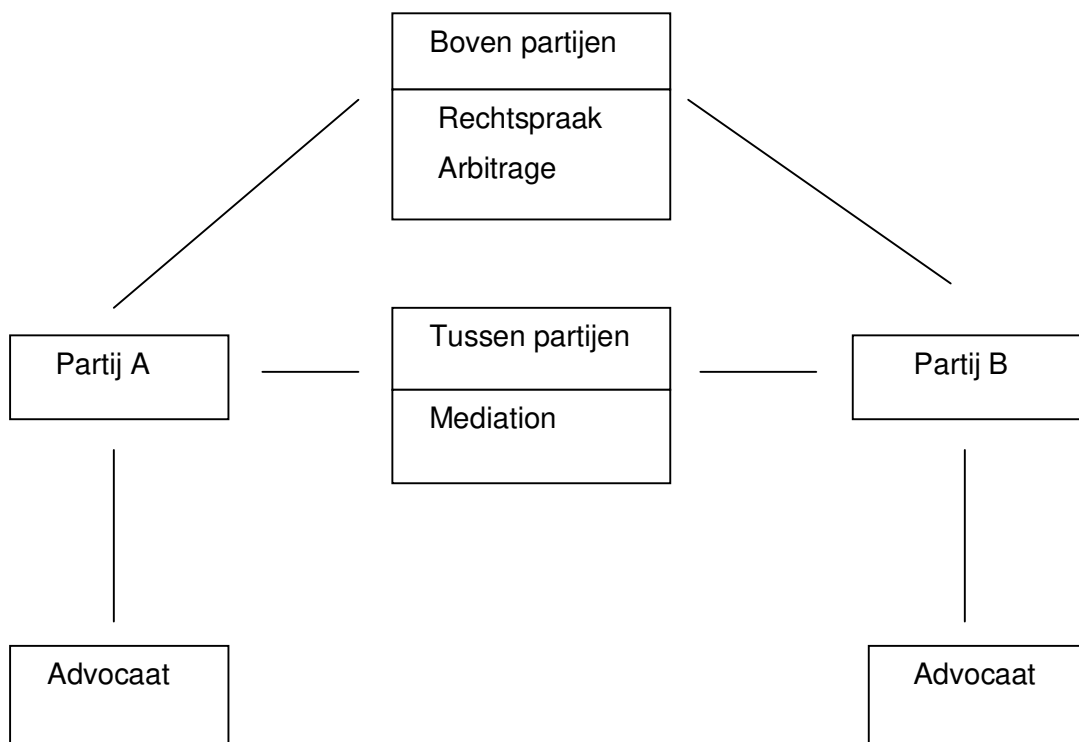
Vervolgens zal in hoofdstuk 5 kort de invoering van de Wet financieel toezicht worden toegelicht. Daarna zullen begrippen zoals adviseren, adviseur, bemiddelen en financiële dienstverlener nader worden bekeken.

Na de theorie van hoofdstuk 3, 4 en 5 zal worden gezocht naar de samenhang tussen mediation en de Wet financieel toezicht. Hierbij zullen de recente ontwikkelingen in Nederland met betrekking tot mediation worden meegenomen. Ook zal ik ingaan op het eindrapport van de echtscheidingswerkgroep 3.

Tenslotte zal er in hoofdstuk 7 een samenvatting, conclusie en aanbevelingen worden weergegeven.

3 Oplossingen voor conflicten

Conflicten bestaan al sinds mensenheugenis. Zolang er conflicten zijn, vinden mensen daar oplossingen voor. Er zijn drie manieren om tot een oplossing te komen. Zelf oplossen is er één van. Dit kan door met iemand om de tafel te gaan zitten en het uit te praten. Een andere mogelijkheid is het één en ander voor te leggen aan een rechter. De oplossing wordt dan aan een onafhankelijke derde over gelaten. De derde mogelijkheid is het inschakelen van een mediator. De oplossing zal dan zelf moeten worden aangedragen. Het conflict voorleggen aan bijvoorbeeld een rechter wordt ook wel omschreven als 'boven de partijen'. Voor mediation is de omschrijving 'tussen de partijen'. Alternatieven voor een gang naar de rechter zijn arbitrage en geschillencommissies. Deze geven een bindend advies waar beide partijen zich aan dienen te houden. Het verschil tussen voorgaande mogelijkheden en mediation is dat er bij mediation geen derde beslist, maar de partijen zelf - bijgestaan door een onafhankelijke derde. Deze laatstgenoemde persoon staat dus niet boven de partijen, maar er tussen (Brenninkmeijer, 2009, p.9).



3.1 Alternative Dispute Resolution (ADR)

Onder Alternative Dispute Resolution vallen alle manieren voor het oplossen van een conflict door middel van het inschakelen van een derde die formeel geen gezag heeft. De term Alternative Dispute Resolution wordt in het Nederlands ook wel Anders Dan Rechtspraak of Anders Dan (naar de) Rechter genoemd (Schonewille, 2012, p. 35). Mediation is een vorm van ADR. Andere bekende vormen van ADR zijn arbitrage en bindend advies.

3.2 Mediation

De term mediation is afkomstig uit het Engels. Een juiste vertaling in het Nederlands is er niet voor, vandaar dat men in het Nederlands ook mediation gebruikt. Een mogelijke vertaling voor mediation zou bemiddeling kunnen zijn, dit is echter geen volledig correcte omschrijving. Het proces bij mediation omvat namelijk een aantal waarborgen zoals zelfbeschikking, vrijwilligheid en vertrouwelijkheid. Daarnaast verloopt mediation volgens een vast proces. Bij bemiddeling is dit niet het geval. Er is geen vaste procedure en de bemiddelaar kan zelf oplossingen aandragen, wat in een mediation juist niet de bedoeling is. Een mogelijke definitie van mediation zou kunnen zijn: *‘vorm van conflictbemiddeling, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige (de mediator) communicatie en onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen’* (Brenninkmeijer, 2009, p. 6). Een andere definitie is: *‘interventie in een onderhandeling of conflict door een geaccepteerde derde partij, die een beperkte of geen dwingende beslissingsbevoegdheid heeft en de betrokken deelnemers assisteert bij het bereiken van een vrijwillig tot stand gekomen en wederzijds acceptabele oplossing van de conflictsituatie’* (Prein, 2009, p. 15). Mediation kan op verschillende gebieden worden toegepast, namelijk:

- Echtscheidingen
- Samenwerkingsverbanden
- Arbeidsconflicten
- Conflicten tussen burens
- Afwikkeling nalatenschappen

3.3 Geschiedenis van de mediation in Nederland

Mediation is sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw bekend geworden in Nederland. (Chin-A.Fat, 2004, p. 3). Vooral op het gebied van echtscheidingen maakte de mediation een grote opmars. Door prof. Dr. P. Hoefnagels is in 1987 de eerste cursus scheidingsbemiddeling gegeven aan een groep advocaten met ruime praktijkervaring in familiezaken (Hoefnagels 2009 p. 24). In 1990 is de Vereniging tot Advocaat-Scheidingsbemiddelaar¹ (VAS) opgericht. Vanuit het ministerie van Justitie is ontwikkeling van mediation verder gestimuleerd, wat in 1993 uiteindelijk heeft geresulteerd in de oprichting van het Nederlands Mediation Instituut (NMI). Inmiddels is mediation niet meer weg te denken uit de hedendaagse samenleving. Dat is ook te zien aan het aantal geregistreerde opgeleide mediators. In 1994 waren dit er nog 100, in 1997 al 400, in 2000 opgelopen naar 1800 en inmiddels is dit aantal in 2009 toegenomen tot 4500 (Brennikmeijer, 2009, p. 2). Ondanks het feit dat de ontwikkeling van mediation zo'n vlucht heeft genomen, is er nog geen wetgeving waarin mediation is opgenomen. De verwachting is echter dat dit op korte termijn zal gebeuren. De Europese commissie heeft in april 2002 een groenboek uitgebracht over mediation als voorbereiding op de implementatie van een Europese richtlijn met betrekking tot mediation. Deze Richtlijn² is in 2008 door het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie vastgesteld, met als verplichting dat deze voor 21 mei 2011 moest zijn geïmplementeerd. In Nederland heeft de Tweede Kamer dit wetsvoorstel inmiddels aangenomen (Kamerstukken II, 32 555, nr. 4), echter de Eerste Kamer is nog niet akkoord.

3.4 Europese Mediationrichtlijn

De Mediationrichtlijn heeft betrekking op grensoverschrijdende gevallen en laat lidstaten vrij een eigen beleid te voeren voor interne geschillen (Bijloo, 2010, p. 64). Inmiddels is duidelijk dat de minister van Justitie de richtlijn ook wil doorvoeren voor interne geschillen. Er zijn door de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie van de Eerste Kamer op 21 februari 2012

¹ Inmiddels heet de vereniging "vereniging Familierecht-Advocaten Scheidingsbemiddelaars" (VFAS)

² Richtlijn 2008/52/EG (betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelzaken)

aanvullende vragen gesteld aan de regering (Kamerstukken I, 32555, E). De gestelde vragen gingen over twee onderwerpen, te weten: de kwaliteitseisen welke gesteld kunnen worden aan een mediator, en hoe er moet worden omgegaan met de toekenning van het verschoningsrecht aan een mediator. Beide onderwerpen zullen hier nader worden toegelicht.

3.5 Kwaliteitseisen

De definitie van een mediator is volgens artikel 3b van de Richtlijn 2008/52/EG: *‘Iedere derde die wordt verzocht op doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze een bemiddeling/mediation te leiden, ongeacht de benaming of het beroep van die derde in de betrokken lidstaat en ongeacht de wijze waarop deze is aangewezen of is aangezocht om de bemiddeling/mediation te leiden.’* Dit is een ruime omschrijving en de minister van Justitie heeft in zijn reactie aan de Tweede Kamer een aantal mogelijkheden aangegeven om tot een regulering van het beroep mediator te komen (Opstellen, 2011). De voorkeur van de minister gaat niet uit naar de vorming van een publiekrechtelijke beroepsorganisatie (pbo) in de zin van art. 134 Grondwet, met verordening bevoegdheden en wettelijk geregeld tuchtrecht, maar naar een beperkte wettelijke regulering. De minister geeft hiervoor twee redenen:

- 1) De beroepsgroep is in ontwikkeling en kent nog geen uniforme zelfregulering.
- 2) Mediators krijgen geen ruime wettelijke bevoegdheden, behalve het verschoningsrecht van artikel 163 lid 3 Rv zoals dat uitgelegd zal worden in 2.6.

Een wettelijk register van mediators, gelijk aan die van bijvoorbeeld architecten, behoort tot de mogelijkheden. Door het instellen van een register kan dan controle worden uitgeoefend op de kwaliteit van mediators. Te denken valt hierbij aan opleidingseisen, toelatingseisen en bijscholing.

3.6 Verschoningsrecht

Vertrouwelijkheid is één van de belangrijkste aspecten van mediation. In de mediationovereenkomst is dit opgenomen onder geheimhoudingsplicht. De vraag is of

stukken die zijn gebruikt tijdens de mediation, zoals een mediationverslag of zelfs een vaststellingsovereenkomst, mogen worden gebruikt in een gerechtelijke procedure. Uit de jurisprudentie blijkt dat er geen duidelijkheid is met betrekking tot deze vraag (Bijloo, 2010, p. 47). Ook is er onduidelijkheid of een mediator zich kan beroepen op de geheimhoudingsclausule in de mediationovereenkomst (Bijloo, 2010, p. 51). Door de invoering van de nieuwe Europese richtlijn kan elke mediator een beroep doen op het verschoningsrecht.

De definitie volgens artikel 7 van de Richtlijn 2008/52/EG luidt: *‘Aangezien de bemiddeling/mediation geacht wordt plaats te vinden op een wijze die recht doet aan het vertrouwelijke karakter ervan, zorgen de lidstaten ervoor, tenzij de partijen anders overeenkomen, dat noch de bemiddelaar/mediator, noch enige persoon die bij het verlenen van de bemiddeling/mediation is betrokken, tijdens een burgerlijke of handelsrechtelijke rechtszaak of tijdens arbitrage verplicht wordt getuigenis af te leggen omtrent informatie die voortvloeit uit of verband houdt met een bemiddelings-/mediationprocedure, behalve:*

- a) voor zover dit nodig is om dwingende redenen van openbare orde van de betrokken lidstaat, met name indien dit nodig is om de bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn/haar lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast, of*
- b) indien openbaarmaking van de inhoud van de via bemiddeling/mediation bereikte overeenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging van de overeenkomst.*

Het betreft hier een Europese richtlijn en is derhalve alleen van toepassing op grensoverschrijdende mediations, echter doordat de minister de richtlijn ook wil toepassen op interne geschillen, zou volgens de definitie iedereen zich op het verschoningsrecht moeten kunnen beroepen. In een reactie aan de Tweede Kamer heeft de minister echter aangegeven dat het verschoningsrecht met betrekking tot interne geschillen alleen voorbehouden is aan een gekwalificeerde groep van beroepsbeoefenaren (Opstelten, 2011). Hierbij valt te denken aan alle mediators welke zijn aangesloten bij het Nederlands Mediation Instituut (NMI).

3.7 Nederlands Mediation Instituut

Het Nederlands Mediation Instituut (NMI) is opgericht in 1993. Het initiële doel was om zich als onafhankelijke organisatie bezig te houden met de kwaliteit van mediation in Nederland. Inmiddels zijn we bijna 20 jaar verder en is de NMI uitgegroeid tot één van de meest toonaangevende organisaties op het gebied van mediation (Dijkstra, 2009, p. 3). De NMI heeft ervoor gezorgd dat de titel 'NMI mediator' beschermd is. Deze titel is namelijk alleen te gebruiken door NMI geregistreerde mediators. De mediator kan zich laten registreren na het volgen van een basisopleiding en het slagen voor de kennistoets.

Naast geregistreerde mediators is er ook nog de groep gecertificeerde mediators. Deze mediators hebben tevens een assessment doorlopen, waarin via rollenspelen de praktische vaardigheden zijn getoetst. Deze laatste groep kan ook doorverwijzingen krijgen via de rechtbank (Dijkstra, 2009, p. 4).

Om de kwaliteit van de NMI-mediators te bevorderen zijn er vanaf 1 januari 2012 nieuwe toelatingseisen. Iedere NMI-mediator moet nu na het afronden van de opleiding en het behalen van het theorie examen, aanvullend ook nog een vaardighedentoets afleggen. Na dit alles met goed gevolg te hebben doorlopen en als de mediator vervolgens een verklaring omtrent goed gedrag aanlevert, kan hij/zij toetreden tot het NMI register. In tegenstelling tot voorgaande jaren is er nu geen onderscheid meer tussen geregistreerde en gecertificeerde mediators, maar alleen nog maar sprake van NMI registermediators (Veilbrief, 2011, p. 16). Voor de geregistreerde mediators die gebruik konden maken van een overgangsrecht zijn er, om in aanmerking te komen voor doorverwijzingen van de Rechtbank, aanvullende voorwaarden gesteld vanuit de Raad voor Rechtsbijstand. Er zijn twee mogelijkheden: of de mediator doorloopt met goed gevolg het door het NMI afgenomen assessment, of hij/zij heeft het door het NMI afgenomen Peer Review³ naar behoren voltooid. Daarnaast zijn in de drie jaar voor datum van inschrijving bij de Raad voor Rechtsbijstand negen mediations op basis van de NMI Mediationovereenkomst verricht⁴.

Er zijn anno 2011 bijna 3000 mediators ingeschreven bij het NMI. In 2010 waren dit er nog ruim 4600 en die afname is te wijten aan de invoering van een nieuw register. De opname in het nieuwe register, zonder het afleggen van een assessment, was alleen mogelijk als er

³ Peer review is een kwaliteitsinstrument waarbij een onafhankelijke en onpartijdige vakgenoot beoordeelt of de mediationdiensten voldoen aan het gemiddelde niveau dat van een professional mag worden verwacht.

⁴ Zie hiervoor artikel 1.1 van de Inschrijvingsvoorwaarden Mediators van de Raad voor Rechtsbijstand.

minimaal drie mediations per jaar werden uitgevoerd, waarvan er één is afgerond door middel van een getekende overeenkomst.

Elke NMI mediator is verplicht zijn werkzaamheden uit te voeren volgens de regels van het NMI Mediation Reglement en is gebonden aan de Gedragsregels voor NMI registermediators. Om te zorgen dat de kwaliteit gewaarborgd blijft, is er een klachtenregeling en tuchtrechtspraak. Hierdoor is het voor partij(en) mogelijk om een klacht in te dienen tegen de NMI registermediator. Het NMI heeft als doel klachten over een NMI registermediator op een laagdrempelige en informele manier op te lossen, en daarom neemt de NMI de kosten van de klachtenbehandelaar voor haar rekening. Mocht er geen oplossing komen en betreft de klacht een schending van de gedragsregels voor de NMI registermediator, kan de zaak worden voorgelegd aan de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (NMI website, 2012).

3.8 Mediation in cijfers

Mediation is voor groot deel van de NMI-mediators een nevenactiviteit. Van de ingeschreven mediators bij het NMI werkt maar 9.8% alleen als mediator. In 2011 was het aantal mediations gemiddeld 11 per ingeschreven mediator, met een gemiddelde omzet van B 20.700 per ingeschreven mediator. Wel is er een duidelijk verschil tussen de geregistreerde en gecertificeerde mediators. De geregistreerde mediators hadden een gemiddelde omzet van B 13.350, tegen B 37.000 van de gecertificeerde mediators. Van de ingeschreven mediators deed 16,4% geen enkele mediation en 52.2% tussen de 1 en 9 mediations per jaar (Vogels 2011, p. 8). De verdeling in de verschillende gebieden waar mediations wordt toegepast laat zien dat 33% betrekking heeft op de familiesfeer, 25% gaat over arbeidsconflicten en 15% te maken heeft met buurtbemiddeling (Vogels, 2011, p. 11).

3.9 Conclusie

De belangstelling voor mediation als oplossing voor een conflict is de afgelopen dertig jaar sterk toegenomen. Het is duidelijk dat vooral door de invoering van de Europese mediation richtlijn er dringend behoefte is aan duidelijke richtlijnen binnen Nederland met betrekking tot

mediation. De minister heeft al aan de Kamer laten weten er mee bezig te zijn, maar op dit moment is er nog geen eenduidig beleid.

Iedereen kan zich momenteel mediator noemen en hoeft zich, behalve aan de regels van het algemeen recht, nergens aan te houden. Uitzondering hierop zijn de NMI mediators. Zij hebben een klachtenregeling en dienen zich te houden aan de NMI gedragsregels en het bijbehorend reglement. Tevens is er de verplichting voorafgaand aan de mediation een mediationovereenkomst te tekenen, waarin onder andere vrijwilligheid en vertrouwelijkheid zijn vastgelegd. Door de invoering van het nieuwe register door de NMI is er al een eerste slag gemaakt naar professionalisering, maar duidelijk is dat er nog een lange weg is te gaan. Eén op de drie mediations heeft betrekking op de familiesfeer. Vanuit de overheid is men daarom druk bezig met de ontwikkeling van wet en/of regelgeving op dit gebied.

4 Mediation bij echtscheidingen

Het aantal scheidingen is de afgelopen jaren sterk toegenomen. In de jaren vijftig liep één op de tien huwelijken uit op een echtscheiding. Daarna bleef het aantal echtscheidingen stijgen tot één op de drie in 1985 (Singendonk, 2007, p. 17). In 2009 was er een tijdelijke afname van het aantal scheidingen, maar in 2010 was dit aantal alweer gestegen naar het niveau van 2008 (CBS website, 2012). Het is niet duidelijk waar deze afname vandaan komt, maar het zou te maken kunnen hebben met de afschaffing van de flitscheiding per 1 maart 2009. De manier van scheiden is ook aan het veranderen. Waar er vroeger voor gekozen werd om beide een advocaat in de arm te nemen, wordt er nu veelal beslist samen te scheiden (Hoefnagels, 2006, p. 21). Bij een twee-advocaten procedure is er vaak sprake van twee mensen die niet meer op een normale manier kunnen communiceren en er op uit zijn om elkaar kapot te maken. Hoefnagels gaat nog een stap verder en noemt een dergelijke procedure, waar kinderen bij betrokken zijn, een vorm van kindermishandeling (Hoefnagels, 2006, p. 21).

In 1974 bedacht Hoefnagels de bemiddelingsmethode en heeft er samen met MacGillavry voor gezorgd dat dit inmiddels een algemeen aanvaarde manier van scheiden is. Op het gebied van wetgeving is er sindsdien veel gewijzigd. Zo is de dagvaarding vervangen door een verzoekschrift en zijn er in de jaren negentig delen van het familierecht, pensioenverevening en alimentatie duur veranderd. Dit alles heeft er in geresulteerd dat het aantal gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding de afgelopen jaren sterk is gestegen. In 1999 was 48,4% nog een gemeenschappelijk verzoek en in 2007 is dit toegenomen naar 60,1% (Brenninkmeijer, 2009, p. 339). Het is mogelijk dat het verzoek tot echtscheiding wordt gedaan door één van de echtgenoten of op beider gemeenschappelijk verzoek. Er moet sprake zijn van duurzame ontwrichting van het huwelijk. In de Nederlandse wet is dit sinds 1971 de enige juridische grond voor een echtscheiding⁵ (Wortmann, 2005, p. 135).

⁵ Artikel 1:151 Burgerlijk Wetboek 1

4.1 Het mediation proces

Een mediationproces beslaat verschillende fasen. Brenninkmeijer beschrijft drie hoofdfases en verdeelt deze onder in zeven subfasen (Brenninkmeijer, 2009, p. 105), terwijl Schonewille 4 fasen beschrijft (Schonewille, 2012, p. 29). Globaal kan de volgende fasering worden gehanteerd.

- Voorfase: doornemen van de werkafspraken en bespreken wat er van een ieder verwacht wordt.
- Openingsfase: vaststellen van het conflict.
- Exploratie en ordening: vaststellen wat de belangen, zorgen en wensen zijn en deze prioriteren.
- Onderhandelen: opties bespreken en toetsen op bruikbaarheid, plus kiezen van een oplossing.
- Afronding: vastleggen van de oplossing in een vaststellingsovereenkomst.

4.2 Scheidingsbemiddeling in stappen

Zoals besproken is het voordeel van bemiddeling ten opzichte van de twee-advocaten procedure dat beide partijen dezelfde informatie krijgen en van elkaar kunnen zien wat het hele proces met hem of haar doet. Het proces gaat daardoor sneller en verloopt als één geheel. Daarnaast kan bemiddeling voor zowel partijen als de overheid kostenbesparend werken. (Hoefnagels, 2007, p. 43). Andere voordelen die Hoefnagels noemt zijn:

- Partijen hebben tijdens de mediation het verloop van de echtscheiding zelf in de hand.
- Er kunnen diverse alternatieven en tussenvormen in de overeenkomst worden opgenomen die via een gerechtelijke procedure niet mogelijk zijn.
- Kinderen kunnen adequaat in de mediation worden betrokken.

Voor de mediator is het belangrijk om het proces, oftewel de verschillende stappen, goed te doorlopen en er op toe te zien dat beide partijen in evenwicht blijven. De definitie van scheidingsbemiddeling is daarbij veelzeggend: *‘Scheidingsbemiddeling is een methode waarbij de psychologische, zakelijke en juridische processen van scheiden zodanig op elkaar worden afgestemd dat het scheidingsproces voor de geestelijke gezondheid van man, vrouw en kinderen zo goed mogelijk verloopt en gepoogd wordt tot een overeenkomst te komen die alle gevolgen van de echtscheiding regelt, waarbij een zo rechtvaardig mogelijke afrekening plaatsvindt die met het oog op de toekomst doelmatig wordt geregeld, terwijl de levensmogelijkheden van man, vrouw en kinderen zo veel mogelijk bevordert en zo min mogelijk belemmerd worden_* (Hoefnagels, 2007, p. 84). Hieruit kunnen we opmaken dat scheidingsbemiddeling meer is dan alleen een zakelijk conflict en dat emoties een grote rol spelen. Door stapsgewijs door het proces te gaan, kan getracht worden zowel het aantal conflicten als ook de intensiteit ervan te reduceren.

4.3 De scheidingsmelding

Tijdens een echtscheiding is er sprake van twee fasen die gelijktijdig een rol spelen. De eerste fase is de start van een nieuw leven, het leven zonder de ander. De tweede is het beëindigen van iets ouds, het leven met de ander (Hoefnagels, 2007, p. 49). Omdat het moeilijk is om iets nieuws te beginnen zonder dat het oude goed is afgesloten, is het belangrijk dat degene die het initiatief heeft genomen tot scheiden aan de ander duidelijk maakt waarom het besluit genomen is - en dat het vaststaat. Pas als duidelijk is dat scheiden de enige oplossing is, en beide dit ook accepteren, kan er verder worden gegaan met het proces. Deze stap is belangrijk voor het vervolg traject.

Op het moment dat beide partijen de scheiding aanvaarden, kan men constructief meedenken over de zakelijke en juridische gevolgen van de scheiding. Immers, als de scheidingsmelding niet of maar gedeeltelijk behandeld wordt, zal dat later in het proces tot weerstand kunnen leiden bij diegene die verlaten is. Dit kan er in het slechtste geval toe leiden dat de mediation zal worden gestaakt, en er uiteindelijk toch twee advocaten aan te pas moeten komen - met alle gevolgen van dien.

4.4 Het ouderschapsplan

De scheidingsmelding is een emotionele fase. Hierbij komen zaken aan de orde die jaren terug kunnen gaan. Dit kan zeer confronterend zijn en daarom wil men vaak zo snel mogelijk naar de vermogensverdelingen om zo een start te maken met de zakelijke fase.

Tussen de scheidingsmelding en het starten van de onderhandelingsfase spelen echter nog andere zaken een rol, zoals bijvoorbeeld het vastleggen van een omgangsregeling voor de eventueel aanwezige kinderen. Sinds de intrede van de Wet Bevordering Voortgezet Ouderschap en Zorgvuldige Scheiding in maart 2009, zijn ouders met minderjarige kinderen verplicht bij het verzoekschrift een ouderschapsplan toe te voegen (Chin-A-Fat, 2011, p. 2). Het is belangrijk om eerst het ouderschapsplan op te stellen, alvorens over financiële zaken te praten. De partij die verwacht dat hij of zij uiteindelijk (partner)alimentatie moet gaan betalen, kan namelijk proberen de alimentatie als onderhandeling in te brengen tijdens het opstellen van het ouderschapsplan. Het is daarom van belang dat de mediator eerst het ouderschapsplan afrondt voordat de zakelijke fase gestart wordt. Dit om te voorkomen dat kinderen inzet gaan worden van een financiële strijd. Nadat het ouderschapsplan is opgesteld, en de onderhandelingsfase is gestart, kan het voorkomen dat er opmerkingen worden gemaakt die tot doel hebben de ander aan het wankelen te brengen. Een opmerking die gemaakt kan worden is: 'als jij mij geen alimentatie betaald, krijg je de kinderen nooit meer te zien'. Doordat het ouderschapsplan inmiddels met beider goedkeuring is gemaakt, kan de mediator hierop ingaan en duidelijk maken dat kinderen nooit tegen geld mogen worden uitgeruild.

4.5 De onderhandelingsfase

Om een start te kunnen maken met de onderhandeling zal er eerst goed moeten worden geïnventariseerd. Zaken die daarvoor van belang zijn moeten worden aangeleverd. Denk hierbij aan een akte van huwelijksvoorwaarden, inkomensgegevens, pensioengegevens, (levens)verzekeringen en andere aanwezige vermogensbestanddelen zoals woningen, ondernemingen en effecten (Hoefnagels, 2007, p. 134).

Als eerste zal er gekeken worden naar het aanwezige vermogen. Hoe dit zal worden verdeeld is afhankelijk van onder welk huwelijksregiem beide zijn getrouwd. Mocht er sprake zijn van huwelijksvoorwaarden, zal goed moeten worden gekeken wat er in de akte is opgenomen. De mediator zal na bestudering hiervan aan beide partijen een toelichting

geven. Waar mogelijk zal gekeken worden of lopende polissen, zoals kapitaalverzekeringen, kunnen worden voorgezet in plaats van afgekocht.

Een ander aspect dat besproken zal worden is de Wet Pensioenverevening (PW). Als er niets opgenomen is in de huwelijksvoorwaarden is deze wet van toepassing. Pas nadat alle vermogensbestanddelen zijn doorgenomen en is vastgesteld wat eventueel zal moeten worden gedeeld en welke waarde dit betreft, komt de alimentatie ter sprake.

Aan de hand van de Tremanormen⁶ zal de mediator een berekening maken van kinder- en partneralimentatie. Het is belangrijk dat de mediator deze berekening goed toelicht en aangeeft hoe de verschillende bedragen tot stand zijn gekomen. Ook zal er informatie moeten worden gegeven betreffende het alimentatierecht, de wet, de rechtelijke toepassing, de werking ervan, de voor-/nadelen en mogelijke alternatieven (Hoefnagels, 2007, p. 125). Dit alles om eventuele onduidelijkheden en misvattingen ten aanzien van alimentatierechten en plichten direct te ondervangen.

4.6 Fiscale aspecten bij een echtscheiding

Een huwelijk eindigt door echtscheiding⁷. Als het huwelijk wordt ontbonden, zal het eventueel aanwezige vermogen vanzelfsprekend verdeeld moeten worden. Als er geen sprake is van huwelijksvoorwaarden heeft iedere echtgenoot recht op een gelijk deel van de aanwezige gemeenschap⁸. Hierop worden door de wetgever echter een paar uitzondering gemaakt⁹, te weten: verknochte goederen, goederen verkregen onder een uitsluitingsclausule, vruchtgebruik als bedoeld in het wettelijke erfrecht¹⁰, pensioenrechten waarop Wet Verevening Pensioenrechten bij Scheiding (WVPS) van toepassing is en pensioenrechten verband houdend met rechten op nabestaandenpensioenen.

Duidelijk mag zijn dat zelfs bij gemeenschap van goederen diverse aspecten komen kijken waar men niet dagelijks mee te maken heeft - laat staan dat er sprake is van een verrekenbeding, zoals die is opgenomen in huwelijksvoorwaarden en er daarnaast nog een

⁶ De normen en richtlijnen welke kunnen gehanteerd bij de invulling van de wettelijke begrippen draagkracht en behoefte staan in het NVvR Rapport alimentatienormen. NVvR is de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak. In de volksmond wordt er meestal gesproken over Tremanomen.

Trema is de titel van het Tijdschrift voor de rechtelijke macht.

⁷ Artikel 1:149 Burgerlijk Wetboek 1

⁸ Artikel 1:100 Burgerlijk Wetboek 1

⁹ Artikel 1:94 Burgerlijk Wetboek 1

¹⁰ Artikel 4:28 ev. Burgerlijk Wetboek 4

onderneming aanwezig is. Als één of beide van de betrokken partijen weinig kennis heeft van eerder genoemde zaken, is het van het grootste belang deze achterstand snel in te lopen. Dit om te voorkomen dat er achterdocht ontstaat en hierdoor het proces bemoeilijkt wordt.

In het kader van deze scriptie voert het te ver erg inhoudelijk op alle punten die de revue kunnen passeren in te gaan, maar om toch enig inzicht te geven in de eerder genoemde aspecten, volgt nu een korte uiteenzetting.

4.6.1 Huwelijksgoederenregimes

Wanneer mensen trouwen zonder iets te regelen, ontstaat er algehele gemeenschap van goederen. Als er wel huwelijksvoorwaarden worden opgemaakt, kan worden afgeweken van de wettelijke regelingen. Er zijn diverse vormen van huwelijksvoorwaarden. In de wet worden twee vormen genoemd, te weten: gemeenschap van vruchten en inkomsten¹¹ en de gemeenschap van winst en verlies¹². Daarnaast is er de mogelijkheid van koude uitsluiting. Hierbij blijven de vermogens van de echtgenoten strikt gescheiden. In 1970 werden 123.631 huwelijken gesloten, waarvan 12.951 op basis van huwelijksvoorwaarden. In 61.2% was er sprake van koude uitsluiting. In 1996 werden 85.140 huwelijken gesloten, waarvan 21.628 op basis van huwelijksvoorwaarden en maar 13.5% op basis van koude uitsluiting (Hoefnagels, 2007, p. 137).

Inmiddels is de koude uitsluiting grotendeels vervangen door de huwelijksvoorwaarde met een periodiek of finaal verrekenbeding. Per 1 september 2002 zijn de verrekenbedingen opgenomen in het Burgerlijk Wetboek¹³. Bij een periodiek verrekenbeding verrekenen partners, meestal aan het eind van het jaar, de overgespaarde inkomsten. De inkomens van beide partners worden bij elkaar opgeteld en hier worden de kosten voor de huishouding vanaf gehaald. Wat er overblijft zal dan bij helfte worden gedeeld. Zo krijgt de minst verdienende partner een vordering op de meest verdienende partner, welke door de persoon in kwestie zal moeten worden voldaan.

In de praktijk voeren partners het periodiek verrekenbeding zelden uit. Daarom is in de meeste huwelijkse voorwaarden een vervaltermijn opgenomen. Hierin is dan afgesproken dat er na een bepaalde periode niet meer verrekend mag worden. In de wet is echter

¹¹ Artikel 1:123 Burgerlijk Wetboek 1

¹² Artikel 1:128 Burgerlijk Wetboek 1

¹³ Artikel 1:132 tot en met 1:143 Burgerlijk Wetboek 1

opgenomen dat de vordering tot verrekening niet eerder verjaart dan drie jaar na beëindiging van het huwelijk. Als er niet is verrekend, en het huwelijk wordt ontbonden door een echtscheiding, leidt dit vaak tot discussies.

Bij een finaal verreken beding is afgesproken dat aan het einde van het huwelijk wordt afgerekend alsof gemeenschap van goederen was ontstaan. Een einde van een huwelijk kan zowel overlijden als scheiden zijn. Vaak zien we bij overlijden alleen een finaal verrekeningbeding opgenomen.

4.6.2 Alimentatie

Partneralimentatie is een beladen onderwerp tijdens een scheiding. Vooral als de verlatene partneralimentatie moet gaan betalen aan de persoon die hem of haar verlaat. Belangrijk is om ook dit deel van de mediation goed in te leiden en uitleg te geven over het hoe en waarom.

In de Wet staat dat gehuwden naar elkaar toe een verzorgingsplicht hebben¹⁴. Als één van de echtgenoten niet voldoende inkomsten heeft om in zijn of haar levensonderhoud te voorzien, of deze niet in redelijkheid kan verwerven, ontstaat de verplichting tot betaling van partneralimentatie. Bij het vaststellen van de hoogte van de bijdrage wordt gekeken naar behoefte en draadkracht. Hierbij wordt er in de regel uitgegaan van het Tremamodel. De duur van de alimentatie is maximaal twaalf jaar, behalve als er sprake is van een kinderloos gebleven huwelijk dat korter heeft geduurd dan vijf jaar. In deze situatie is de maximale duur gelijk aan de duur van het huwelijk.

Mocht de alimentatiegerechtigde besluiten om afstand te doen van het recht op partneralimentatie en hij of zij komt in de bijstand terecht, zal de gemeente die de bijstandsuitkering betaald, onderzoeken of de uitbetaalde bijstand alsnog kan worden verhaald op de alimentatieplichtige ex-partner.

¹⁴ Artikel 1:157 Burgerlijk Wetboek 1

4.6.3 Kinderalimentatie

In het Burgerlijk Wetboek is opgenomen dat een ouder een onderhoudsverplichting heeft ten opzichte van de betrokken kinderen tot het 21e levensjaar¹⁵. Het doel hiervan is dat kinderen financieel niet slechter af zijn na een scheiding. Als uitgangspunt voor de berekening wordt het netto gezinsinkomen van voor de echtscheiding aangehouden. Ook de leeftijd van de kinderen speelt een rol.

De kinderalimentatie is gedefiscaliseerd, maar kan toch bij de betalende partij in aftrek worden gebracht onder de persoonsgebonden aftrek. Als aan de verschillende voorwaarden die aan deze aftrekpost zijn verbonden wordt voldaan, heeft de ouder recht op een forfaitaire aftrekpost. De betaling van kinderalimentatie heeft voorrang boven alle andere betalingen aan de onderhoudsgerechtigde¹⁶.

4.6.4 Ondernemingen

Als er sprake is van een onderneming bij een of beide echtgenoten, is het raadzaam een onafhankelijke accountant de onderneming te laten waarderen. Als de eigen accountant dit doet, is er vaak wantrouwen bij de andere partij. Dit kan het proces vertragen of in het uiterste geval tot het beëindigen van de mediation leiden. Als blijkt dat de onderneming in de gemeenschap valt, zal de waardering van de onderneming aan de orde komen. Zaken die daar een rol bij spelen zijn stille reserves, goodwill en oudedagsreserve (Bragt, 2007, p. 72). Op al deze zaken rust een latente belastingclaim waar rekening mee gehouden dient te worden.

In de wet is een regeling opgenomen die van toepassing is bij ontbinding van een huwelijksgemeenschap¹⁷. Het gehele ondernemingsvermogen wordt in fiscale zin toebedeeld aan de echtgenoot die ook de ondernemer is, ondanks dat deze civielrechtelijk maar aanspraak kan maken op de helft. Er is dus sprake van een fictieve vervreemding. Indien de onderneming wordt voorgezet, blijft heffing van inkomstenbelasting achterwege (Sonneveldt, 2012, p. 91).

In geval van een BV, hebben we te maken met aandelen. Mochten beide partners aandelen bezitten in de onderneming en zal één van beide deze verkopen, is er sprake van

¹⁵ Artikel 1:392 en 1:395a Burgerlijk Wetboek 1

¹⁶ Artikel 1:400 Burgerlijk Wetboek 1

¹⁷ Artikel 3:59 Wet inkomstenbelasting 2001

vervreemding en zal het voordeel wat eventueel verkregen wordt belast worden tegen 25% (heffing box 2). Als er wordt besloten de aandelen over te dragen aan de andere echtgenoot, is er dus sprake van een belaste vervreemding. Als dit echter plaats vindt binnen 2 jaar na de huwelijksontbinding blijft heffing achterwege¹⁸. De oorspronkelijke aankoopprijs van de aandelen zal dan worden doorgeschoven naar de partner die de aandelen verkrijgt. Hierdoor blijft de waarde van de aandelen gelijk aan het moment voor scheiding en zal de heffing pas plaatsvinden bij verkoop. Afrekening is wel mogelijk, maar dan zal de overdragende partij daar om moeten verzoeken (Sonneveldt, 2012, p. 93).

4.6.5 Eigen woning

Meestal is het belangrijkste vermogensbestanddeel dat verdeeld zal moeten worden de eigen woning. Er spelen hier buiten de financiële regels ook emotionele overwegingen mee. We beperken ons in dit geval alleen tot een aantal financiële zaken.

Op het moment dat één van de eigenaren de eigen woning verlaat, wordt dit niet langer gezien als het hoofdverblijf. De consequentie zou zijn dat een deel van de hypotheekrente niet meer in aftrek zou mogen worden genomen (Sonneveldt, 2012, pp. 81-82). In de Wet IB 2001¹⁹ is voor deze situatie een uitzondering gemaakt. Hierin is namelijk vastgelegd dat gedurende twee jaar nadat de woning zich niet meer als hoofdverblijf kwalificeert, de hypotheekrente toch in aftrek mag worden genomen.

Het eigen woning forfait heeft als achterliggende gedachte een heffing in verband met woongenot. De vertrekkende partner heeft over zijn deel van de woning geen woongenot, want stelt zijn of haar deel ter beschikking aan de achterblijvende partner. Ook hier is een bepaling in de wet voor opgenomen²⁰. De achterblijvende partner zal het deel van het eigenwoningforfait van de vertrekkende partner moeten opnemen als ontvangen alimentatie en de vertrekkende partij kan het opnemen als betaalde alimentatie. Op deze wijze betaalt de vertrekkende partij dus geen en de andere partij juist het volledige eigenwoningforfait. Ondanks het feit dat er geen sprake is van verkoop van de woning, kan de bijeenregeling van toepassing zijn²¹. Kort samengevat houdt de bijeenregeling in dat als de eigen woning word verkocht en er een overwaarde ontstaat, dit bedrag weer moet worden ingebracht in de

¹⁸ Artikel 4:17 Wet inkomstenbelasting 2001

¹⁹ Artikel 3.111 lid 4 Wet Inkomstenbelasting 2001

²⁰ Artikel 3.101 en 6:3 Wet inkomstenbelasting 2001

²¹ Artikel 3:119a Wet Inkomstenbelasting 2001

eventueel nieuw aan te kopen woning. Deze verplichting vervalt na drie jaar. In de wet wordt echter niet gesproken over verkoop, maar over vervreemding. Onder dit begrip valt elke situatie waarbij een woning niet meer als eigen woning kwalificeert. Dit is in het geval van een echtscheiding van toepassing twee jaar nadat één van de echtgenoten de eigen woning heeft verlaten. Dit houdt in dat de rente over een deel van de hypotheek niet meer aftrekbaar is en dat er een fictieve overwaarde ontstaat waarbij de helft als eigenwoningreserve zal worden aangemerkt. Mocht deze partner inmiddels een andere woning hebben gekocht en deze hebben gefinancierd, kan het voorkomen dat een deel van de hypotheekrente over de nieuwe woning niet meer in aftrek mag worden genomen omdat er sprake is van de bijleenregeling (Sonneveldt, 2012, p. 82).

4.6.6 Overbedeling

Tijdens een onderhandeling over de verdeling van de goederen moet er op worden gelet dat er geen sprake is van overbedeling van één van de echtgenoten. Zoals besproken bij het onderwerp partneralimentatie, is er vaak veel weerstand van de alimentatieplichtige om tot betaling over te gaan. De oplossing die dan wordt aangedragen, is om de alimentatiegerechtigde meer uit het vermogen te geven en zo te bewerkstelligen dat deze afstand doet van het recht op partneralimentatie. Mocht dit het geval zijn, dan kan de overbedeling worden aangemerkt als een afkoop van alimentatie. Voor de alimentatieplichtige is deze (fictieve) afkoopsom aftrekbaar als persoongebonden aftrek, terwijl het bedrag bij de alimentatiegerechtigde zal worden belast in box 1²².

Een andere vorm van overbedeling is als de verdeling van de gemeenschap niet in overeenstemming is met het huwelijksgoederen regime. Als er sprake is van gemeenschap van goederen en één van de partners neemt genoeg met minder dan de helft, is er sprake van overbedeling van de andere partner. Dit zal dan worden gezien als schenking en belast worden met schenkbelasting²³. Belangrijk is dat de mediator aan beide partners goed duidelijk maakt wat de consequenties zijn in geval van overbedeling.

²² Artikel 3:101 en 6:3 Wet inkomstenbelasting 2001

²³ Artikel 1 lid 7 successiewet

4.6.7 Levensverzekeringen

Kapitaalverzekeringen, lijfrentepolissen, overlijdensrisico verzekeringen en dergelijke is voor de meeste mensen materie die ver van hun bed staat. Men weet vaak nog wel dat er iets is afgesloten, maar waarvoor dit ooit gedaan werd is niet duidelijk. Bij een echtscheiding zullen alle polissen tegen het licht worden gehouden en zal per polis worden vastgesteld welk fiscaal regime op de specifieke verzekering(en) van toepassing is. Dit is belangrijk om te kunnen vaststellen wat er voor mogelijkheden zijn met betrekking tot de polissen.

Uitgaande van gemeenschap van goederen zal onder normale omstandigheden de waarde van de polis bij helfte worden verdeeld. De uitkering van een lijfrentepolis wordt te zijner tijd echter met inkomstenbelasting belast. In de praktijk wordt er daarom rekening gehouden met een (latente) belastingclaim van 30%, die in mindering kan worden gebracht op de waarde van de polis. In een standaard situatie zal de lijfrente polis worden toebedeeld aan de persoon op wiens naam deze staat, maar men kan ook besluiten om de polis aan de andere partner toe te bedelen. Vervreemding van een lijfrente polis leidt normaal gesproken tot belastingheffing, maar bij verdeling van een gemeenschap blijft deze heffing achterwege²⁴.

Kapitaalverzekeringen vallen onder de categorie sparen en beleggen. Een uitzondering hierop is de kapitaalverzekering eigen woning (KEW). Met de uitkering uit deze polis zal te zijner tijd de hypotheek worden afgelost. Door de koppeling van de hypothecaire financiering aan de kapitaalverzekering valt de waarde van de polis buiten de heffing in box 3 en is de uitkering, mits gebruikt voor de aflossing van de hypotheek, vrijgesteld tot een bedrag van B 154.000 (2012) per persoon wanneer de premie betaling 20 jaar of langer geleden heeft plaats gevonden²⁵. Er kan voor worden gekozen dat één van beide partners de polis overneemt, de premie verlaagd, en weer gebruikt voor een nieuwe woning. Er zou dan sprake zijn van fictieve afkoop en belasting worden geheven over het belaste rentebestanddeel. Bij wet is er echter specifiek voor deze situatie een overgangsregeling opgenomen die deze heffing voorkomt²⁶. Ook als de KEW bij echtscheiding wordt gesplitst, zal er geen heffing plaatsvinden. Al het bovenstaande is ook van toepassing op de spaarrekening eigen woning (SEW) en de beleggingsrekening eigen woning (BEW).

²⁴ Artikel 3:134 Wet Inkomstenbelasting 2001

²⁵ Artikel 3:118 Wet inkomstenbelasting 2001

²⁶ Artikel 3:116 lid 3 Wet Inkomstenbelasting 2001

4.6.8 Pensioenverevening

Het tijdens huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen zal op grond van de Wet Verevening Pensioenrechten bij Scheiding (WVPS) bij scheiding moeten worden vereffend. Het partnerpensioen is opgenomen in de Pensioen Wet (PW).

In tegenstelling tot het ouderdomspensioen is de aanspraak op het partnerpensioen niet alleen van toepassing over de huwelijksperiode. Het partnerpensioen is namelijk gelijk aan het premievrije partnerpensioen dat de deelnemer zou hebben verkregen als hij op de echtscheidingsdatum zou zijn ontslagen.

Op de verdeling van ouderdoms- en partnerpensioen, volgende de WVPS en PW, kan worden afgeweken door specifiek in de huwelijksvoorwaarde of het echtscheidingsconvenant op te nemen dat er afstand wordt gedaan van deze WVPS en PW. Als daadwerkelijk besloten wordt een andere regeling overeen te komen, is het van belang goed naar de eventuele fiscale gevolgen te kijken. Als pensioenaanspraken worden verrekend, en de partij die afstand doet van zijn of haar recht ontvangt hiervoor in de plaats een bedrag of ander goed, zal dat namelijk worden belast²⁷. De andere partij mag dit bedrag dan wel in aftrek brengen als persoonsgebonden aftrek²⁸.

4.7 Conclusie

Een scheiding bestaat uit drie fasen, te weten: de emotionele fase, onderhandelingsfase en de juridische fase. Voor een goede scheiding is het van belang dat vooral de eerste fase goed wordt doorlopen. In deze fase zal de scheidingsmelding worden behandeld en komt het waarom van de scheiding aan de orde. Als door beide partijen is aanvaard dat scheiden de enige oplossing is, zal dit het proces ten goede komen. Een mediator zal daarom over een aantal specifieke vaardigheden moeten beschikken. Hij moet goed kunnen omgaan met emoties, oog hebben voor de kinderen en in acht nemen dat de verschillende fasen op de juiste wijze worden doorlopen.

De mediator moet er bovenal op toezien dat de kinderen niet de rekening krijgen gepresenteerd. Dit kan worden voorkomen door niet te starten met de onderhandelingsfase alvorens het ouderschapsplan is gemaakt. Naast bovengenoemde vaardigheden is het een

²⁷ Artikel 3:102 Wet Inkomstenbelasting 2001

²⁸ Artikel 6:3 Wet inkomstenbelasting 2001

voordeel als de mediator kennis van zaken heeft met betrekking tot de fiscale aspecten die bij een echtscheiding een rol spelen.

De mediator zal zich zoveel mogelijk onthouden van het geven van advies, maar in de onderhandelingsfase kan het geven van informatie en uitleg over de gevolgen van een desbetreffende keuze het proces wel ten goede komen. Dit voorkomt dat de mediation zal worden gestopt om andere adviseurs te raadplegen, hetgeen weer kan leiden tot discussie. Een derde partij geeft namelijk alleen advies over het onderwerp waar zijn dan wel haar advies voor wordt gevraagd en kan dit niet plaatsen in het grotere geheel.

De sub vraag `is het van belang dat een mediator kennis heeft van financiële, fiscale en juridische aspecten welke een rol spelen bij een scheidingsproces?` kan dus bevestigend worden beantwoord. Daarnaast dient de mediator over psychologische kennis en interventietechnieken te beschikken. Wat het uiteindelijke kennis niveau zou moeten zijn op alle gebieden is nog niet duidelijk. In de conclusie en aanbevelingen zal ik hier op terug komen.

5 Wet op het financieel toezicht

5.1 Ontstaan van de Wet op het financieel toezicht

Voor de invoering van de Wet op het financieel toezicht (Wft) werd het wettelijk kader rondom toezicht op de financiële markten bepaald door acht formele wetten (Kamerstukken II, 29 708 nr. 3, p. 3). Een aantal van deze wetten zijn Wet toezicht effectenverkeer 1995, Wet toezicht kredietwezen 1992, Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 en Wet toezicht beleggingsinstellingen.

In al deze wetten zijn onderwerpen zoals vergunningplicht, informatieverstrekking en regels voor bedrijfsvoering opgenomen. Ondanks het feit dat de onderwerpen gelijk zijn, zit er wel degelijk verschil in de opgenomen bepalingen, hetgeen kan leiden tot een verschil in toepassing. De overheid heeft toentertijd twee ontwikkelingen geconstateerd die tot problemen zouden kunnen leiden. De constatering was dat er [A] meer ondernemingen sectoroverstijgende activiteiten gingen verrichten, en [B] dat de overheid met de ontwikkeling van haar beleid sectoroverstijgend bezig was. Een voorbeeld hiervan is de invoering van de financiële bijsluiter in 2001 (Kamerstukken II, 29 708 nr. 3, p. 3). Dit heeft er toe geleid de bestaande wetgeving te herzien.

5.2 Prudentieel- en gedragstoezicht

Om tot nieuwe wetgeving te komen is er in overleg met de Tweede Kamer, en aan de hand van de nota *'Hervorming van het toezicht op de financiële marktsector'*, gekozen voor een functioneel toezicht model (Kamerstukken II, 28 122, nr. 2). Het huidige toezichtmodel was sectoraal gericht. Hierbij ligt de nadruk op de diverse sectoren en deelnemers, terwijl bij functioneel toezicht de nadruk ligt op functies van toezicht (Luchtman, 2007, p. 116). Bij het functioneel toezichtmodel is er een scheiding tussen prudentieel toezicht en gedragstoezicht. Het prudentieel toezicht is ondergebracht bij de Nederlandsche Bank (DNB) en de Pensioen- & Verzekeringskamer (PVK)²⁹. Het gedragstoezicht bij de Autoriteit Financiële Markten (AFM).

²⁹ de Pensioen- & Verzekeringskamer is per 30 oktober 2004 gefuseerd met de DNB.

De definitie van prudentieel toezicht staat in de Wft weergegeven in artikel 1:24 lid 1 en luidt als volgt: *‘Prudentieel toezicht is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector.’* De normen zijn voornamelijk van bedrijfseconomische aard, zoals solvabiliteit- en liquiditeit vereisten, en gericht op het verkleinen van het risico op faillissement (Stegeman, 2012, p. 119).

Gedragstoezicht ziet zowel toe op zuivere verhoudingen tussen marktpartijen als ook dat consumenten op de financiële markten correct behandeld en juist geïnformeerd worden (Kluwer, 2007, p. 31). Er wordt gekeken of marktprocessen ordelijk en transparant verlopen. De omgang met cliënten is één van de belangrijkste doelstellingen. Mochten cliënten niet juist worden behandeld of slecht worden geïnformeerd dan kan dit het vertrouwen in de gehele financiële markten schaden (Stegeman, 2012, p. 119). De definitie van gedragstoezicht volgens artikel 1:25 lid 1 van de Wft is: *‘Gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante financiermarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.’*

De AFM is belast met het gedragstoezicht op financiële markten en financiële ondernemingen (Stegeman, 2012, p. 121). De AFM is een zelfstandig bestuursorgaan en valt daarmee niet onder de directe verantwoordelijkheid van de minister van Financiën. De reden voor deze positionering is dat de AFM haar taken kan uitvoeren zonder rekening te houden met politieke verschuivingen.

5.3 Uitgangspunten van de Wft

In juni 2001 is aan de hand van de nota Bemiddeling in financiële diensten een start gemaakt met het consultatieproces over toezicht op het brede scala bemiddeling in financiële diensten door assurantietussenpersonen, bemiddelaars in hypotheke en financieringen (Kamerstukken II, 28 000-IXB nr. 24, p. 1). Uit deze nota is naar voren gekomen dat alle marktpartijen het belangrijk vinden dat er een wettelijk kader komt dat toeziet op bemiddeling. Twee van deze punten zijn, registratie- c.q. vergunningplicht voor bemiddeling in financiële diensten en het opstellen van kwaliteitskenmerken met betrekking tot informatieverstrekking, deskundigheid en integriteit. Deze vergunningsplicht is opgenomen in de Wft³⁰. Vergunningseisen waaronder deskundigheid, vakbekwaamheid, integere

³⁰ Artikel 2:75 en 2:80 Wet financieel toezicht

bedrijfsuitvoering en betrouwbaarheid zijn elders opgenomen in de Wft³¹. De vergunning wordt door de AFM afgegeven nadat is vastgesteld dat aan de eisen voor het verkrijgen ervan is voldaan. Voor alle activiteiten welke in de Wft zijn opgenomen dient een vergunning te worden aangevraagd. Activiteiten die zijn opgenomen in de Wft zijn het aanbieden, adviseren en bemiddelen³² voor de productengroepen levensverzekeringen, schadeverzekeringen, consumptief krediet, hypothecair krediet, betalen en sparen, elektronisch geld, beleggingsobjecten en effecten of beleggen.

5.4 Adviseren

In artikel 1:1 van de Wft staan alle definities weergegeven. Onder het begrip adviseren wordt verstaan: *het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelen van een of meer specifieke financiële producten, met uitzondering van premiepensioenvorderingen, verzekeringen en financiële instrumenten, aan bepaalde consumenten of het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelen van een of meer specifieke overeenkomsten waarbij een premiepensioenvordering ontstaat, van een of meer specifieke verzekeringen of van een of meer specifieke financiële instrumenten aan een bepaalde cliënt*. Volgens Van Dale woordenboek is de omschrijving van adviseren, 1 advies geven, m.n. als deskundige zijn opvatting meedelen; 2 van advies dienen: adviseren tot (Geerts, 1992, p. 74).

Als omschrijving voor advies wordt gegeven, 1 schriftelijk of mondeling geuite mening van een lichaam of persoon, ambtshalve of als deskundige, over een zaak die in behandeling is; 2 raadgeving, oordeel; 3 bericht, kennisgeving aan iemand (Geerts, 1992, p. 74).

Het geven van een mening over een verzekering zou al kunnen kwalificeren als adviseren. De wetgever heeft dit ondervangen door voor adviseren een definitie op te nemen. Door als eerste op te nemen *in uitoefening van beroep of bedrijf*, wordt duidelijk gemaakt dat het alleen van toepassing is op adviezen welke beroepsmatig worden gegeven. Hierbij valt te denken aan ondernemingen die zich bezig houden met financiële dienstverlening. Om vast te stellen of een onderneming kwalificeert, zou kunnen worden gekeken naar hoe deze zich profileert in de markt; ontvangt men een beloning voor de diensten of is de dienst niet

³¹ Artikel 2:78 en 2:83 Wet financieel toezicht

³² De diensten herverzekering bemiddelen en gevolmachtigd agent voor schade en levensverzekeringen zijn niet genoemd.

incidenteel. Voor de groep die op incidentele basis adviseert, is de Wft niet van toepassing. In Wft is hiervoor een vrijstelling opgenomen in artikel 5 van de vrijstellingsregeling Wft onder lid 1 onderdeel f. Hierin staat: *`adviseurs die een andere hoofdberoepswerkzaamheid hebben dan het verlenen van financiële diensten en uit hoofde van die hoofdberoepswerkzaamheid inzicht hebben in de financiële situatie van een consument, voor zover zij, zonder daarvoor van de aanbieder provisie te ontvangen, die consument adviseren en de door hen verstrekte adviezen in het verlengde liggen van hun hoofdberoepswerkzaamheid_* (Wftnivo, 2011, p. 1101).

In de wet is echter nog wel een nuancering aangebracht. In hetzelfde artikel wordt onder lid 2 aangegeven dat bovenstaande vrijstelling alleen van toepassing is als het adviseren een marginaal onderdeel uitmaakt van de totale werkzaamheden en tevens niet bemiddelt (Wftnivo, 2011, p. 1102).

Ook is in de definitie opgenomen dat een belangrijk punt van adviseren is dat het moet gaan om het aanbevelen van een specifiek product. Met andere woorden, het moet gaan om een concreet product van een bepaalde aanbieder. Het aanbevelen van een product soort, denk hierbij aan hypotheeken of levensverzekeringen, valt niet onder het begrip adviseren (Kamerstukken II, 29 507 nr. 3, p. 67).

In genoemd Kamerstuk is er sprake van het aanbevelen van een product c.q. advies om het product aan te schaffen, echter, een eerder afgesloten product premievrij maken of afkopen kan ook een aanbeveling zijn. Van advies is alleen sprake als er aan drie voorwaarden tegelijkertijd wordt voldaan (Website stichting financiële dienstverlening, 2012), namelijk:

- 1) Er moet sprake zijn van een aanbeveling (`als ik u was, zou ik dit zo doen).
- 2) Het moet gaan om een specifiek persoon.
- 3) Het moet gaan om een concreet financieel product van een bepaalde aanbieder.

Als het een advies aan een specifiek persoon betreft, bijvoorbeeld om een levensverzekering van aanbieder A af te kopen, dan zou dit volgens de Wft een advies kunnen zijn omdat het voldoet aan bovengenoemde voorwaarden. Als we letterlijk naar de definitie van adviseren kijken, staat er in de Wft *`aanbevelen van een product_* en niet het *`aanbevelen over een product_*. Echter de impact van het royeren van bijvoorbeeld een arbeidsongeschiktheidsverzekering of overlijdensrisicoverzekering kan ook zeer groot zijn. Om tot een dergelijk advies te komen, en dus dit specifieke product wat al is afgesloten voor een specifiek persoon bij maatschappij A te royeren, moet er wel een passend advies worden gegeven. Hiervoor is het vaststellen van de financiële positie, kennis, ervaring,

doelstellingen en risicobereidheid noodzakelijk. Dit is gelijk aan de inventarisatie die moet worden gedaan bij het afsluiten van eerder genoemde verzekering.

Het geven van een advies om iets niet te verzekeren, is geen advies in de zin van de Wft.

Het gaat hierbij namelijk niet om een concreet financieel product van een bepaalde aanbieder. Civielrechtelijk is dit echter wel een advies waarvoor de adviseur verantwoording draagt.

5.5 Bemiddelen

Naast adviseren kan een adviseur ook bemiddelen. Volgens van Dale is bemiddelen tussen beide komen om een overeenkomst tot stand te brengen (Geerts, 1992, p. 310). In de Wft wordt bemiddelen omschreven als: *`alle werkzaamheden in de uitoefening van een beroep of bedrijf gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een overeenkomst inzake een financieel product anders dan een financieel instrument_* (Stegeman, 2012, p. 17).

Er is een uitsplitsing gemaakt tussen bemiddelen inzake krediet, premiepensioenvordering en een verzekering. Buiten het tot stand brengen, wordt er ook gesproken over het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een dergelijke overeenkomst of verzekering. In de memorie van toelichting is aangegeven dat het innen van premies ten behoeve van de aanbieder of het bijstaan van een cliënt als hij de aanbieder wil aanspreken op of over de overeenkomst, denk hierbij aan het claimen van een schade, ook gezien wordt als bemiddelen (Kamerstukken II, 29507, nr. 3, p. 69).

Voor bemiddelen is, in tegenstelling tot adviseren, geen vrijstelling opgenomen in de Wft. Een ieder die bemiddeld dient dus in het bezit te zijn van een vergunning. Er zijn een drietal vragen die de AFM heeft gepubliceerd om te bepalen of er sprake is van bemiddelen (AFM nieuwsbrief, 2009).

- 1) Wint u meer dan alleen contactgegevens in van consumenten?
 - o Nee? U bemiddelt niet
 - o Ja? Ga naar de volgende vraag
- 2) Heeft u een overeenkomst met een of meerdere aanbieders of bemiddelaars met de bedoeling dat consumenten in contact komen met die aanbieder of bemiddelaar?
 - o Ja? Dan bent u een bemiddelaar die een vergunning nodig heeft van de AFM
 - o Nee? Ga naar de volgende vraag

- 3) Geeft u meer dan contactgegevens door aan aanbieders of bemiddelaars?
- o Ja? Dan bent u een bemiddelaar die een vergunning nodig heeft van de AFM
 - o Nee? U bemiddelt niet

De AFM geeft aan dat het doorgeven van mutaties, bijvoorbeeld het melden van een echtscheiding, onder het begrip bemiddelen valt (Beest, 2012, p. 23).

Wat er nu wel en niet wordt verstaan onder bemiddelen, is door de invoering van de nieuwe Wft module pensioenverzekering zeer actueel geworden. De constatering van de AFM is dat accountantskantoren en actuariële adviesbureaus adviseren over financiële producten zonder daarvoor over een vergunning te beschikken op grond van de Wft. De AFM heeft, om meer duidelijkheid te verschaffen, een interpretatie over pensioenadvies uitgebracht (AFM website, 2012). Hierin maakt de AFM duidelijk dat de eerder genoemde beroepsgroepen voor het adviseren een beroep zouden kunnen doen op de vrijstellingsregeling, maar spoort aan om een vergunning aan te vragen voor bemiddelen in financiële producten. Door deze vergunning aan te vragen mag er tevens geadviseerd worden. In hetzelfde stuk geeft de AFM aan wat volgens haar onder bemiddelen valt. Het aanvragen van een offerte, het voeren van contractonderhandeling of anderszins helpen met het totstandbrengen van een verzekeringsovereenkomst, wordt gezien als bemiddelen. Het wel of niet ontvangen van provisie en/of betaling door de klant maakt in deze geen verschil.

De stelling van de AFM is dat alles wat meer is dan alleen het doorgeven van contactgegevens gezien wordt als bemiddelen.

5.6 Adviseur

In artikel 1, onderdeel c, van de Wet financiële diensten (Wfd) was de definitie van adviseur: *‘degene die adviseert, voorzover hij ten aanzien van het aanbevolen financiële product niet tevens optreedt als aanbieder, gevolmachtigde agent, ondergevolmatigde agent of bemiddelaar’*. Deze is in de Wft echter opgenomen als: *een adviseur is ‘degene die adviseert’*. Reden voor deze wijziging is het voorkomen van de dubbele vergunningplicht die in de Wft is opgenomen in artikel 2:76 (Stegeman, 2012, p. 38). Van Dale geeft als omschrijving voor adviseur (m.) /adviseuse (v.): raadgever, m.n. van beroepswege (Geerts, 1992, p. 74). In de Wft is al een vrijstelling opgenomen voor adviseren in artikel 5 van de vrijstellingsregeling Wft. In artikel 45 van deze gelijknamige wet is een vergelijkbare vrijstelling opgenomen voor adviseurs (Wft nivo, 2011, p. 1113).

5.7 Financiële dienstverlener

Onder een financiële dienstverlener wordt verstaan: *‘degene die een ander financieel product dan een financieel instrument³³ aanbiedt, die adviseert over een ander financieel product dan een financieel instrument of die bemiddelt, herverzekeringsbemiddelt, optreedt als gevolmachtigd agent of optreedt als ondergevolmachtigde agent_* (Stegeman, 2012, p. 38). Op de site van de AFM wordt een financiële dienstverlener als volgt omschreven: *‘Een financieel dienstverlener biedt aan, adviseert, bemiddelt, herverzekert of treedt op als gevolmachtigd agent met betrekking tot financiële producten_* (AFM website, 2012). Financiële dienstverleners zijn onder andere banken, verzekeraars en intermediairs.

5.8 Financieel product

Inmiddels is de definitie van adviseur, advies, bemiddelen en financiële dienstverlener duidelijk. Maar wat wordt er nu verstaan onder een financieel product? In de Wft wordt in artikel 1:1 als definitie voor een financieel product gegeven:

- a. Beleggingsobject;
- b. Een betaalrekening met inbegrip van de daaraan verbonden betaalfaciliteit;
- c. Elektronisch geld;
- d. Een financieel instrument;
- e. Krediet;
- f. Een spaarrekening met inbegrip van de daaraan verbonden spaarfaciliteit;
- g. Een verzekering die geen herverzekering is;
- h. Een premiepensioenvordering; of
- i. Een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen andere product;

Voor het adviseren over één van de bovenstaande financiële producten is volgens de Wft een vergunning nodig, afgegeven door de AFM³⁴. Alle vrijstellingen zijn opgenomen in de

³³ Een financieel instrument is o.a. effecten, opties, futures en recht van deelnemingen in een beleggingsinstelling.

³⁴ Artikel 2:75 Wet financieel toezicht

vrijstellingsregeling Wft en daarin staan die vrijstellingen weergegeven welke van toepassing zijn op de financiële producten³⁵.

In het kort betekent dit dat als er sprake is van het verlenen van een financiële dienst met betrekking tot een betaalrekening en de daaraan verbonden betaalfaciliteit, en/of spaarrekening met de daaraan verbonden spaarfaciliteit (met uitzondering van de spaarrekeningen waarvan de rentevergoeding is gekoppeld aan koersontwikkelingen) deze zijn vrijgesteld van artikel 4:9, tweede lid van de Wft³⁶.

Een tweede vrijstelling is van toepassing op artikel 4:23, eerste en tweede lid van de Wft. In dit artikel wordt omschreven dat voordat er advies mag worden gegeven er eerst informatie moet worden ingewonnen bij de klant ten aanzien van zijn financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risico bereidheid. Dit wordt ook wel 'ken uw klant' genoemd. Deze inventarisatie is niet noodzakelijk, behalve als er advies wordt gegeven over spaarrekeningen waarbij de rente gekoppeld is aan de koersontwikkeling, financiële instrumenten, kredieten waarvan de krediet som meer dan B 1000 bedraagt, hypothecair krediet, verzekeringen met betrekking tot het wegvallen van geheel of gedeeltelijk inkomen van een cliënt en combinaties van twee of meer financiële producten van eerdergenoemde a tot en met h.

5.9 Toetstermen Wft

In de Wft staat weergegeven dat de financiële dienstverlener zorg moet dragen voor de vakbekwaamheid van zijn medewerkers³⁷. Een behaald diploma verliest zijn geldigheid als niet wordt voldaan aan permanente educatie. De toetstermen voor zowel het examen als de permanente educatie staan in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft). Het College Deskundigheid Financiële Dienstverlening (CDFD) adviseert de minister inzake de toetstermen.

In de Wft zijn op dit moment een zevental modules omschreven, te weten:

- 1) Basismodule vakbekwaamheid
- 2) Hypothecair krediet

³⁵ Artikel 41 vrijstellingregelingen Wft

³⁶ In dit lid wordt de vakbekwaamheid beschreven.

³⁷ Artikel 4:9 Wet financieel toezicht

- 3) Consumptief krediet
- 4) Schadeverzekeringen
- 5) Levensverzekeringen
- 6) Volmacht
- 7) Pensioenverzekeringen en premiepensioenvorderingen

In de BGfo staan de deskundigheidseisen weergegeven waaraan moet worden voldaan³⁸. Welke modules van toepassing zijn, is afhankelijk van het vakgebied waarin de persoon actief is. Is deze alleen actief in hypothecair krediet, dan is alleen die module van toepassing. Naast deze specialisatie gebieden moet iedereen over de basismodule vakbekwaamheid beschikken.

Door de AFM wordt onderscheidt gemaakt tussen dagelijkse beleidsbepalers, feitelijke leidinggevenden en werknemers. De AFM toetst de geschiktheid van de dagelijkse beleidsbepalers. De beleidsbepaler moet deskundig zijn met het oog op de uitoefening van bedrijfsvoering van een financiële onderneming. Dit houdt in dat er minimaal twee jaar bestuurlijke en leidinggevende ervaring is opgedaan, hij/zij voor kleine ondernemingen (tot 6 personen) minimaal één jaar bestuurlijke ervaring heeft of beschikt over minimaal een HBO diploma. Voor deze laatste groep is het hebben van een WFT diploma geen vereiste, mits ze geen advies geven.

De groep feitelijk leidinggevenden moet wel voldoen aan de diploma eis³⁹. Voor financiële dienstverleners met meer dan 50 werknemers is er een uitzondering. Deze kan, mits de AFM hiermee akkoord gaat, zijn bedrijfsvoering dusdanig inrichten dat een deskundige financiële dienstverlening aan consumenten voldoende is gewaarborgd, en daarmee de diploma eis komt te vervallen.

Voor werknemers ligt de verantwoordelijkheid van de deskundigheidstoets bij de financiële dienstverlener. Deze moet kunnen aantonen dat zijn werknemers vakbekwaam zijn doordat de werknemers de benodigde (geldige) diploma's hebben of de bedrijfsvoering zodanig inrichten dat het naar oordeel van de AFM de kwaliteit van de financiële dienstverlening aan consumenten en cliënten voldoende waarborgt. (AFM website 2012).

Voor de groep werknemers die geen feitelijk leidinggevende is, en dus niet hoeven te voldoen aan de diploma eis, zit er een verschil tussen verschillende ondernemingen. Zo hoeven bij ondernemingen met minder dan 50 FTE niet alle adviseurs een diploma te

³⁸ Artikel 5 BGfo

³⁹ Artikel 4:9, 2e lid Wft en artikel 6 2e lid BFgo

hebben, maar alleen de feitelijk leidinggevenden - welke vaak de teamleiders of managers zijn.

Bij ondernemingen met meer dan 50 FTE is er helemaal geen diploma eis. De minister heeft dit geconstateerd en in mei van 2011 een brief gezonden aan de Tweede Kamer, met het voornemen dit punt te willen verbeteren (Kamerstukken II, 32 545, nr. 2). De Vaste Kamer commissie voor financiën heeft op 29 maart 2012 overleg gehad met de minister. De minister stelt in deze vergadering dat het van belang is dat een ieder die advies geeft, zou moeten voldoen aan de diploma eis, en dat bij de personen die alleen klantcontact hebben (en niet adviseren maar alleen informeren) de vakbekwaamheidseis van kracht blijft. Dit geldt dan alleen voor het vakgebied waar zij zich mee bezig houden. De onderneming moet hier op toezien. Het gaat dan dus alleen om het geven van informatie.

De minister wil niet zo ver gaan dat voor een ieder die werkzaam is in deze branche (en alleen maar klantcontact heeft) een diploma eis van kracht moet zijn (Kamerstukken II, 32 545, nr. 8, p. 23).

De AFM is inmiddels bezig met de uitwerking van het plan, en de verwachting is dat eind dit jaar het wetsvoorstel zal worden gepubliceerd (Inzicht, 2012 nr. 28 p. 17).

5.10 Wijzingbesluit financiële markten 2013

In april 2012 is een ontwerpbesluit gepubliceerd met de titel wijzingbesluit financiële markten 2013. Hierin is ondermeer een nieuw vakbekwaamheidsbouwwerk opgenomen. Door het CDFD is dit besluit uitgewerkt in een concept advies (CDFD, 2012), waarin de eind- en toetstermen zijn weergegeven. Het is nog geen definitief advies en marktpartijen kunnen hier nog tot 14 september 2012 op reageren.

In dit nieuwe bouwwerk zijn door het CDFD acht soorten adviseurs opgenomen. Per soort adviseur is beschreven aan welke modules moet worden voldaan om in aanmerking te komen voor het vereiste diploma. De soorten adviseurs zijn⁴⁰:

- 1) Adviseur sparen en betalen
- 2) Adviseur schadeverzekeringen particulier
- 3) Adviseur schadeverzekeringen zakelijk

⁴⁰ Naast de acht soorten adviseurs is er ook nog een set kwalificaties voor de Gevolmachtigd Agent

- 4) Adviseur inkomen
- 5) Adviseur consumptief krediet
- 6) Adviseur vermogen
- 7) Adviseur hypothecair krediet
- 8) Adviseur pensioen

In het ontwerpbesluit zijn een aantal randvoorwaarden geschetst waar de nieuwe eind- en toetsnormen aan moeten voldoen. Twee van deze randvoorwaarden zijn: een hoger basisniveau en uitbreiding van de kennisvereisten met vaardigheden en competenties. De minister had geconcludeerd dat het huidige vakbekwaamheidsniveau moet worden verhoogd. Dit is door het CDFD uitgewerkt en heeft er in geresulteerd dat er met het huidige voorstel moet worden aangetoond dat men in het bezit is van klantspecifieke, juridische, fiscale producttechnische en morele kennis.

5.11 Geldloket

In mei 2012 zijn er op twee plekken in Nederland, namelijk Amersfoort en Den Bosch, geldloketten geopend. In de openingstoespraak gaf minister de Jager van Financiën aan dat het geldloket geen advies geeft over financiële producten, maar alleen informeert en voorlichting geeft aan iedereen die vragen heeft over geldzaken (AFM website, 2012). Het betreft hier volgens de minister vragen over pensioenvoorziening en andere financiële zaken zoals trouwen, kinderen, scheiden, studeren, verhuizen of werken. De medewerkers geven gratis voorlichting op basis van de persoonlijke financiële situatie (rijksoverheid website, 2012). Het loket heeft ook een doorverwijs functie. Mocht het geldloket geen antwoord weten, zal de betreffende persoon worden doorverwijzen naar bijvoorbeeld maatschappelijke dienstverlening of een financieel adviseur. Vanuit de financieel adviseurs is er sceptisch gereageerd en wordt het geldloket gezien als oneerlijke concurrentie. De twijfel of er geen advies wordt gegeven is daarbij het belangrijkste struikelblok (Amweb, 2012).

5.12 Conclusie

De invoering van de Wft heeft tot nieuwe regelgeving geleid met betrekking tot het geven van advies over financiële producten. Begrippen als adviseren, bemiddelen en adviseur zijn daarin vastgelegd.

De sub vraag: "wat kan worden verstaan onder informeren, adviseren en bemiddelen uitgaande van de Wet financieel toezicht?", is als volgt te beantwoorden. Er is sprake van adviseren als er advies wordt gegeven over een specifiek product van een bepaalde aanbieder. Het geven van een advies over een al lopende verzekering, met bijvoorbeeld het doel deze af te kopen, wordt ook gezien als adviseren en valt derhalve onder de Wft. Het aanbevelen van een product soort valt niet onder het begrip adviseren, maar kan worden gezien als informeren. We kunnen dus stellen dat een onderneming die alleen een product soort adviseert of alleen informatie verstrekt, niet onder de Wft valt. Het advies geven om iets niet te verzekeren wordt dus niet gezien als adviseren in de zin van de Wft, maar de adviseur is wel civielrechtelijk verantwoordelijk voor dit advies.

Door de wetgever is er nog een nuancering aangebracht. Het geven van initieel advies door adviseurs die andere hoofdberoepswerkzaamheden hebben en het advies dat een marginaal onderdeel uitmaakt van de totale werkzaamheden, valt niet onder de Wft. Er mag daarnaast dan niet bemiddeld worden.

Voor bemiddelen zijn er geen vrijstellingen opgenomen in de Wft. Bemiddelen is in de Wft ruim opgenomen. Zo wordt het doorgeven van bijvoorbeeld een scheiding door de AFM al gezien als bemiddelen. Vooralsnog valt volgens de AFM alleen het doorgeven van contactgegevens van een cliënt aan een verzekeraar niet onder bemiddelen.

Voor adviseurs die één of meerdere specifieke financiële producten aanbevelen is er een diploma plicht. Voor medewerkers die wel klantcontact hebben, tevens informatie verstrekken, maar niet sturend zijn, is er alleen de vakbekwaamheidseis. Door de minister is in april 2012 het ontwerpbesluit wijzigingsbesluit financiële markten 2013 gepubliceerd, waarin een nieuw vakbekwaamheidsbouwwerk is opgenomen met als doel dit per 1 januari 2014 in te voeren.

Vanuit het ministerie van Financiën is het geldloket opgezet. Hier kan iedereen naar toe om informatie te krijgen over alle financiële zaken. Volgens minister de Jager betreft het hier informeren en geen adviseren.

6 De toekomst van de scheidingsmediator

Op dit moment is er nog geen gedragscode en/of beroepsprofiel voor een scheidingsmediator. Door het ministerie van Justitie is op 20 januari 2010 een projectplan echtscheiding voor rechtspraak, advocatuur en mediator geschreven met als doel het aantal procedures rond echtscheidingen te verminderen. Door minder procedures zou dit een besparing opleveren bij zowel de rechtelijke macht als de advocatuur. Er zijn een drietal trajecten ingezet:

- 1) Betere voorlichting aan mensen die gaan scheiden.
- 2) Deskundiger afhandeling van de scheiding door zowel de advocaat als mediator.
- 3) Invoeren van financiële prikkels voor advocaat, mediator en cliënt.

In april 2011 is de eindrapportage echtscheidingswerkgroep 3 (Schilperoort, 2011) gepubliceerd. In dit rapport wordt alleen gesproken over toevoegingen op het gebied van personen en familierecht (P-terrein)⁴¹.

Uit het rapport is naar voren gekomen dat er in 2009 4590 advocaten en 458 mediators toevoegingen behandelden op het P- terrein. Als we dit afzetten tegen alle toevoegingszaken, dan betrof het 7151 advocaten en 481 mediators. Bij verdere uitsplitsing blijkt dat 33% van de advocaten 5 of minder toevoegingen op het gebied van personen en familierecht behandelden. Bij mediators ligt dit percentage op 23%⁴².

Bij de bestudering van de deskundigheid kwam de werkgroep tot de conclusie dat zowel advocaten als mediators, zonder voldoende kennis van personen-/familierecht en echtscheidingszaken, toch zaken behandelden. Hieruit is voortgekomen dat er door de werkgroep kwaliteitseisen zijn opgesteld waaraan men zal moeten voldoen om in aanmerking te komen voor toevoegingen⁴³. Naast de kwaliteitseisen zijn er ook eisen gesteld aan het minimaal aantal zaken die op het gebied van personen- en familierecht per jaar worden behandeld. Het betreft hier alle zaken op het gebied van personen- en familierecht, en niet alleen toevoegingen. Voor advocaten is het voorstel om dit aantal voor de eerste 3 jaar op minimaal 10 zaken per jaar te zetten en deze na drie jaar eventueel uit te breiden naar 15 zaken per jaar. Voor mediators is dit aantal lager gesteld in verband met

⁴¹ Als iemand een advocaat of mediator nodig heeft en deze niet kan betalen is het mogelijk een vergoeding te krijgen van de overheid voor deze kosten. Dit wordt ook wel een toevoeging genoemd.

⁴² Zie bijlage 1 voor de complete tabel

⁴³ Zie bijlage 2

marktredenen⁴⁴. Het aantal zaken voor mediators is minimaal 5 per jaar en na 3 jaar eventueel te verhogen naar 10. (Schilperoort, 2011, p. 7).

6.1 Uitgangspunten

In de vorige hoofdstukken hebben we onder andere vastgesteld dat:

- 1) Er door de invoering van de Europese mediation richtlijn behoefte is aan regelgeving.
- 2) Een mediator (met uitzondering van de NMI mediator) zich niet aan regels hoeft te houden, behalve aan dwingend recht.
- 3) Een scheidingsmediator over specifieke vaardigheden zou moeten beschikken, zoals kennis van financiële, fiscale en juridische aspecten, en kennis hebben van de psychologische zaken welke een rol spelen bij een echtscheiding.
- 4) Adviseren het geven van een advies is over een specifiek product van een bepaalde aanbieder - en onder de Wft valt.
- 5) Informeren geen adviseren is en niet onder de Wft valt.
- 6) Volgens de AFM is alles wat meer wordt doorgegeven aan een bank, verzekeraar of pensioenverstrekker dan alleen contactgegevens, gezien wordt als bemiddelen.
- 7) Het geven van initieel advies door adviseurs die andere hoofdberoepswerkzaamheden hebben, en dat advies een marginaal onderdeel uitmaakt van de totale werkzaamheden, niet onder de Wft valt - mits daarnaast niet bemiddeld wordt.
- 8) De diploma eis er komt voor iedereen die adviseert. Voor personen die alleen maar informeren en niet adviseren, blijft de vakbekwaamheidseis van kracht.
- 9) In de Wft wordt een nieuw vakbekwaamheidsbouwwerk opgenomen.

In de komende paragrafen zal er een verband worden gelegd tussen bovenstaande punten en naar de samenhang tussen mediation en de Wft worden gezocht.

⁴⁴ Mediators komen alleen in beeld als beide partijen er samen willen uitkomen.

6.2 De mediator als adviseur

Een mediator geeft geen advies, maar is een gesprekspartner. Bij een scheiding zou het echter voor kunnen komen dat partijen de mediator wel om een advies vragen. Volgens de Wft is advies niet het geven van algemene informatie. Uitleg geven over bijvoorbeeld de verdeling van pensioen valt dus niet onder het begrip adviseren, het moet gaan om het aanbevelen van een specifiek product. Is een mediator dus wel een adviseur zoals omschreven in de Wft? Zoals in hoofdstuk 4.4 aangeven, is het afkopen van bijvoorbeeld een levensverzekering ook adviseren in de zin van de Wft. Een mediator moet zich dus onthouden van elke vorm van advies met betrekking tot lopende verzekeringen, en alleen maar informatie verstrekt over wat de verschillende mogelijkheden zijn, anders wordt hij/zij gezien als adviseur volgende de Wft.

Geconcludeerd kan worden dat een mediator niet als adviseur onder de Wft valt en derhalve niet aan de diploma eis hoeft te voldoen. Maar in de Wft is er ook sprake van een vakbekwaamheidseis voor personen die wel klantcontact hebben en informeren over financiële producten. Voor deze groep heeft de minister aangeven dat hij een diploma eis te ver vindt gaan; de financiële onderneming moet toezien op vakbekwaamheid en dit borgen.

Het bovenstaande roept echter wel de vraag op waarom er voor mediators die ook informeren over financiële zaken geen vakbekwaamheidseis is. De impact van een advies, gegeven door een mediator, kan grote gevolgen hebben. In de huidige tijd is het vaak moeilijk de eigen woning te verkopen en als het lukt is er mogelijk sprake van een restschuld. Tijdens het onderhandelingsproces kan er dan bijvoorbeeld afgesproken worden de woning tijdelijk niet te verkopen. Op zich geen probleem, maar de mediator moet cliënten er wel op wijzen dat de hypotheekrenteaf trek na twee jaar stopt voor de vertrekkende partij. Verder zal de WOZ waarde fiscaal moet worden gecorrigeerd, is er na 2 jaar sprake van een fictieve verkoop en kan derhalve de bijeenregeling een rol gaan spelen. Dit zijn zakelijke aspecten. Maar waar ook bij stil zal moeten worden gestaan, is wat gebeurd er als één van de ex-partners komt te overlijden. Zaken als successierecht spelen hierbij weer een rol. Duidelijk is dat de mediator over al deze aspecten kennis van zaken moet hebben om te voorkomen dat cliënten beslissingen nemen die later negatief uit kunnen pakken. Natuurlijk kan een mediator die geen financiële achtergrond heeft cliënten doorsturen naar een financieel adviseur of deze bij het gesprek vragen. Dit heeft echter tot gevolg dat de kosten omhoog gaan, want de adviseur zal ook zijn uurtarief doorberekenen. Daarnaast kan het

vertragend werken omdat betrokkenen het vertrouwen moeten hebben dat de adviseur onafhankelijk is.

Cliënten verwachten van een mediator dat hij/zij beiden helpt om de juiste beslissing te nemen. Dit is echter niet het uitgangspunt van mediation, cliënten moeten namelijk zelf beslissen. Zelf een beslissing nemen kan bij een mediation waar financiële zaken geen rol spelen misschien wel, maar bij een ingewikkelde procedure als een echtscheiding is dat lastiger. Beide cliënten, of één van de twee, kunnen moeilijk de financiële gevolgen van de beslissing die zij maken overzien. Hierin ligt een taak voor de mediator om deze gevolgen te bespreken en eventueel een alternatief ter tafel te brengen. Als één van beide dan wil laten onderzoeken wat dit voor financieel gevolg heeft in zijn of haar situatie, is het niet aan de mediator om daar op in te gaan. Dan zal de desbetreffende cliënt naar een financieel adviseur moeten gaan om dit effect door te laten rekenen. In de praktijk zullen weinigen dit doen, vooral ook vanuit het kostenaspect. Ze vertrouwen de mediator op zijn kennis en kunde. Ondanks het feit dat voor het adviseren de mediator niet onder de Wft valt, omdat er alleen maar informatie wordt geven, is het wel van belang dat er kennis van zaken is met betrekking tot de financiële zaken die een rol spelen.

Om het voor de consument overzichtelijk te maken met wat voor soort mediator men van doen heeft, zou een register met daarin duidelijk aangegeven welke specialismen de mediator beheerst, uitkomst kunnen bieden.

6.3 De mediator als bemiddelaar

Uitgaande van de nieuwsbrief van de AFM (AFM nieuwsbrief, 2009) is bemiddelen alles behalve het doorgeven van contactgegevens. Daarbij moet het gaan om een werkzaamheid in uitoefening van beroep of bedrijf. Een mediator voert een mediation uit als beroep en valt wat betreft dit aspect dus binnen de omschrijving.

Het tweede deel van de definitie is het tot stand brengen van een overeenkomst inzake een financieel product, anders dan een financieel instrument. In de regel zal een mediator geen verzekering afsluiten voor zijn cliënten en zou de mediator derhalve niet onder de Wft vallen. Echter uit de memorie van toelichting blijkt dat het niet alleen gaat om het tot stand brengen, maar dat ook het beheer van een overeenkomst of verzekering wordt gezien als bemiddelen (Kamerstukken II, 29507, nr. 3, p. 69). Als een mediator dus aan een pensioenverzekeraar een scheiding doorgeeft of een wijziging op een polis laat doorvoeren, valt dit onder

bemiddelen. Er is geen vrijstelling in de Wft opgenomen voor bemiddelen en daarom is er een vergunning nodig van de AFM.

De mediator die namens zijn cliënten wijzigingen laat doorvoeren op polissen en/of pensioen, valt dus onder de Wft en heeft een vergunning nodig van de AFM om deze werkzaamheden uit te mogen voeren. Om in aanmerking te komen voor een vergunning zal er eerst een diploma moeten worden behaald. Zoals vastgesteld zijn er meerdere modules. De mediator zal zichzelf de vraag moeten stellen welke modules voor hem/haar nodig zijn. Voorheen zou de basis module met de module levensverzekeringen voldoende zijn geweest voor het doorgeven van wijzigingen op levensverzekeringopolissen en aanpassingen op de collectieve pensioenverzekering. Het tweede pijler pensioen is echter ondergebracht in een aparte Wft module. Formeel zal de mediator ook deze Wft module moeten behalen alvorens hij/zij iets kan laten aanpassen.

Het lijkt niet wenselijk dat de mediator voor het doorgeven van een wijziging op een polis of het aanpassen van een pensioen in het bezit zou moeten zijn van de Wft modules.

6.4 De adviseur als mediator

Valt een financieel adviseur die als hoofdwerkzaamheid het geven van financieel advies heeft en daarnaast bemiddeld, als mediator ook onder de Wft?.

Formeel gezien, als een mediator niet adviseert maar alleen informeert en daarnaast geen enkele activiteit uitvoert die als bemiddeling kan worden gezien, valt deze niet onder de Wft. Maar nu heeft de mediator al een vergunning van de AFM en gaat naast het geven van financieel advies ook als mediator aan de slag. Een beroep doen op vrijstelling uit de vrijstellingsregeling Wft kan niet, want het geven van financieel advies is zijn/haar hoofdberoep. Eerder is al vastgesteld dat als het alleen informeren betreft dit niet onder de Wft valt, maar bemiddelen doet een mediator al snel. Als de mediator dus een wijziging doorgeeft aan de pensioenverzekeraar, en wel in het bezit is van een Wft diploma basis en levensverzekeringen, is deze feitelijk in overtreding omdat de Wft module pensioenverzekeringen ontbreekt.

Als een adviseur die zich profileert als mediator nu toch gaat adviseren, zou er sprake kunnen zijn van een overtreding. Zoals al eerder aangeven, zal het in een mediation (bijna) nooit voorkomen dat er een aanbeveling wordt gegeven om een specifiek product van een bepaalde aanbieder af te sluiten. Logischer is het dat een adviseur een advies geeft om bepaalde lopende polissen af te kopen. Hier kunnen meerdere redenen aan ten grondslag

liggen. Een meest voor de hand liggende reden kan zijn het vrijmaken van liquiditeiten. Dit is wel een advies wat onder de Wft valt en zal derhalve moeten worden geïnventariseerd. We hebben het hier dan over het 'ken uw klant'-principe. Om een passend advies te geven, wint de adviseur bij de cliënt informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid. Duidelijk mag zijn dat mensen die in een mediation zitten geen enkele behoefte hebben om bovenstaande zaken in beeld te laten brengen alvorens ze een advies krijgen over wat ze het beste kunnen doen met een lopende verzekering.

Dit zijn alvast twee problemen waar we tegen aan lopen. Een ander probleem is handhaving door de AFM. De AFM heeft als zelfstandig bestuursorgaan bevoegdheden tot vorderen van inlichtingen, betreden van plaatsen en inzage in gegevens (Ermers, 2010, p. 27). Gezien de vertrouwelijkheid van de mediation lijkt het bovenstaande niet wenselijk.

Een ander aspect dat een rol speelt, is de vaststelling - wanneer wijkt een mediator af van de regels gesteld door de AFM. Bij mediation is er altijd sprake van onderhandelen en is geen uitkomst gelijk. Als gesteld wordt dat de mediator voor dit deel van zijn werkzaamheden onder toezicht van de AFM valt, zal hij/zij dus moeten voldoen aan de regels. Mocht hij/zij in strijd handelen, kan er een boete worden opgelegd⁴⁵. Tegen de beslissing van de AFM is beroep mogelijk bij de bestuursrechter, aangezien dit besluiten zijn in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)⁴⁶. De bestuursrechter zal een uitspraak moeten doen over de zorgplicht van de mediator (Ermers, 2010, p. 28).

Alles samenvattend is dit niet in het belang van de cliënten die hebben gekozen voor mediation. Hierin staat vertrouwelijkheid voorop en dit kan dan niet worden gewaarborgd. Gezien het grijze gebied waarin een desbetreffende adviseur zich bevindt, is een uitspraak van de AFM over wat nu wel en niet mag tijdens een mediation gewenst. Voor nu zou het advies zijn om geen activiteiten te ontwikkelen die de schijn tegen hebben, maar dan nog is de vraag aan de AFM of een dergelijk dossier onder de Wft valt.

6.5 De mediator als psycholoog

Buiten het juridische en fiscale kader is er ook nog de emotionele fase. Voor mensen is dit vaak een onderdeel dat ze liever niet bespreken. Het is echter de basis van een goede scheiding. Als dit onderdeel niet goed wordt doorgenomen, kan dat later in het proces of

⁴⁵ Artikel 1:80 Wet financieel toezicht

⁴⁶ Afdeling 5.2 Algemene wet bestuursrecht

zelfs nadat de scheiding al lang en breed is uitgesproken nog tot conflicten leiden. Bij partners zonder kinderen is dit vervelend, maar zijn er in principe geen anderen bij betrokken. Als beide ouder zijn van één of meerdere kinderen is er een grote kans dat deze in de strijd worden meegetrokken, met alle gevolgen van dien.

Zoals aangegeven is het emotionele proces niet iets waar partners graag doorheen willen en zij zullen dan op zoek gaan naar een financieel persoon die ze zal begeleiden om het financiële deel af te handelen. Het onderhandelen over de verdeling van goederen en het betalen van eventuele alimentatie is hier de rode draad. Eigenlijk is er dan al sprake van een strijd over geld waar de kinderen in betrokken worden. Als we kijken naar het doel van het Ministerie van Justitie, welke is omschreven in de eindrapportage echtscheidingswerkgroep 3, dan is dit om het aantal procedures rond echtscheidingen te verminderen (Schilperoort, 2011, p. 3). Maar wat als later blijkt dat er na de scheiding toch weer conflicten ontstaan die voor de rechter worden uitgevochten. Erger nog is het als dit door de ouders onderling wordt uitgevochten met de kinderen in het midden. Het gevolg kan psychologische problemen bij het kind zijn, hetgeen weer kan leiden tot slechte schoolprestaties en/of gedragsproblemen. Dit zijn zaken die dan misschien wel geen druk leggen op de rechtelijke macht, maar wel op andere instanties. Uiteindelijk zal de gemeenschap ook hier voor de kosten moeten opdraaien.

Het hebben van inzichten in de psychologische kant van een scheiding is dus van essentieel belang. Moet een mediator dan een psycholoog zijn? Het antwoordt hierop zou nee zijn. De mediator heeft altijd nog een doorwijsmogelijkheid. Mocht hij/zij zien dat er een kans is op herstel van de relatie, dan kan de mediator mensen doorverwijzen naar een relatietherapeut of psycholoog.

6.6 Geldloket en advies bij scheiding

Het geldloket geeft ook advies met betrekking tot scheiden. Onduidelijk is welk advies of welke informatie er wordt geven. Zoals inmiddels wel duidelijk is, zal het qua adviseren niet snel onder de Wft komen te vallen. Dit omdat het dan echt een advies moet zijn over een specifiek product van een maatschappij, terwijl bemiddelen al het doorgeven van informatie aan een maatschappij anders dan contact gegevens is. De minister heeft het tot nu toe alleen maar over adviseren gehad en niet over bemiddelen. Is het zo dat er vanuit het geldloket geen enkele brief richting een verzekeraar of pensioenverstrekker gaat om een eventuele wijziging door te geven? Dat is natuurlijk moeilijk na te gaan, maar duidelijk mag

zijn dat als dit wel het geval zou zijn, het wordt gezien als bemiddelen. Daarnaast staat dit alles haaks op het wijzigingsbesluit financiële markten 2013. Doel is een hoger basis niveau en voor iedere adviseur een diploma eis. Voor personen die alleen klantcontact hebben, dus niet adviseren maar alleen informeren, is er de vakbekwaamheidseis. Aangezien er bij het geldloket volgens minister de Jager alleen informatie wordt gegeven, is minimaal de vakbekwaamheidseis vereist. Hoe hier invulling aan wordt gegeven is niet duidelijk. Wat betreft advies over scheiden kan worden verwezen naar wat al in vorige hoofdstukken is geschreven. Bij scheiding spelen dusdanig veel zaken een rol (psychologisch, juridisch en financieel), dat zelfs het geven van informatie tot een verkeerd beeld bij de cliënt kan leiden. Mocht deze later dan in een mediation terecht komen en de informatie - welke misschien niet of maar gedeelte juist is geweest - als waar bestempelen, kan dit leiden tot wantrouwen tegen over de mediator en in het slechte geval tot het stoppen van de mediation danwel eindigen in een rechtszaak.

6.7 Conclusie

Het bovenstaande gezegd hebbende, is het duidelijk dat er snel iets moet worden gedaan aan het beroep mediator. De project groep heeft deskundigheidseisen omschreven. Het is de bedoeling deze in te voeren voor toevoegingen. Hiermee is er al wel een stap in de goede richting gezet, maar dit alles gaat nog niet ver genoeg. Vooralsnog gaat het namelijk alleen om de kwaliteitseisen die van toepassing zijn op advocaten en mediators welke in aanmerking willen komen voor die toevoegingen, en dat zou eigenlijk voor de gehele beroepsgroep moeten gaan gelden.

7 Samenvatting, Conclusie en Aanbevelingen

In deze scriptie is onderzocht of een mediator welke die zich bezighoudt met scheidingszaken en ook de financiële kant van de scheiding behandelt, onder de Wet financiële toezicht valt. De centrale vraag was dan ook: in hoeverre valt een mediator bij echtscheidingen onder de Wet financieel toezicht. In dit hoofdstuk zal eerst een korte samenvatting worden gegeven, waarna de conclusie en aanbevelingen volgen.

7.1 Samenvatting

7.1.1 Oplossingen voor conflicten

Mediation is een vorm van Alternative Dispute Resolution, in het Nederlands ook wel Anders Dan Rechtspraak genoemd. Mediation is toepasbaar op verschillende gebieden, onder andere arbeidsconflicten, afwikkeling van nalatenschappen en echtscheidingen. Door het Europese parlement en de Raad van de Europese Unie, is er aan alle lidstaten de verplichting opgelegd om voor 21 mei 2011 de Europese richtlijn voor mediation te implementeren welke toeziet op grensoverschrijdende mediation. In deze richtlijn is de definitie weergegeven van een mediator en wordt verschoningsrecht toegekend. De minister van Justitie wil deze richtlijn ook doorvoeren voor interne geschillen. Dit wordt tot op heden echter door de Kamer tegen gehouden, omdat iedereen zich momenteel mediator kan noemen en daardoor beroepen op zijn/haar verschoningsrecht. De minister wil het verschoningsrecht alleen toekennen aan een gekwalificeerde groep beroepsbeoefenaars en denkt hierbij aan mediators die zijn aangesloten bij het Nederlands Mediation Instituut (NMI). Het NMI is opgericht in 1993 en heeft tot doel zich bezig te houden met de kwaliteit van mediation in Nederland. De titel NMI mediator is een beschermde titel. Om zich te laten registreren moet de mediator een basisopleiding volgen en slagen voor de kennistoets. Het aantal ingeschreven mediators was in 2011 rond de 3000. De mediator is gebonden aan de gedragsregels van het NMI en dient zijn/haar werkzaamheden derhalve uit te voeren volgens de regels van het NMI Mediation Reglement. Om de kwaliteit te waarborgen is er een klachtenregeling en tuchtrechtspraak.

7.1.2 Mediation bij echtscheidingen

Eén op de drie huwelijken loopt uit op een echtscheiding. Waar er vroeger voor gekozen werd om beide een advocaat in de arm te nemen, zien we nu dat men veelal beslist samen te scheiden. Bedroeg dit in 1999 nog 48,4 % op gezamenlijk verzoek, in 2007 was dit percentage al toegenomen tot 60,1%.

Het mediationproces dat bij echtscheidingen wordt gevolgd, bestaat uit de volgende stappen. Als eerste, de scheidingsmelding. Dit is de belangrijkste stap, maar wordt desondanks regelmatig en gemakkelijk overgeslagen door mediators. Bij deze stap maakt de partner die het initiatief tot scheiding genomen heeft, duidelijk waarom hij of zij tot dit besluit is gekomen en dat er echt geen andere opties meer zijn. Pas als beiden accepteren dat scheiden de enige oplossing is, kan de mediator verder met het proces.

De volgende stap is het maken van een ouderschapsplan. Dit is verplicht als er sprake is van betrokken minderjarige kinderen. Tijdens deze stap zal er alleen maar over de omgang en opvoeding van de kinderen worden gesproken en niet over financiële zaken. Nadat beiden akkoord zijn gegaan met het ouderschapsplan, kan de onderhandelingsfase worden gestart. Hierin komen zaken aan de orde als verdeling van de goederen, hierbij vanzelfsprekend rekening houdend met het huwelijksgoederenregime waaronder men is gehuwd. Verder zal er gekeken worden naar kinder- en of partneralimentatie, hoe om te gaan met de eigen woning en het wel of niet toepassen van de wet pensioenverevening. Daarnaast spelen er misschien nog zaken met lopende polissen een rol; zoals kapitaalverzekeringen, lijfrentepolissen en dergelijke.

7.1.3 Wet op het financieel toezicht

De wet op het financieel toezicht is een functioneel toezicht model. Het prudentieel toezicht is ondergebracht bij de Nederlandsche Bank (DNB) en het gedragstoezicht bij de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Om te mogen aanbieden, adviseren of bemiddelen is een vergunning nodig - af te geven door de AFM. Voor elke activiteit dient een aparte vergunning te worden aangevraagd. In de Wft worden diverse definities weergegeven. In het kader van deze scriptie behandelen we er hier een paar en geven de uitleg die is voortgekomen uit vragen en antwoorden van de minister en de AFM.

Adviseren is het aanbevelen van danwel advies geven over een concreet product van een bepaalde aanbieder. Het aanbevelen van een productsoort wordt gezien als informeren.

Alleen het geven van concreet product advies valt dus onder de Wft. Voor adviseren is er vrijstelling opgenomen in artikel 5 van de vrijstellingsregeling Wft.

Bemiddelen is een ruimer begrip. Volgens de uitleg van de AFM en uit de memorie van toelichting is duidelijk geworden dat alleen het doorgeven van contact gegevens aan een aanbieder of bemiddelaar niet als bemiddeling wordt gezien. Al het overige (zoals bijvoorbeeld het innen van premies, het bijstaan van een cliënt die een aanbieder wil aanspreken op of over een overeenkomst - denk aan claimen van een schade), wordt gezien als bemiddelen. Voor bemiddelen is geen vrijstelling opgenomen in de Wft.

Om in aanmerking te komen voor een vergunning zal er per Wft module een examen moeten worden afgelegd. Op dit moment zijn er een zevental modules. Wie er binnen een onderneming een diploma moet hebben, is door de AFM onderverdeeld in drie groepen. De eerste groep zijn dagelijkse beleidsbepalers. Als zij niet adviseren, is er alleen een eis dat zij deskundig zijn met het oog op de uitoefening van de bedrijfsvoering van een financiële onderneming.

De tweede groep zijn de feitelijk leidinggevendenden. Deze groep dient in het bezit te zijn van een diploma. Voor ondernemingen met meer dan 50 medewerkers is deze eis er echter niet, mits ze kunnen waarborgen dat er sprake is van een deskundige financiële dienstverlening. De laatste groep zijn de werknemers. Voor deze groep is er geen diploma eis. Wel moet de financiële onderneming kunnen aantonen dat de werknemer vakbekwaam is.

De minister heeft aangegeven dat vanaf 1 januari 2013 een ieder die advies geeft in het bezit dient te zijn van een diploma. Er is wel sprake van een overgangsregeling, maar uiteindelijk zal uiterlijk 1 juli 2015 elke adviseur die advies geeft een diploma moeten hebben. Om een hoger basisoniveau te krijgen binnen de financiële dienstverlening, plus uitbreiding van kennisvereisten met vaardigheden en competenties, is er een wijzigingsbesluit financiële markten 2013 gepubliceerd. Hierin is een nieuw vakbekwaamheidsbouwwerk opgenomen. Het College Deskundigheid Financiële Dienstverlening (CDFD) heeft een voorstel gedaan voor een nieuw bouwwerk. Hierin zijn een achttal soorten adviseur benoemd en de modules waaraan moet worden voldaan om in aanmerking te komen voor het vereiste diploma.

7.2 Conclusie

Bij echtscheidingen wordt steeds vaker een beroep gedaan op een mediator. Dit kan gaan om een advocaat, financieel adviseur of bijvoorbeeld een relatietherapeut. Allen kunnen zich namelijk mediator noemen, aangezien dit geen beschermde titel is. Alleen de titel NMI-mediator mag worden gebruikt door mediators die een opleiding hebben gevolgd welke is goedgekeurd door het NMI.

De centrale vraag van deze scriptie is: in hoeverre valt mediation bij echtscheidingen onder de Wet financieel toezicht. Er is geen onderscheid gemaakt tussen wel of geen NMI-mediator en de eventuele achtergrond van de mediator.

Geconcludeerd kan worden dat zolang de mediator geen advies geeft over een specifiek product van een bepaalde aanbieder hij of zij voor wat betreft adviseren niet onder de Wft valt. Het is anders als de mediator meer dan contact gegevens gaat doorgeven aan een (pensioen)verzekeraar, in de Wft ook wel aanbieder genoemd. Op dat moment is hij/zij volgens de AFM aan het bemiddelen en dient daarvoor in het bezit te zijn van een vergunning afgegeven door de AFM.

Als een adviseur wel in het bezit is van een vergunning, is er nog de vraag of wel alle activiteiten worden afdekt. Vanaf 1 januari 2012 is er een nieuwe module Wft pensioenverzekeringen ingevoerd die de adviseur moet behalen om te mogen adviseren en/of bemiddelen in tweede pijlerpensioen(en) onderbracht bij een verzekeraar. Als een mediator, die niet in het bezit is van de module, toch een wijziging doorgeeft aan de pensioenverzekeraar, is hij/zij aan het bemiddelen en derhalve dan ook in overtreding.

Voor de groep mediators die wel alle benodigde Wft modules hebben behaald, is het bovenstaande ook van toepassing. Maar mocht deze mediator meer dan contact gegevens doorgeven en daardoor dus aan het bemiddelen zijn, valt dit wel onder de Wft. Er is geen sprake van een overtreding aangezien de benodigde vergunningen aanwezig zijn, maar het valt hiermee ook onder toezicht van de AFM.

De AFM heeft de bevoegdheid tot vorderen van inlichtingen, betreden van plaatsen, en inzage in gegevens. Omdat mediation niet volgens vaste regels kan worden uitgevoerd, en er soms in onderhandelingen zaken anders worden afgesproken welke misschien voor een buitenstaander niet logisch zijn, is de vraag hoe de AFM wil gaan controleren of de mediator wel juist heeft gehandeld. Als een mediator aan een pensioenverzekeraar doorgeeft dat er afstand wordt gedaan van WVPS en PW, is de mediator aan het bemiddelen. Als de AFM bij

controle concludeert dat dit niet had gemogen, is de mediator daarmee in overtreding. De mediator kan dit dan door het schrijven van een rapport met daarin de overwegingen misschien wel onderbouwen, maar mocht de AFM toch van mening blijven dat dit niet correct was, kan er een boete worden opgelegd. Tegen deze beslissing is dan beroep mogelijk bij de bestuursrechter, die dan een uitspraak zal moeten doen. De bestuursrechter moet vaststellen of de mediator aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Gezien de vertrouwelijkheid van mediation lijkt het niet wenselijk dat stukken ook nog openbaar kunnen worden gemaakt.

Nu zal een mediator niet vaak adviseren, maar het kan voorkomen dat een mediator een advies geeft om een bepaalde verzekering af te kopen. Volgens de definitie van adviseren gaat het om het geven van een concreet advies. Bovenstaand is daar sprake van. De mediator geeft een advies om een bepaalde verzekering, en dus concreet product, van een concrete aanbieder af te kopen. In de Wft is opgenomen dat het om een passend advies moet gaan. Hier wordt uitgegaan van het 'in uw klant's principe'⁴⁷. Om een passend advies te geven wint de mediator bij de cliënt informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid. Verder staat er in dit artikel dat deze informatie moet worden ingewonnen voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor zijn/haar advies. Wat de mediator doet is het in kaart brengen van de financiële situatie van de cliënten, maar alleen om dit later te kunnen verdelen. Als echter de Wft wordt gevolgd, zal er - om tot een advies te komen een verzekering af te kopen - wel degelijk meer dan alleen geïnventariseerd moeten worden. Nu is de vraag welke informatie relevant is. Daar kan verschillend over worden gedacht. Als een mediator een dergelijk advies geeft, begeeft hij/zij zich dus op glad ijs. Het advies zou zijn om dit niet te doen, maar cliënten verwachten dit wel van een mediator.

Om problemen te voorkomen zou er in de Wft opgenomen kunnen worden dat een mediator, die gaat adviseren en/of bemiddelen, en in het bezit is van een vergunning wat betreft deze werkzaamheden, niet onder toezicht van de AFM valt. Het zou dan zodanig specifiek moeten worden omschreven dat er geen misbruik van gemaakt kan worden.

Samenvattend kunnen we dus stellen dat zolang een mediator geen specifiek product van een bepaalde maatschappij adviseert en niet namens de cliënten communiceert met bemiddelaars hij/zij niet onder de Wft valt. Een vergunning is derhalve niet noodzakelijk. Als er meer dan alleen contactgegevens wordt doorgegeven, is er sprake van bemiddelen. Het

⁴⁷ Artikel 4:23 Wet financieel toezicht

geven van een advies om een verzekering van een maatschappij af te kopen kan worden gezien als adviseren. Voor beiden is dan ook een vergunning van de AFM noodzakelijk. Voor de groep mediators die in het bezit zijn van de benodigde vergunningen, zou een uitzondering in de Wft moeten worden opgenomen. Enerzijds om de vertrouwelijkheid te waarborgen en anderzijds om een en ander werkbaar te houden. Te denken valt aan een omschrijving in de Wft met als strekking dat indien een mediator in het bezit is van de juiste vergunning en namens cliënten wijzigingen op de polis laat doorvoeren, zoals bijvoorbeeld het doorvoeren van de wet pensioenvereffening, dit niet wordt gezien als bemiddelen. Voor wat betreft het adviseren ligt het wat gecompliceerder. Als de conclusie is, op basis van de gesprekken, om een verzekeringspolis af te kopen, dan is het niet wenselijk dat er dan toch kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid in beeld zou moeten worden gebracht. Tevens is het bij een controle door de AFM altijd moeilijk te bepalen of de beslissing een polis af te kopen nu wel de juiste is geweest. Er spelen naast de financiële overweging namelijk ook vaak emoties een rol. Als de mediator dit advies heeft gegeven, zou het vastleggen waarom dit is gedaan en ondertekend door beide cliënten, voldoende moeten zijn voor de AFM om deze beslissing niet in twijfel te trekken. Het opnemen in het convenant zou daarbij ook tot de mogelijkheden kunnen behoren.

7.3 Aanbevelingen

Duidelijk is geworden dat er op het gebied van mediation nog veel te verbeteren valt. De wetgever en de AFM richten hun aandacht voornamelijk op intermediair die financieel advies geven. Zaken als overlijden, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid en de pensioen situatie moeten in kaart worden gebracht. Zelfs de situatie zoals die zich voordoet bij een eventuele echtscheiding of relatiebreuk dient besproken te worden. Het is daarom vreemd dat zodra deze laatste situatie zich voordoet, er ineens geen enkel toezicht meer is.

Voor de consument is van te voren niet te bepalen of de mediator de kennis in huis heeft om beiden te helpen om de juiste beslissing te nemen en te voorkomen dat er zich achteraf juridische- of fiscale problemen voordoen. Hieronder zullen een aantal suggesties worden gedaan om het vak mediation beter te reguleren en voor de consument meer inzicht te geven in wat er van een mediator te verwachten valt.

7.3.1 Register

Voor consumenten is het lastig te bepalen of de mediator ook vakbekwaam is. Het invoeren van een openbaar register waarin alle mediators zich moeten inschrijven is daarom ook noodzakelijk. Het uiteindelijke doel moet zijn dat er zich in het register alleen mediators kunnen inschrijven die aan de kwaliteitseisen, zoals gesteld door de overheid, voldoen. Gezien het feit dat iedereen de kans moet krijgen om aan deze eisen te voldoen, zou er een overgangsregeling van toepassing kunnen zijn - bijvoorbeeld van drie jaar. Tijdens deze drie jaar kan iedereen die nu werkzaam is in de mediation zich inschrijven. Verder zal in het register worden opgenomen voor welk type van conflicten de mediator kan worden benaderd. Daarnaast is er nog de mogelijkheid om aan te geven op welke andere vakgebieden de mediator nog meer actief is: denk hierbij aan advocaat, financieel adviseur of relatietherapeut. Op deze manier is het voor een consument direct inzichtelijk bij welke mediator ze terecht kunnen met hun conflict en wat de achtergrond van de mediator is. Op dit moment is er een register van NMI mediators waarin dat al enigszins is ingeregeld. Verder is er nog een Register Financieel echtscheidingsadviseur Particulier en/of ondernemers (RFEA). In dit register kan men opgenomen worden na het behalen van het examen, afgenomen door Fontys Hogeschool Financieel Management. De personen opgenomen in dit register hebben voornamelijk de financiële kant van de echtscheiding

onder de knie. Het nieuw op te zetten register heeft als basis de NMI opleiding en kan worden aangevuld met de specialisaties.

Alleen personen opgenomen in het register, en van de specialisatie echtscheiding voorzien, zijn bevoegd tot het uitoefenen van het vak echtscheidingsmediator.

7.3.2 Opleiding en titel

Op dit moment zijn er meerdere benamingen voor mensen die zich bezig houden met echtscheidingen. Een aantal benamingen zijn scheidingsplanner, scheidingsmakelaar, echtscheidingsadviseur, mediator en NMI mediator. Voor de consument is het in zijn geheel niet duidelijk wat voor opleiding de desbetreffende mediator heeft gehad en of deze dus wel bekwaam is om hen te helpen met de scheiding.

We hebben vastgesteld dat cliënten die gaan scheiden dingen vaak alleen vanuit een zakelijk oogpunt bekijken. Vragen als hoeveel alimentatie krijg ik of moet ik betalen en wat gaat er met het huis gebeuren, worden als eerste gesteld. Dat daarmee het hele aspect van de scheidingsmelding wordt overgeslagen, komt hen meestal wel goed uit. Men praat niet graag over emoties. De keuze zal dus al snel vallen op een persoon die de scheiding vanuit een zakelijk oogpunt benaderd. Dit kan later mogelijk tot problemen leiden, omdat er toch geen acceptatie is of er nog steeds zaken niet zijn uitgesproken. Als er kinderen zijn, en het eerder genoemde doet zich voor, wordt dit vaak als pressie middel gebruikt.

Om als mediator aan de slag te kunnen, is het hebben van een opleiding gegeven door een NMI erkend instituut een must. Op dit moment is er de basisopleiding, welke voldoet om het vak mediator te leren. Daarnaast zijn er specialisatie opleidingen, zoals die voor echtscheidingsmediator, welke gevolgd zouden moeten worden om zich als dusdanig in te schrijven in een nieuw op te zetten register. Als daarnaast ook de financiële kant van de scheiding wordt behandeld door de echtscheidingsmediator zou deze over financiële, fiscale en juridische kennis moeten beschikken. De vraag is echter hoever deze kennis moet reiken. Duidelijk is inmiddels dat een mediator snel onder de Wft kan komen te vallen. Gezien dit feit zou een diploma Wft basis, aangevuld met een nieuw in te voeren module Wft echtscheidingen, wenselijk zijn. Aangezien het idee achter het nieuwe vakbekwaamheidsbouwerk is om een achttal type adviseurs in te voeren, zou er nog een negende aan toe gevoegd kunnen worden - en wel adviseur echtscheidingen. Het lijkt niet wenselijk een mediator alle Wft diploma's te laten behalen die eventueel van toepassing kunnen zijn bij een echtscheiding. Een andere mogelijkheid zou bijvoorbeeld de verplichtstelling van het behalen van de titel RFEA kunnen zijn.

7.3.3 Gedragsregels

Van belang is dat er duidelijke spelregels zijn, die gelden tijdens de begeleiding van een echtscheiding. Onpartijdigheid staat daarin centraal. Als we naar de gedragsregels voor de NMI registermediator kijken⁴⁸, zien we daarin de onafhankelijkheid en onpartijdigheid beschreven. Alle personen die zich bezig houden met het begeleiden van een echtscheiding zouden zich moeten conformeren aan deze gedragsregels. Het zou anders kunnen zijn dat er naast het regelen van de scheiding nog een ander belang is. Denk hierbij aan het regelen van de hypotheek voor de cliënt die de woning gaat overnemen. Dit kan leiden tot een situatie waarin er toch gestuurd gaat worden. Er is namelijk een belang bij de uitkomst. Als we de gedragscode van het RFEA⁴⁹ bekijken, dan zien we dat het volgens deze gedragscode wel mogelijk is om na advisering aan beide inzake een scheiding, nadien één van de partijen te adviseren. Dit moet wel met schriftelijke toestemming van beiden, maar ondanks dat is het de vraag of dit later niet tot problemen zal leiden.

7.3.4 Klachtenregeling

Het is wenselijk één loket te hebben waar mensen een klacht kunnen indienen. Aangezien het uitgangspunt mediation is, lijkt de NMI-klachtenregeling het meest voor de hand liggend. Voorstel is dat ook mediators met een psychologische achtergrond scheidingen kunnen begeleiden, mits zij dan niet de financiële kant ook behandelen.

7.3.5 Indienen bij de rechtbank

Voor het indienen van een echtscheiding bij de rechtbank is het in Nederland nog steeds zo dat dit door een advocaat moet gebeuren. Op dit moment kan iedereen zich nog mediator noemen en is de advocaat zeker een toegevoegde waarde. Door alles na te lezen kan de advocaat er op toezien dat er geen juridische blunders worden gemaakt. Als bovenstaande aanbevelingen worden overgenomen, is de kennis van de mediator meer dan voldoende. De mediator kan dan zelf het ouderschapsplan plus convent schrijven en bespreken met de cliënten. De toegevoegde waarde van een advocaat is hierdoor een stuk minder en voor

⁴⁸ Zie bijlage 3

⁴⁹ Zie bijlage 4

cliënten alleen maar kosten verhogend. Het zou daarom wenselijk zijn dat ook geregistreerde mediators met een specialisatie in echtscheidingen, een verzoek tot echtscheiding mogen indienen bij de rechtbank.

7.3.6 Samenvatting

De werkgroep echtscheidingen heeft in haar rapportage een beroepsprofiel familiemediator weergegeven⁵⁰ welke is ontwikkeld door het NMI. Hierin worden duidelijke definities weergegeven en is er een omschrijving waaraan een familiemediator zou moeten voldoen. Het advies is om een ieder die zich bezig houdt met echtscheidingen, en daarbij ook de financiële kant wil behandelen, aan dit profiel te laten voldoen. De politiek zou dit, gezien het belang, dan ook met voorrang moeten behandelen. De VVD heeft op 2 december 2011 een nota verzonden (Steur, 2011) waarin voorgesteld wordt om mediation wettelijk te verankeren. Omdat dit niet van vandaag op morgen is geregeld, zou een tussenweg voor nu al een hele stap in de goede richting zijn. Als onderstaande zaken geregeld zouden zijn, is er al een grote stap gemaakt naar de professionalisering van het beroep mediator.

- 1) Alleen personen die een opleiding hebben gevolgd die door de NMI is aangewezen, mag zich mediator noemen.
- 2) Echtscheidingen mogen alleen nog maar worden begeleidt door mediators.
- 3) Een mediator die ook de financiële kant van de echtscheiding behandelt en begeleidt moet financiële, fiscale en juridische kennis hebben van zaken welke spelen tijdens een echtscheiding.
- 4) Er komt een openbaar register met daarin iedereen die echtscheidingen mag begeleiden.
- 5) De gedragsregels en klachtenregeling van de NMI worden aangehouden voor elke mediator.
- 6) Het indienen van het echtscheidingsverzoek bij de rechtbank kan worden gedaan door de mediator.

⁵⁰ Zie bijlage 5

8 Literatuurlijst

- Beest P.A.ter (2012). De Wft in de praktijk. *Novak accountantsmagazine*, juni 2012
- Bijloo, I. (2010). *Europa in de ban van Mediation*. Masterscriptie, Universiteit van Utrecht.
- Bragt I. van, P.J.M. Meertens, M.J.P.C. Steinbusch (2007). De directeurgrootaandeelhouder en zijn bv. Amersfoort: Sdu fiscale & Financiële uitgevers (tweede druk).
- Brenninkmeijer, A.F.M., H.J. Bonenkamp, K. van Oyen en H.C.M. Prein (red.) (2009). *Handboek Mediation*. Den Haag: Sdu uitgevers.
- Chin-A-Fat, B.E.S. (2004). *Scheiden: (ter)echter zonder rechter? Een onderzoek naar de meerwaarde van scheidingsbemiddeling*. Den Haag: Sdu uitgevers.
- Chin-A-Fat, B.E.S. (2011). Scheiden anno 2011. Over depolarisering, mediation en overlegscheiding. *Justitiële verkenningen*, (6).
- Dijkstra, E. (2009). Wanneer je er samen niet meer uitkomt de regeling van mediation onder de Nederlandse, Europese en Belgische loep. Masterscriptie, Universiteit van Utrecht.
- Ermers, J.H. (2010). *Zorgplichten bij financiële dienstverlening: twee normenstelsels. Een onderzoek naar het mogelijkheden van het gebruik van publiekrechtelijke gedragsregels in privaatrechtelijke verhoudingen*. Masterscriptie Nederlands recht, Open universiteit Nederland.
- Geerts, G. en H. Heestermans (1992). Van Dale, groot woordenboek der Nederlandse taal. Utrecht: van Dale lexicografie (twaalfde druk in de nieuwe spelling, 1^e druk 1864).
- Hoefnagels, G.P. (2006). *Gelukkig getrouwd, gelukkig gescheiden*. Amsterdam: Uitgeverij L.J. Veen (zevende, geactualiseerde druk, 1^e druk 1995).
- Hoefnagels, G.P. (2007). *Handboek scheidingsbemiddeling*. Deventer: Kluwer (derde, geactualiseerde druk, 1^e druk 2000).
- Inzicht (2012). Iedere adviseur een diploma. *Relatiemagazine van de AFM*, (28), 16-17
- Kraus, M. (2011). Mediation in de fiscaliteit. Masterscriptie, Universiteit van Amsterdam.
- Kluwer (red.) (2007). *Het boek met oplossingen voor hypotheek en effecten 2007. Het standaardwerk voor de hypotheekadviseur en financieel adviseur*. Deventer: Kluwer
- Luchtman, M.J.J.P (2007). *Grensoverschrijdende sfeercumulatie, Over de handhavingssamenwerking tussen financiële toezichthouders, fiscale autoriteiten en justitiële autoriteiten in EU-verband*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Mac Gillavry, D.H.D. (2002). *Scheidingsbemiddeling*. Houten: Bohn Stafleu Van Loghum.
- Opstelten, I.W. (2011). De borging van de kwaliteit van mediation. Brief aan de voorzitter van de 2^e kamer.

- Prein, H.C.M. (2009). *Beroepsvaardigheden en interventietechnieken van de mediator*. Den Haag: Sdu uitgevers (derde, herziene druk).
- Schilperoort, H. (2011) Eindrapportage echtscheidingswerkgroep 3, versie 1.0
- Schonewille, M.A. (2012). *Toolkit Mediation*. Den Haag: Boom Lemma uitgevers (derde, herziene en uitgebreide druk, 1^e druk 2005).
- Singerdonk, K en G. Meesters (2007). *Kind en echtscheiding*. Amersfoort: Drukkerij Wilco (tweede druk, herziene druk, 1^e druk 2002).
- Sonneveldt, F en J.C.L. Zuiderwijk (2012). *(Echt)scheiding en fiscale aspecten*. Den Haag: Sdu uitgevers (10^e gewijzigde druk).
- Stegeman, R.A. en F.G.B. Graaf (red.) (2012). *Wet op het financieel toezicht*. Deventer: Kluwer (2^e druk, 1^e druk 2007).
- Veilbrief, A. (2011). NMI's peer review getest. *Tijdschrift conflicthantering*, nummer 7
- Vogels, R.J.M. (2011). De stand van mediation in Nederland.
- WFTNIVO (red.) (2011). *Wettenverzameling Wet op het financieel toezicht 2011*. Den Haag: Sdu uitgevers.
- Wit, J.J. de (2007). *Matrimonium et divorcium*. Proefschrift, Rijksuniversiteit Groningen.
- Wortmann, S.F.M. en J. van Duijvendijk-Brand (2005). *Compendium van het personen- en familierecht*. Deventer: Kluwer (negende druk).

Kamerstukken

- Kamerstukken II 2001-2002, 28 000 IXB, nr. 24
 Kamerstukken II 2001-2002, 28 122, nr. 2
 Kamerstukken II 2003-2004, 29 507, nr. 3
 Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 3
 Kamerstukken I 2011-2012, 32 555, nr. E
 Kamerstukken II 2011-2012, 32 545, nr. 2
 Kamerstukken II 2011-2012, 32 545, nr. 3
 Kamerstukken II 2011-2012, 32 545, nr. 8
 Kamerstukken II 2010-2011, 32 555, nr. 4

Overige Bronnen

- AFM nieuwsbrief financieel dienstverleners maart 2009
- CDFD (2012), Concept advies herziening Wft vakbekwaamheidsstructuur. Juli 2012
- Richtlijn 2008/52/EG, PdbEU2008, L 136/3

Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijke recht en handelsrecht, Brussel 19 april 2002, COM (2002) 196 definitief

Steur, G.A. van der (2011) VVD plan voor de wettelijke verankering van mediation.

Websites

Amweb (2012). Adfiz waakt voor taakoverschrijding geldloket.

(<http://www.amweb.nl/nieuws/nederland/adfiz-waakt-voor-taakoverschrijding-geldloket.184812.lynkx>) 2 september 2012.

Autoriteit Financiële Markten (2012). Geldloket beantwoordt vragen over geldzaken.

(<http://www.afm.nl/nl/professionals/afm-actueel/nieuws/2012/juni/geldloket.aspx>) 24 augustus 2012

Autoriteit Financiële Markten (2012). Vakbekwaamheid.

(<http://www.afm.nl/nl/professionals/diensten/veelgestelde-vragen/fd-vergunning/vakbekwaamheid.aspx>) 7 juli 2012

Autoriteit Financiële Markten (2012). Register financieel dienstverleners.

(<http://www.afm.nl/nl/professionals/registers/alle-huidige-registers.aspx?type={04EFAD81-E254-40FA-8728-94D90447AD4B}>) 26 juli 2012

Autoriteit Financiële Markten (2012). Interpretatie over pensioenadvies en bemiddeling door accountkantoren en actuariële adviesbureaus.

(<http://www.afm.nl/nl/professionals/regelgeving/interpretaties/pensioenadvisering.aspx>) 26 augustus 2012

Centraal bureau voor de Statistiek (2012). Aantal echtscheidingen neemt weer toe.

(<http://www.cbs.nl/nl-nl/menu/themas/bevolking/publicaties/artikelen/archief/2006/2006-1862-wm.htm>) 20 mei 2012

Centraal bureau voor de Statistiek (2012). Huwelijksontbindingen; door echtscheidingen en overlijden.

(<http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=37425ned&D1=3-9&D2=0,10,20,30,40,50,58-I&HDR=G1&STB=T&VW=T>) 20 mei 2012

Nederlands Mediation Instituut (2012) Niet tevreden over uw mediator? (http://www.nmi-mediation.nl/over_mediation/niet_tevreden_over_uw_mediator.php) 3 augustus 2012

Rijksoverheid (2012). Opening eerste geldloket.

(<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2012/05/24/20120623-geldloket.html>) 24 augustus 2012

Stichting Financiële Dienstverlening (2012)

(<http://www.stfd.nl/page.ocf?pageid=96&categorie=9&subcat=5>) 21 september 2012

9 Bijlage

Bijlage 1: Aan advocaten en mediators afgeven toevoegingen personen en familierecht
2009

Bijlage 2: Basisopleiding Advocaten Personen- en Familierecht

Bijlage 3: Gedragsregels voor de NMI registermediator

Bijlage 4: Gedragscode voor financieel echtscheidingsadviseurs, ingeschreven in het register

. financieel echtscheidingsadviseur gehouden door de stichting register financieel
. echtscheidingsadviseur

Bijlage 5: Het algemene beroepsprofiel Familiemediator (versie 2 NMI maart 2010)

**9.1 *Bijlage 1: Aan advocaten en mediators afgeven toevoegingen personen en
familierecht 2009***

Aan advocaten en mediators afgeven toevoegingen personen en familierecht 2009

Tabel 1: Afgegeven toevoegingen in het jaar 2009 in de Personen- en Familierecht m.u.v. afgiftecategorie P042, P080 en P090⁵¹

Aantal toevoegingen	1 t/m 5	6 t/m 10	11 t/m 15	16 t/m 20	21 t/m 25
Advocaten	1520	622	413	315	289
Mediators	105	59	35	34	29

Aantal toevoegingen	26 t/m 30	31 t/m 35	36 t/m 40	41 t/m 45	45 t/m 50
Advocaten	242	220	188	148	124
Mediators	30	28	24	18	9

Aantal toevoegingen	51 t/m 55	56 t/m 60	61 t/m 65	66 t/m 70	71 t/m 200
Advocaten	90	89	67	49	216
Mediators	10	13	11	8	45

Aantal toevoegingen	Totaal				
Advocaten	4590				
Mediators	458				

⁵¹ P042 = ondertoezichtstelling
P080 = voornaamswijziging
P090 = curatele/onderbewindstelling

9.2 Bijlage 2: Basisopleiding Advocaten Personen- en Familierecht

Basisopleiding Advocaten Personen- en Familierecht

De minimaal noodzakelijke inhoud, naar schatting 20 punts, zal bestaan uit:

materieel recht

de regelingen omtrent:

- huwelijk, echtscheiding en scheiding van tafel en bed
- ouderschap, verantwoordelijkheden
- afstamming, vaderschap, erkenning, ontkenning
- gezag over minderjarigen, omvang, geschillenregelingen
- omgang, zorg- en contactregelingen

de samenlevingsvormen:

- huwelijk, geregistreerd partnerschap
- niet-huwelijkse samenleving met samenlevingsovereenkomst
- niet-huwelijkse samenleving zonder samenlevingsovereenkomst
- consequenties daarvan voor de (juridische) band met de kinderen.

het huwelijksvermogensrecht, met name:

- gemeenschap, huwelijksvoorwaarden
- scheiding en deling van een huwelijksgemeenschap
- afwikkeling van de huwelijksvoorwaarden, verrekenbedingen
- kosten huishouding, verknochtheid, gemeenschapsschulden
- peildatum, waardering
- de fiscale consequenties daarvan.

de regelingen rond kinder- en partneralimentatie, met name van:

- de tremarapporten, tabel kosten van kinderen
- duur, verlenging
- artikel 1:160 BW problematiek
- alimentatierekensoftware

- co-ouderschapsconstructies
- de fiscale consequenties daarvan.

Kenbronnen van het internationaal privaatrecht inzake familie- en gezinskwesties

convenanten

globale instructie van wat bij convenant geregeld kan worden, met name:

- kwesties van openbare orde
- nihilbedingen
- overbedeling, onevenwichtigheden
- gedragsrechtelijke aspecten van het optreden voor beide partijen

procesrecht

procesrecht in echtscheidings- en andere familierechtelijke procedures, met name van:

- voorlopige voorzieningen, bodemprocedure, nevenverzoeken, procesreglementen, kort geding
- ontvankelijkheidsvereisten, vereisten ouderschapsplan

psychologie

een globale introductie in veel voorkomende patronen bij emotionele scheidingen:

- scheidingsmelding, rouwverwerking, ruziepatronen
- de rol van de sociale omgeving
- mogelijkheden en onmogelijkheden van mediation
- de overgang naar verantwoordelijk ouderschap
- ongelijkwaardigheden in de relatie - die niet op het eerste gezicht zichtbaar zijn - onderkennen

9.3 Bijlage 3: Gedragsregels voor de NMI registermediator

Gedragregels voor de NMI registermediator

Deze gedragsregels zijn een richtlijn voor het gedrag van de NMI-Mediator. Zij dienen tevens als informatievoorziening voor betrokkenen en als maatstaf voor de tuchtrechter bij het toetsen van het handelen van de Mediator⁵².

1 - Beroepsethiek en integriteit

De Mediator gedraagt zich zoals van een behoorlijk Mediator mag worden verwacht.

Toelichting

Deze gedragsregel is de basis voor het optreden van de mediator en de kapstok voor alle overige gedragsregels, die daarvan een uitwerking zijn. Integriteit is een kernwaarde voor de mediator. Van de mediator mag worden verwacht dat hij zijn professionele code en de algemene sociale en ethische normen en waarden naleeft en handhaaft, ook bij druk van buitenaf om hiervan af te wijken. De mediator treedt tenminste op als een redelijk bekwaam en redelijk handelend mediator.

2 - Transparantie

De Mediator verschaft Partijen duidelijkheid over het mediationproces.

Toelichting

Transparant handelen houdt in dat de mediator partijen duidelijkheid verschaft over het mediationproces, inclusief zijn eigen rol daarin. De mediator maakt kwesties met of tussen partijen bespreekbaar en is duidelijk over zijn aanpak en wat partijen van hem mogen verwachten. Openheid en duidelijkheid zijn essentieel voor het opbouwen van vertrouwen en een goede werkrelatie met partijen. De mediator voorkomt hiermee ook moeilijkheden in een later stadium.

3 - Partijautonomie

3.1 De Mediator zorgt dat de autonomie van Partijen is gewaarborgd.

3.2 De Mediator doet geen uitspraak over de Kwestie.

⁵² De met een hoofdletter aangeduide begrippen in deze Gedragregels verwijzen naar de definities van het NMI Mediation Reglement 2008, artikel 1.

Toelichting

De mediator bewaakt de autonomie van partijen en toetst hun commitment en vrijwillige deelname aan de mediation. De partijen maken zelf hun keuzes en dragen daarvoor ook de verantwoordelijkheid. De mediator staat tussen de partijen en ondersteunt hen in het maken van hun keuzes en het zoeken naar een oplossing. De mediator kan partijen daarbij waar nodig informatie verstrekken, zodat zij zich een weloverwogen beeld kunnen vormen en hun positie kunnen bepalen.

De mediator doet geen uitspraak over de kwestie of een onderdeel daarvan. Hij neemt dus geen beslissing over de inhoud van het conflict tussen partijen. De mediator is ook terughoudend in het geven van zijn mening of het geven van advies over wat een partij wel of niet zou moeten doen. Een mening of advies is doorgaans niet waarde vrij en onpartijdig en verdraagt zich lastig met de partijautonomie en de neutrale rol van de mediator. De mediator wijst partijen zo nodig op de mogelijkheid om externe adviseurs of deskundigen te raadplegen tijdens de mediation.

In het geval de mediator op uitdrukkelijk verzoek van alle partijen toch een al dan niet bindende uitspraak wil doen, zal hij duidelijk afstand moeten doen van zijn rol als mediator. Het moet voor partijen duidelijk zijn in welke hoedanigheid hij optreedt. Zo mogelijk legt de mediator deze rolwisseling schriftelijk vast.

4 - Onafhankelijkheid

4.1 De Mediator stelt zich onafhankelijk op. Hij heeft geen belang dat zijn onafhankelijkheid zou kunnen aantasten.

4.2 Indien de Mediator de Kwestie niet op een onafhankelijke wijze kan begeleiden, aanvaardt hij de opdracht niet of trekt hij zich terug.

Toelichting

De mediator die een belang bij de mediation heeft dat zijn onafhankelijkheid in de weg staat of zou kunnen staan, neemt zijn benoeming niet aan. Dit belang zou kunnen liggen in een persoonlijke of zakelijke relatie die de mediator of één van zijn kantoorgenoten heeft of heeft gehad met partijen of met één van hen, of in de uitkomst van de mediation. Hij dient zich ook bewust te zijn van de mogelijke schijn van afhankelijkheid en daar naar te handelen. De mediator verschaft partijen duidelijkheid over zijn positie indien zijn onafhankelijkheid ter discussie staat of zou kunnen staan. Vervolgens vraagt hij partijen of zij op deze basis met

hem verder willen. De mediator waakt ervoor dat hij zijn onafhankelijkheid zowel tijdens als na de mediation bewaart. Zo nodig trekt hij zich terug.

5 - Onpartijdigheid

5.1 De Mediator is er voor alle Partijen. Hij is onpartijdig en handelt zonder vooringenomenheid.

5.2 Indien de Mediator de Kwestie niet op een onpartijdige wijze kan begeleiden, aanvaardt hij de opdracht niet of trekt hij zich terug.

Toelichting

Kenmerkend voor de mediator is zijn neutrale, onpartijdige rol. De mediator is er voor alle partijen. Hij heeft een vertrouwenspositie ten opzichte van elk van hen. De mediator geeft in woord en daad geen blijk van een voorkeur voor of van afkeuring van (één van) partijen en handelt zonder vooringenomenheid jegens hen. Het vertrouwen bij partijen dat de mediator onpartijdig is, is essentieel voor de kwaliteit van het mediationproces.

De mediator treedt alleen in die kwesties op waarin hij zijn onpartijdigheid kan bewaren. Hij waakt er steeds voor dat zijn onpartijdigheid niet wordt aangetast door vooringenomenheid, gebaseerd op bijvoorbeeld persoonlijke kenmerken, positie, religie of achtergrond of door een oordeel over door partijen ingebrachte standpunten of belangen.

Van de mediator mag worden verwacht dat hij zichzelf kritisch volgt en zijn neutrale, onpartijdige positie doorlopend bewaakt. Als het voor de mediator onmogelijk is de mediation op een onpartijdige wijze te begeleiden, dan trekt hij zich daaruit terug.

6 - Vertrouwelijkheid

6.1 De Mediator waarborgt de vertrouwelijkheid van de Mediation.

6.2 De Mediator heeft een geheimhoudingsplicht.

6.3 De geheimhoudingsplicht duurt voort na de beëindiging van de Mediation.

Toelichting

Uitgangspunt is dat alles wat tijdens een mediation mondeling en schriftelijk wordt uitgewisseld, vertrouwelijk is. Deze informatie mag niet buiten de mediation tijdens of na afloop van de mediation worden gebruikt, tenzij partijen daarover expliciet afwijkende afspraken maken met elkaar en met de mediator bijvoorbeeld indien terugkoppeling nodig is

voor de voortgang van de mediation. Informatie die al openbaar of bekend was voor de mediation valt buiten de geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsplicht geldt voor alle betrokkenen bij het mediationproces en voor de mediator in het bijzonder als eerstverantwoordelijke voor het waarborgen van de vertrouwelijkheid.

De mediator heeft een geheimhoudingsplicht ten aanzien van alles wat hij in zijn hoedanigheid als mediator verneemt in zijn gesprekken met partijen en hun adviseurs, zowel plenair als afzonderlijk. Zijn geheimhoudingsplicht geldt ook voor verkennende gesprekken met partijen vóórdat met hen een mediationovereenkomst is gesloten. Een terugkoppeling van informatie door de mediator naar verwijzers of opdrachtgevers die verder gaat dan een kennisgeving van beëindiging van de mediation, gebeurt uitsluitend in overleg en met instemming van alle partijen.

De geheimhoudingsplicht van de mediator vervalt voor zover de mediator dit nodig heeft om zich te verweren in procedures, inclusief klacht- of tuchtprocedures.

Op de geheimhoudingsplicht van de mediator worden enkele uitzonderingen gemaakt die te vinden zijn in het NMI Mediation Reglement 2008.

7 - Competentie

De Mediator neemt een Mediation alleen aan wanneer hij over de nodige kwaliteiten beschikt om de Mediation goed te laten verlopen.

Toelichting

Van een mediator mag verwacht worden dat hij beschikt over de kennis, vaardigheden, beroepshouding en de persoonlijke kwaliteiten die nodig zijn om een goed verloop van de mediation te waarborgen. Is dat niet of in onvoldoende mate het geval, dan neemt hij de mediation niet aan. Mocht de mediator de zaak al hebben aangenomen, dan trekt hij zich terug.

Tot de van de mediator te verwachten kennis hoort kennis van communicatie en conflictoplossing, onderhandelingsconcepten en interventietechnieken. De te verwachten kennis kan ook inhoudelijke deskundigheid zijn op het terrein waarop het conflict zich afspeelt indien partijen de mediator juist met het oog daarop hebben benoemd. De

vaardigheden die van de mediator verwacht mogen worden zijn bijvoorbeeld interventietechnieken gericht op het verbeteren van de communicatie tussen partijen, het verhelderen van het probleem en de betrokken emoties en belangen en de begeleiding van de onderhandelingen tussen partijen. De mediator beschikt ook over meer technische vaardigheden, zoals het bespreken en afsluiten van een mediationovereenkomst en het (laten) vastleggen van afspraken in een vaststellingsovereenkomst.

Essentie van de beroepshouding is dat de mediator integer en betrouwbaar is, zijn vak naar beste kunnen uitoefent en de bereidheid heeft om zich doorlopend bij te scholen en verder te ontwikkelen als mediator. Persoonlijke kwaliteiten zijn essentieel voor de mediator. Van de mediator mag verwacht worden dat hij evenwichtig, flexibel, empathisch en doortastend is en dat hij goed kan opereren in een context waarin druk en tegenstrijdige belangen een onmiskenbare rol spelen.

8 - Werkwijze

8.1 De Mediator is verantwoordelijk voor het mediationproces en bewaakt het verloop daarvan.

8.2 De Mediator sluit voorafgaand aan de Mediation met alle Partijen een schriftelijke Mediationovereenkomst die tenminste de vertrouwelijkheid en vrijwilligheid omvat.

8.3 De Mediator betreft geen derden bij de Mediation, behoudens met toestemming van Partijen.

Toelichting

De essentie van de taak van de mediator is het bewaken van het mediationproces. De mediator behandelt de mediation met de nodige voortvarendheid en maakt daarvoor voldoende tijd beschikbaar. Hij geeft uitleg over het mediationproces, de inhoud van de mediationovereenkomst en het Reglement. De mediator verifieert of partijen begrijpen welke voorwaarden en consequenties er aan ondertekening van de mediationovereenkomst zijn verbonden. De mediator zorgt voor een evenwichtige behandeling van de kwestie en bevordert zoveel mogelijk dat iedere partij op gelijkwaardige wijze aan bod komt, in voldoende mate toegang heeft tot de benodigde informatie en de ruimte heeft om zo nodig financiële, juridische, psychologische of andere adviseurs te raadplegen.

De mediator is verantwoordelijk voor de contractuele vastlegging in de mediationovereenkomst van de geheimhoudingsplicht van partijen en hemzelf. Partijen

hebben geen wettelijke geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsplicht van partijen dient er primair voor om te bevorderen dat zij vrijuit kunnen spreken tijdens de mediationgesprekken en dat vertrouwen kan worden opgebouwd. Partijen bepalen samen de omvang van de geheimhoudingsplicht. Zij beoordelen of het voor de voortgang van de mediation nodig is dat met bepaalde personen buiten de mediationtafel overleg plaats heeft. De mediator draagt er zorg voor dat de omvang van de geheimhoudingsplicht wordt vastgelegd.

De mediator draagt er zorg voor dat derden die bij de mediation worden betrokken, een geheimhoudingsverklaring tekenen. De toestemming van partijen is niet nodig voor secretariële ondersteuning van de mediator bedoeld in artikel 6.1 van het Reglement.

9 - Tarief en kosten

9.1 De Mediator maakt met Partijen vooraf een afspraak over zijn tarief en de bijkomende kosten en legt deze afspraak vast in de Mediationovereenkomst.

9.2 Het is de Mediator toegestaan een vast bedrag voor de Mediation af te spreken.

9.3 De Mediator zorgt voor een duidelijke, inzichtelijke declaratie.

Toelichting

Bij de start van de mediation maakt de mediator een duidelijke afspraak over zijn tarief (of een vast bedrag voor de mediation) en eventuele bijkomende kosten. De mediator spreekt met partijen af wie de kosten van de mediation draagt. De mediator specificeert zijn declaratie op een heldere manier. Hij houdt een verrichtingenstaat bij en legt deze desgevraagd over, zodat het voor partijen inzichtelijk is voor welke werkzaamheden hij welke kosten in rekening brengt.

10 - Tuchtrect

De Mediator is onderworpen aan het tuchtrect conform het Reglement Stichting Tuchtrectspraak Mediators.

Toelichting

Iedere mediator die tijdens de aanvang van een mediation in het NMI Register staat ingeschreven, is aan dit tuchtrect onderworpen.

9.4 *Bijlage 4: Gedragscode voor financieel echtscheidingsadviseurs*

**ingeschreven in het register financieel echtscheidingsadviseur gehouden door
de stichting register financieel echtscheidingsadviseur**

GEDRAGSCODE VOOR FINANCIËEL ECHTSCHEIDINGSADVISEURS, INGESCHREVEN IN HET REGISTER FINANCIËEL ECHTSCHEIDINGSADVISEUR GEHOUDEN DOOR DE STICHTING REGISTER FINANCIËEL ECHTSCHEIDINGSADVISEUR

Artikel 1

In deze gedragscode wordt verstaan onder:

SRFEA de Stichting Register Financieel Echtscheidingsadviseur, gevestigd te Alkmaar.

RFEA de natuurlijke persoon, rechtspersoon of personenvennootschap die door de Stichting Register Financieel Echtscheidingsadviseur in het door haar gehouden register van Financieel Echtscheidingsadviseurs is ingeschreven.

Cliënt degene die zich voor advies tot een RFEA heeft gewend.

Artikel 2

Uitsluitend diegene die is ingeschreven in het register van RFEA's, gehouden door de SRFEA is gerechtigd zich te presenteren als Register Financieel Echtscheidingsadviseur (RFEA).

Artikel 3

Een RFEA verricht zijn diensten naar eer en geweten en met inachtneming van de nodige zorgvuldigheid. Een RFEA wilt in het belang van de cliënt bij deze informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid voor zover zulks redelijkerwijs relevant is voor de door de RFEA aan de cliënt te verlenen dienst. Zijn advies aan de cliënt houdt binnen grenzen van redelijkheid rekening met de persoon en de omstandigheden van de cliënt. Een RFEA onthoudt zich van advies, waarvan een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur behoort te beseffen dat dit niet in het belang van de cliënt is. Een RFEA geeft bij de uitvoering van zijn werkzaamheden voorrang aan het belang van de cliënt boven zijn eigen belang.

Artikel 4

Een RFEA draagt zorg dat van hem uitgaande informatie, adviezen gebaseerd op de aan de RFEA verstrekte informatie niet onjuist of misleidend zijn. Een RFEA draagt zorg dat van hem uitgaande reclame-uitingen niet misleidend zijn en is transparant in zijn reclame-uitingen zoals vastgelegd in artikel 9 van deze gedragscode.

Artikel 5

Een RFEA wijst de cliënt op substantiële risico's verbonden aan door hem verstrekte adviezen, verkochte of geadviseerde producten en diensten.

Artikel 6

Een RFEA draagt zorg dat de aansprakelijkheid jegens derden voor zijn werkzaamheden is gedekt middels een beroepsaansprakelijkheidsverzekering of andere financiële waarborgen.

Artikel 7

Een RFEA dient deskundig te zijn en te blijven op het gebied waarop hij zijn diensten aanbiedt. Een RFEA onthoudt zich van dienstverlening op gebieden waar hij onvoldoende deskundig is. Een RFEA dient zich permanent bij te scholen (onder andere door het volgen van trainingen en cursussen, het bijwonen van seminars), en tenminste de voorschriften van de SRFEA daaromtrent na te leven, zoals die bij reglement of bij circulaire aan de RFEA's worden bekend gemaakt.

Artikel 8

Een RFEA verricht zijn diensten in overeenstemming met de van toepassing zijnde wetten, regels en voorschriften van bevoegde toezichthouders en neemt de voorschriften, reglementen en besluiten van de SRFEA in acht.

Artikel 9

Een RFEA deelt vooraf aan de cliënt mee welke de kosten zijn van de dienstverlening, dan wel de wijze waarop die kosten worden berekend. Indien de RFEA direct of indirect een commercieel belang heeft bij de bemiddeling in financiële producten is de RFEA verplicht dit aan de cliënt voorafgaand aan het advies mede te delen en schriftelijk te bevestigen. De RFEA is naar de cliënt volledig transparant over de hoogte (in euro's) van het commercieel belang en het financiële product waarmee dit verband houdt.

Artikel 10

Een RFEA zal gegevens van en informatie over een cliënt, voor zover vertrouwelijk van aard, geheim houden tenzij een RFEA ingevolge wet, een rechterlijk vonnis of een uitspraak van een bevoegd tuchtrechtelijk college niet tot geheimhouding gehouden is. Deze geheimhoudingsverplichting geldt niet voor gegevens van en informatie over de cliënt in een geschil tussen de RFEA en de desbetreffende cliënt in behandeling bij een rechter, arbitrage of bindend adviescollege, of een tuchtrechtelijk college.

Artikel 11

Indien een RFEA één van beide bij de echtscheiding betrokken partijen heeft geadviseerd, is het de RFEA daarna uitsluitend toegestaan beide bij de echtscheiding betrokken partijen met betrekking tot de echtscheiding te adviseren nadat de andere partij schriftelijk is geïnformeerd over het feit dat de RFEA eenzijdig advies heeft verstrekt voorafgaand aan het wederzijds advies. Beide partijen dienen schriftelijk akkoord te gaan met het optreden als wederzijds adviseur voor beiden.

Indien een RFEA beide bij de echtscheiding betrokken partijen heeft geadviseerd, is het de RFEA daarna uitsluitend toegestaan alleen één van beide partijen met betrekking tot de echtscheiding te adviseren nadat beide partijen hier schriftelijk mee akkoord zijn gegaan.

Artikel 12

Een RFEA laat zich niet onnodig en/of louter ten behoeve van eigenbelang in negatieve zin uit over een collega-RFEA of een door deze verleende dienst. Een RFEA onthoudt zich ook anderszins van gedragingen en uitspraken die schade kunnen toebrengen aan de eer en het aanzien van de beroepsgroep van RFEA's.

Artikel 13

Een rechtspersoon of personenvennootschap die als RFEA is geregistreerd, draagt zorg dat de van haar uitgaande adviezen worden beoordeeld en (mede)ondertekend door tenminste één natuurlijk persoon die als RFEA is geregistreerd.

Artikel 14

Een RFEA handelt klachten van cliënten op een zorgvuldige en klantgerichte wijze af. Een cliënt of RFEA die van oordeel is door een handelen of nalaten van een RFEA in zijn belangen te zijn geschaad, kan dit handelen of nalaten ter beoordeling voorleggen aan de Commissie van Toezicht, ingesteld door de SRFEA.

Vastgesteld door het bestuur van de Stichting Register Financieel Echtscheidingsadviseur met terugwerkende kracht per 22 oktober 2009 op 23 november 2009.

9.5 *Bijlage 5: Het algemene beroepsprofiel Familiemediator*
(versie 2 NMI maart 2010)

Het algemene beroepsprofiel Familiemediator (versie 2 NMI maart 2010)

a. Definities

Familiemediation: professionele begeleiding bieden aan gezins- en familieleden zodat zij zelf zoveel mogelijk hun onderlinge problemen (familiekwesties) op kunnen lossen;

Familiekwesties:

1. invulling van het voortgezet ouderschap, waaronder : de zorgverdeling, invulling van het contact met de kinderen, het ouderschapsplan
2. beëindiging van een samenleving, ontbinding van een huwelijk of geregistreerd partnerschap en alle daaraan verbonden gevolgen;
3. afwikkeling van nalatenschappen;
4. overige conflicten gerezen tussen familieleden.

Familiemediator: de gecertificeerde mediator die zich heeft gekwalificeerd in het bieden van professionele begeleiding aan gezins- en familieleden zodat zij zelf zoveel mogelijk hun onderlinge problemen (familiekwesties) op kunnen lossen, zulks op basis van het gestelde in het Mediation Reglement van het Nederlands mediation Instituut (NMI) en de Gedragsregels voor mediators van het NMI of een daaraan door het NMI gelijkwaardig verklaarde kwalificatie.

Scheiding: het beëindigen van een affectieve relatie van gehuwde personen, personen met een geregistreerd partnerschap of ongehuwde personen.

b. Taken en verantwoordelijkheden Familiemediator:

De Familiemediator:

- onderzoekt of de familiemediation werkelijk overeenkomt met de wens van partijen;

- onderzoekt of partijen in staat zijn hun eigen belangen in het kader van de mediation te behartigen en verwijst partijen zo nodig en desgewenst naar andere professionals als dat niet het geval is;
- begeleidt partijen bij het proces van herkenning en benoeming van de betekenis en de gevolgen van de familiekwesitie(s) (scheiding, partner- en/of gezinscrisis) of verwijst hen zo nodig en desgewenst naar andere professionals voor hulp bij de verwerking en aanpassing;
- draagt er zorg voor dat partijen zich realiseren welke informatie voor hun keuzes relevant is en biedt hen voldoende gelegenheid die informatie te verkrijgen voordat partijen tot finale keuzes komen
- licht zo nodig ouders voor over en begeleidt hen bij het proces om te komen tot een zorgregeling voor de kinderen en het daarbij op te stellen ouderschapsplan;
- draagt er zorg voor dat partijen ten aanzien van de tussen hen bestaande familiekwesitie(s) weloverwogen tot hun keuzes komen, dat zij de strekking van door hen gemaakte keuzes volledig begrijpen en dat zij die keuzes ook wensen;
- is zo nodig alert op en handelt adequaat bij gebleken of vermoed psychopathologisch gedrag, huiselijk geweld en kindermishandeling en schakelt zo nodig en voor zover mogelijk de aangewezen instanties in.

Kennis- en opleidingsniveau en vaardigheden

De Familiemediator:

- voldoet aan de eisen van het beroepsprofiel Mediator⁵³;
- beschikt over kennis van en heeft ruime ervaring met alle gebruikelijke aspecten van de mediation tussen gezins- en familieleden in familiekwesities, hun interactie en omgevingsinvloeden, de juridische, psychologische, financiële en maatschappelijke factoren;

⁵³ Beroepsprofiel Mediator behorende bij het certificatieschema Gecertificeerd Mediator

- heeft kennis van en praktische ervaring met ouderschapsmodellen en de voorwaarden die aan ouders worden gesteld voor een succesvolle toepassing daarvan;
- kent de expertise en mogelijkheden van de verschillende professionals op het gebied van familiekwesties en schakelt deze in overleg met partijen tijdig in;
- maakt gebruik van intervisie en/of supervisie met mediators om te reflecteren op eigen houding en handelen en toont zich toegankelijk voor de feedback van collega-mediators of andere deskundigen;
- kent contra-indicaties voor mediation in gezinssituaties en familieverhoudingen;
- heeft uitgebreide kennis van de relevante maatschappelijke en juridische instituties rondom familiemediation;
- voldoet aan de eisen zoals hierna uitgewerkt onder psychologische kennis, juridische kennis en financiële/fiscale kennis.

Psychologische kennis

De Familiemediator:

- beschikt over basiskennis⁵⁴ van de psychische, sociale en fysieke factoren van een familiekwestie bij kinderen en volwassenen (o.a. rouw, depressieve gevoelens en overspannenheid);
- beschikt over basiskennis van de ontwikkelingsfases bij kinderen en volwassenen en de bijbehorende behoeften en gedragingen, in het bijzonder over gedragingen bij loyaliteitsconflicten en verlies;
- beschikt over kennis en kunde om te communiceren met kinderen;
- beschikt over basiskennis van de gevolgen van nieuw samengestelde gezinnen;

⁵⁴ Basiskennis = voldoende kennis om valkuilen te herkennen en tijdig naar een professionele derde te kunnen verwijzen.

- beschikt over basiskennis van de systeemtheorie, in het bijzonder van systemische processen binnen gezinnen en families;
- heeft basiskennis van relatiemodellen in gezinnen en families en kan de verschillende ruziemodellen herkennen;
- heeft basiskennis over culturele diversiteit bij mediation;
- kent de expertise en mogelijkheden van psychologische professionals op het gebied van familiekwetsies en schakelt deze in overleg met partijen zo nodig tijdig in, dan wel verwijst naar hen door.

Juridische kennis

De Familiemediator:

- heeft basiskennis van de wettelijke regelingen omtrent ouderschap, afstamming en gezag over minderjarigen;
- heeft basiskennis van het erfrecht (o.a. uiterste wilsbeschikking / erfgenamen/ legitimarissen / legitieme portie / executele);
- heeft basiskennis van de afwikkeling van pensioenaanspraken (o.a. A.O.W. en A.N.W. / Wet verevening pensioenrechten bij scheiding i.c. standaardverevening, anders verevenen en conversie/ Pensioenwet i.c. nabestaandenpensioen bij scheiding);
- heeft basiskennis van huwelijksvermogensrecht (o.a. afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden / scheiding en deling van een huwelijksgemeenschap / verrekenbeding / kosten huishouding / verknochtheid / peildatum / waardering)
- heeft basiskennis van het recht omtrent kinder- en partneralimentatie (o.a. toepassing Tremarapport / tabel kosten van kinderen / duur / 1:160 BW problematiek);
- heeft basiskennis rond processuele afwikkeling van echtscheidingen (voorlopige voorzieningen / bodemprocedure / nevenverzoeken / kort gedingprocedure);
- heeft basiskennis van samenlevingsvormen (huwelijk / geregistreerd partnerschap / niet huwelijkse samenleving met / zonder samenlevingsovereenkomst);

- heeft basiskennis van het internationaal privaatrecht m.b.t. familie- en gezinskwesties;
- kent de expertise en mogelijkheden van juridische professionals op het gebied van familiekwesties en schakelt deze in overleg met partijen zo nodig tijdig in, dan wel verwijst naar hen door.

Financiële/ fiscale kennis

De Familiemediator:

- kan een eenvoudige vermogensopstelling maken ten behoeve van de verdeling van een gemeenschap van goederen en/of de afwikkeling van huwelijksvoorwaarden;
- kan een eenvoudig overzicht maken van de kosten van levensonderhoud van de alimentatiegerechtigde ouder en van het/de alimentatiegerechtigde kind/kinderen ten behoeve van het globaal bepalen van de behoefte;
- kan een eenvoudige alimentatieberekening maken van de alimentatieplichtige volgens de gangbare Tremanormen ten behoeve van het globaal bepalen van de draagkracht;
- kent in geval van scheiding de standaardregeling van de Wet Verevening Pensioenrechten bij Scheiding voor wat betreft aanspraken op ouderdomspensioen en de standaardregeling van de Pensioenwet voor wat betreft aanspraken op nabestaandenpensioen;
- heeft basiskennis van de meest voorkomende fiscale aspecten van een scheiding, waaronder belastbaarheid / aftrekbaarheid van alimentatie, tijdstip van belastbaarheid van pensioenuitkeringen, belastbaarheid bij verdeling van een gemeenschap van goederen, belastbaarheid bij verdeling van een eigen woning, belastbaarheid van hypotheekrente;
- kent het verschil tussen kosten van huishouding en overgespaarde inkomsten;
- kent globaal het verschil in vermogensafwikkeling tussen partijen die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, partijen die onder

huwelijksvoorwaarden zijn gehuwd en partijen die ongehuwd samenleven;

- kent de expertise van en mogelijkheden van financiële en fiscale professionals op het gebied van familiekwesties schakelt deze in overleg met partijen zo nodig tijdig in, dan wel verwijst naar hen door.