

Aanbevelingen voor de volgende versie van het Wetsontwerp Mediation

Doel van de aanbevelingen

Formulering van aanbevelingen die steunen op een breed draagvlak bij de MfN (de daarin vertegenwoordigde mediatorsverenigingen), en die (tenzij anders aangegeven) mogelijk ook acceptabel kunnen zijn voor de Nederlandse Orde van Advocaten en de Raad voor de Rechtspraak.

Deelnemers schrijfgroep:

Maurits Barendrecht, John Bosnak, Martin Brink, Maarten de Haas, Peter Ingelse, Jos van Oijen, Aai Schaberg, Fred Schonewille, Judith Simon-Emaus, Jacques de Waart, Frederique van Zomeren.

MfN-bestuur:

De voorzitters van de zes mediatorsverenigingen die het MfN-bestuur vormen, te weten: NMv Frederique van Zomeren, vFAS Alexander Leuftink, NIP Renske de Graauw, VMN Michaël Lentze, NVMMMA Nicole Sjoer, VMO Frans Spekrijse, een onafhankelijk voorzitter in persoon van Maarten de Haas (tot januari 2019), Coşkun Çörüz (vanaf januari 2019).

1. Doel Mediationwet

Mediation is een methode van conflictoplossing die meer ingebed zou moeten worden in de samenleving en in het rechtsbestel vanwege het evidente nut dat die methode kan hebben naast andere vormen van conflictbeslechting die wij in Nederland kennen. De toegevoegde waarde van mediation is de combinatie van enerzijds de autonomie van partijen en anderzijds de deskundige begeleiding ten behoeve van een voor allen aanvaardbare oplossing. Wetgeving kan een bijdrage leveren aan de inbedding.

Doel van zo'n Mediationwet zou tweeledig moeten zijn: stimulering van mediation (zie bijlage 1), en het bewerkstelligen van een *evenwichtige samenhang* tussen mediation en behandeling in rechte. Dit laatste is een taak van de overheid zoals geformuleerd in artikel 1 van de Europese Mediationrichtlijn.

Regulering van het mediationberoep is geen doel van de wet hoewel een zekere regulering kan voortvloeien uit de andere doelen, waaronder de stimulering van het gebruik van mediation door onder meer een wettelijke verankering van het private kwaliteitssysteem. (Zie hierna sub 6).

2. Stimulering mediation

Aanwijzing aan partijen door de civiele en bestuursrechter

“Inverbindingstelling”, voortvloeiend uit de pre-processuele gedragsnorm, dat de ene partij de andere niet in rechte betreft alvorens in redelijkheid te hebben onderzocht of het mogelijk is het onderhavige geschil gezamenlijk op te lossen.¹ Ons voorstel is die inverbindingstelling (en de daarmee onlosmakelijk samenhangende conflictdiagnose) op de volgende wijze in de wetgeving in te bedden:

Nieuw artikel 3: 303a BW (in te voegen na artikel 3: 303 BW):

“Behoudens spoedvoorzieningen wordt geen rechtsvordering ingesteld zonder dat de eiser heeft onderzocht of het geschil door partijen in der minne kan worden opgelost. Hij doet dit onderzoek zo mogelijk tezamen met de wederpartij.”

¹ M. Barendrecht, P. Ingelse, F. Schonewille, J. de Waart en F. van Zomeren, ‘Van ‘in gebreke’ naar ‘in verbinding’, *NJB* 2018/1298, afl. 26, p. 1879-1880.

Een soortgelijke bepaling dient te worden opgenomen in de Algemene Wet Bestuursrecht: dat de burger of een andere partij bij conflicten met de overheid niet alleen de mogelijkheid heeft in bezwaar of beroep te gaan, oftewel de juridische weg te kiezen, maar op een gelijke manier de mogelijkheid heeft om voor mediation te kiezen.

Als "rechtsvorderlijk pendant" van het voorgestelde artikel 3:303a BW zou dan in de nieuwe wet een volgende bepaling kunnen worden opgenomen:

"De rechter kan in elke stand van het geding onderzoeken of er aanleiding is te trachten het geschil in mediation op te lossen, daartoe met partijen overleg voeren of voorstellen doen. Hij zal dat onderzoek in ieder geval doen, indien hem blijkt dat partijen in een door hen gesloten overeenkomst hebben bepaald dat zij in geval van een geschil eerst mediation zullen beproeven."

Als de wet inderdaad mediation wil bevorderen is het noodzakelijk dat partijen voor of in de aanvangsfase van een gerechtelijke procedure worden gemotiveerd om mediation te beproeven. De tekstvoorstellen hierboven overbruggen de verschillende standpunten van de stakeholders in de consultatie.

De rechter kan direct mediation voorstellen, maar ook -en dat zou minder dwingend kunnen overkomen- partijen adviseren zich te laten voorlichten door een mediationfunctionaris van de gerechtelijke organisatie.

De aanwijzing aan de bestuursrechter betekent ook dat van het overheidsorgaan dat partij is in een geschil verwacht wordt om voorafgaand aan de gang naar de rechter een analyse te hebben gemaakt van de klacht of het bezwaarschrift en met de indieners te hebben overlegd over de beste wijze van behandeling.

3. Geheimhouding

Wij volgen de oplossingsrichting, gekozen in de laatste versie van het wetsvoorstel: het formuleren van de geheimhoudingsplicht en het vervolgens overlaten aan de jurisprudentie om een beroep daarop in rechte te honoreren. De jurisprudentie kan daarbij rekening houden met de stand en regulering van het beroep van mediator in de praktijk.

Wat betreft de geheimhoudingsplicht van partijen: de crux van het beroep is het borgen van de vertrouwelijkheid/geheimhouding voor alle betrokkenen en dit moet worden uitgedragen. De jurisprudentie is hier niet altijd uniform. Belangrijk is dat het wetsvoorstel in de tekst en/of toelichting een duidelijke aanwijzing geeft aan de rechter om de vertrouwelijkheid, ook die van de in mediation ingebrachte schriftelijke stukken, te respecteren. De geheimhoudingsplicht van de mediator is gewaarborgd in zijn beroepsregels (zie voor de link tussen wet en beroepsregels hieronder sub 6). De geheimhoudingsplicht van partijen dient duidelijker te worden omschreven dan thans in het voorgestelde artikel 7: 470 BW: *"de mediation is vertrouwelijk, behoudens en voor zover anders voortvloeit uit de wet of de mediationovereenkomst."* Hierin weerspiegelt zich het dilemma waarin de rechter zich bevindt wanneer hij de vertrouwelijkheid moet afwegen tegen de waarheidsplicht van artikel 21 Rechtsvordering (Rv). De jurisprudentie beweegt zich weliswaar in de richting van het laten prevaleren van die vertrouwelijkheid² maar verdient een wettelijk steuntje in de rug.

Ons voorstel is dan ook om de afweging te doen plaatsvinden tussen vertrouwelijkheid enerzijds en dwingende redenen van openbare orde anderzijds, met name om de bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke

² Boshouwers, Jongbloed en Schonewille, *Rechtspraak mediation*, 3e herziene druk, SDU uitgevers Den Haag 2018, p. 39.

integriteit wordt aangetast, of indien openbaarmaking van de inhoud van de via mediation bereikte vaststellingsovereenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging daarvan.³

4. Toegang tot de rechter: mediationrechter

Het kan nuttig zijn om een rechterlijke interventie binnen een mediation te hebben. Een soepele toegang tot de rechter voor de mediator en/of partijen in mediation voor de oplossing van onderdelen van een conflict c.q. een rechtsvraag die hen verdeeld houdt zou de effectiviteit en het gebruik van mediation ten goede komen. Deze toegang zou bijvoorbeeld geregeld kunnen worden op de wijze zoals in het voorliggende wetsvoorstel is uitgewerkt, of langs de weg van artikel 96 Rv. Deze bijzondere rechterlijke voorziening in mediationzaken kan het karakter krijgen van een pilot, met een vastgestelde evaluatie. De voorziening ligt in de lijn van de innovatieagenda van de regering.

5. Toegang tot de rechter

Verzoekschrift echtscheiding

Over de bevoegdheid van de mediator om het echtscheidingsverzoek in te dienen bestaat op dit moment geen consensus onder de verenigingen in het MfN-bestuur. De verenigingen van advocaat-mediators⁴ wensen geen onderscheid tussen de echtscheidingsprocedure en andere procedures voor de vraag wie er toegang heeft tot de rechter. De andere verenigingen van mediators⁵ in het MfN bestuur zijn voorstander van een verruiming van de bevoegdheden van de mediator in echtscheidingszaken, zoals hieronder aangegeven.

Nadat partijen in mediation tot overeenstemming zijn gekomen, wordt deze overeenkomst vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. In echtscheidingszaken dient dan nog een verzoekschrift tot echtscheiding te worden ingediend. Partijen en/of de mediator moeten daarvoor nu een advocaat inschakelen. Deze noodzaak leidt in de praktijk tot onbegrip bij cliënten, onnodige kosten, risico's voor de onderlinge verhoudingen en soms tot oneigenlijk (want alleen formeel) gebruik van de status van advocaat. De mediationpraktijk en partijen in echtscheidingszaken zouden dus zeer gediend zijn met een eenvoudige mogelijkheid om zelf het verzoekschrift in te dienen. Dit vereist wel bijzondere deskundigheid van de mediator in familiezaken, die niet elke mediator bezit. De MfN heeft deze bijzondere deskundigheid neergelegd in het profiel familiemediator, dat overigens op dit moment wordt herzien en aangescherpt. Onze aanbeveling is derhalve om alleen de - als zodanig geregistreerde - gespecialiseerde familiemediator de bevoegdheid te geven het echtscheidingsverzoekschrift in te dienen.

Wij merken op dat het familie(proces)recht momenteel gekenmerkt wordt door een groot aantal initiatieven tot vernieuwing, waaronder die van het platform-Rouvoet. Wij kunnen ons voorstellen dat de behoefte van de mediator c.q. partijen in familiemediation om het verzoekschrift tot echtscheiding in te dienen in het kader van die initiatieven wordt ondervangen. In ieder geval is op dit gebied afstemming van het wetsvoorstel met deze initiatieven nodig.

2 Formulering overgenomen uit de implementatiewet Mediationrichtlijn (wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken).

⁴ Verenigingen van advocaat mediators: vFAS en NVMMA.

⁵ NMv, NIP, VMN, VMO.

Executoriale titel

Ook buiten het familierecht is er soms behoefte om aan de vaststellingsovereenkomst op eenvoudige wijze een executoriale titel te verbinden. Op dit onderdeel zou aangesloten kunnen worden bij het advies van de Commissie Burgerlijk Procesrecht sub 17.

Over de kwestie van de executoriale titel bestaat, zoals in deze paragraaf aangegeven, geen overeenstemming tussen de verschillende betrokkenen. Tegenstanders vrezen kwaliteitsverlies, tenzij de eisen aan de juridische kwalificaties van alle mediators worden verhoogd. Zo'n algemene verhoging wordt geenszins bepleit. Voorstanders menen dat een eenvoudige executie van de vaststellingsovereenkomst een logisch en wezenlijk element is dat ook zal bijdragen aan de stimulering van het gebruik van mediation.

6. Mediatorsregister en registerhouder

Alle versies van de wetsvoorstellen besteden veel aandacht aan het reguleren van het beroep van mediator, onder meer door middel van een wettelijk overheidsregister. Van het begin af aan, en met name tijdens de consultatieronde in 2016 over de laatste versie bleek daarvoor weinig draagvlak, omdat het kwaliteitsstelsel van de beroepsgroep – vertegenwoordigd in de organisatie MfN – hierin voorziet middels het MfN-register. Er is een brede steun voor aansluiting bij het register dat de beroepsgroep heeft opgebouwd en dat naar behoren functioneert. De beroepsgroep blijft zich inspannen om de kwaliteit van mediators en mediation voortdurend te borgen en te bevorderen. Een overheidsregister zou nodeloze kosten en bureaucratie meebrengen en een risico kunnen betekenen voor de onafhankelijkheid (en dus de kwaliteit) van het beroep. Ook het recente rapport van het WODC “Rechtstatelijke waarborging van buitengerechtelijke geschiloplossing” twijfelt aan de noodzaak en wenselijkheid van overheidsregulering.

Wel is er behoefte aan een wettelijke verankering van het (huidige) kwaliteitsstelsel voor mediators, zodat publieke gevolgen kunnen worden verbonden aan de registratie – in het bijzonder titelbescherming van de registermediator, borging van de vertrouwelijkheid en bevoegdheden zoals het adïeren van de rechter. Ook kan via een wettelijke regeling het publieke belang van het register worden geborgd.

De voorkeur gaat uit naar een erkennings- of vergunningsregeling van de private registerhouder. Daarin kunnen eisen gesteld worden aan deze registerhouder – zoals omvang, governance, transparantie – en aan het kwaliteitsstelsel – in het bijzonder het voorzien in onafhankelijke toetsing en een onafhankelijk klacht- en tuchtrecht.

Indien een dergelijke combinatie van een private organisatie en publiekrechtelijke effecten niet mogelijk blijkt, is een andere optie om een verbinding te leggen tussen een privaat register en een instantie met publiekrechtelijke bevoegdheid (bestaande ZBO). De uitvoering van het kwaliteitsstelsel (registerbeheer, uitvoering kwaliteitsystemen) behoort bij de beroepsorganisatie zelf te blijven⁶.

⁶ Het private register moet dan gevoerd worden door een representatieve (non-profit, dus zonder winstoogmerk) organisatie van mediators met een eigen deugdelijk kwaliteitsstelsel: toelatingseisen, onderhoudseisen, structurele toetsing en een onafhankelijk klacht- en tuchtrecht. Mediators die door de eigen beroepsorganisatie zijn geregistreerd, kunnen zich tevens bij het publiekrechtelijk orgaan laten inschrijven.

Zo'n verbinding bestaat momenteel tussen het MfN-register en de Raad voor Rechtsbijstand. De inschrijvingsvoorwaarden bij de Raad voor Rechtsbijstand worden door de minister vastgesteld of gefiatteerd. De minister neemt de inschrijving in het MfN-register als uitgangspunt en kan daar aanvullende voorwaarden aan toevoegen, na overleg met het veld. De betrokkenheid van het veld krijgt in de wet gestalte in de Commissie Mediation – zie punt 7. De inbreng van deze Commissie is een waarborg dat de inschrijvingsvoorwaarden louter de kwaliteit van de mediators beoogt.

7. (Advies)commissie mediation

Onderdeel van de regeling van een wettelijk register is de instelling van een (advies)commissie Mediation uit de beroepsgroep die de minister adviseert over de toepassing van de wet, waaronder de erkenning/vergunning aan registerhouders en over de eventuele inschrijvingsvoorwaarden van de publiekrechtelijke instantie. Een aantal onderdelen van artikel 16 van het voorliggende ontwerp (zoals de bemensing van de Commissie) zijn daarvoor bruikbaar. Wel dient een sterkere verankering met het beroepenveld te worden geformuleerd. De definitieve vormgeving is afhankelijk van de publiekrechtelijke inbedding van het register.

8. Stimulering mediation buiten de wet

Wetgeving is uiteraard niet het enige middel om mediation te stimuleren. Voorlichting om de bekendheid met mediation te verhogen blijft van groot belang. Wij sluiten op dit punt graag aan bij de Kamerbrief Buitengerechtelijke geschilbeslechting en herstelrecht van 18 juli 2018 (2312623). Mediation of andere alternatieve vormen van geschilbeslechting hebben in Nederland nog steeds een grote achterstand bij de conflictoplossing door de rechter. Naast de minimale implementatie van de Europese Mediationrichtlijn (uitsluitend voor grensoverschrijdende geschillen) is dus wetgeving noodzakelijk, maar om de vereiste *evenwichtige samenhang* (zie hierboven sub 1) te bevorderen zullen ook financiële maatregelen nodig zijn, waaronder subsidiering, al dan niet via lagere griffierechten en eigen bijdragen of zaaksfinanciering.

Bijlage 1: onderbouwing stimuleren van mediation

Uit onderzoek onder burgers en bedrijven blijkt dat mensen die geschillen hebben over het algemeen primair behoefte hebben aan een oplossing. Die oplossing moet een praktisch antwoord zijn op het probleem zoals zij dat ervaren en ook passen bij waar zij juridisch recht op hebben (materiële rechtvaardigheid). Zo vroeg het WODC (Geschilbeslechtingsdelta-onderzoek) in 2014 aan individuele burgers wat hun belangrijkste doel was toen ze toegang tot het recht zochten voor hun probleem.

Wat is belangrijkste doel dat mensen willen bereiken?			
Oplossing probleem		Rechtvaardige oplossing/vaststelling rechten	
Geld, vervanging, herstel	36%	Gerechtigheid/rechten bekrachtigen	11%
Voorkomen herhaling, ander gedrag	15%		
Andere woon-/werksituatie	8%	Beantwoording schuldvraag	
Herstel relatie, excuses, verklaring	8%	Oordeel schuld	1%
Andere beslissing overheid	4%	Eigen onschuld (1%)	1%
Verdeling, omgangsregeling	3%	Publiekelijk bekend maken schuldige	0%
Iets anders	12%		

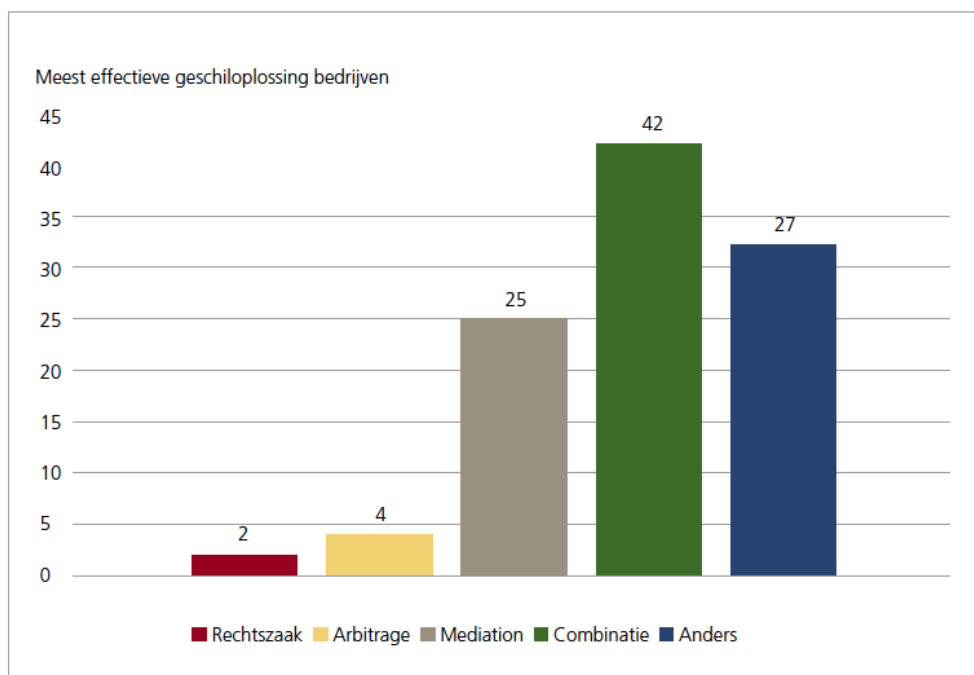
WODC 2014, p. 134, beginndoel.

Gevraagd naar de aard van de hulp die mensen zochten, gaven zij de volgende antwoorden. Naast informatie en persoonlijke hulp, willen ze graag dat iemand ze helpt om met de andere partij samen een oplossing te bereiken: advies over hoe het probleem op te lossen, contact leggen/herstellen of bemiddeling. Is een juridische procedure nodig, dan willen ze daar ook hulp en advies bij, maar dat is niet het eerste waar de meeste mensen behoefte aan hebben.

Wat voor hulp zoeken mensen bij juristen?			
Oplossing probleem		Wegwijs in juridische routes	
Advies over hoe probleem op te lossen	48%	Hulp	16%
Advies over rechten en plichten	45%	Advies	14%
Hulp bij benaderen andere partij	24%	Vertegenwoordiging	9%
Bemiddeling	20%		
Financieel advies	18%		
Psychische hulp	9%		
Andere hulp	6%		

WODC 2014, Figuur 6.1.

In een recent [onderzoek](#) onder bedrijven door de Vereniging Zakelijke Mediation (in samenwerking met ADR Centrum voor Bedrijfsleven en Universiteit Utrecht) kwam naar voren dat bedrijven als meest effectief zien een geschil oplossingsroute waarin mediation (25%) of een combinatie van mediation met rechtspraak (42%) centraal staat.



Ook de geïnterviewde advocaten en -in mindere mate- rechters gaven aan mediation of een combinatie als het meest effectief te beschouwen. De resultaten van dit onderzoek wijzen in de richting van geschiloplossing vormen waarin mediationstechnieken worden gecombineerd met door rechtsnormen onderbouwde oplossingen. Zo hechten bedrijven aan duidelijke regie, suggesties voor eerlijke oplossingen door de bemiddelaar en een goede juridische analyse van het probleem.

Een opvallend gegeven in beide geciteerde onderzoeken is dat een minderheid het voeren van een rechtszaak op zichzelf als een wenselijke geschilbeslechtingroute ziet. Zowel bij individuele burgers als bij bedrijven lijkt grote behoefte te bestaan aan combinaties van mediation met elementen uit rechtspraak die borgen dat er een materieel rechtvaardige oplossing ontstaat. Een Mediationwet zou er aan moeten bijdragen dat deze vormen van geschilbeslechting volop tot ontwikkeling kunnen komen. Bij het verder ontwikkelen van maatschappelijk effectieve rechtspraak ([Kamerbrief 20 april 2018](#)) en voorstellen voor rechtsbijstand ([Kamerbrief 9 november 2018](#)) zou de minister er ook goed aan doen om de ontwikkeling en integratie van mediation veel aandacht te geven.