

Bijlage 1a: Notitie MfN inzake wetsontwerp bevordering mediation

1. Algemeen

Kennelijk is met het wetsontwerp gestreefd naar “lean & mean”: had het initiatief-ontwerp Van der Steur (verder: IO) nog 58 artikelen plus 14 (mediation in het burgerlijk recht) plus 5 (bestuursrecht), het huidig ontwerp heeft nog maar 38 artikelen in totaal, en bestaat niet meer uit drie wetsontwerpen maar uit één.

Aan het begin van het wetgevingstraject was dat ook het uitgangspunt van het (toenmalige) NMI: alleen regelen wat strikt noodzakelijk was:

- aansluiting aan wat geregeld is in de implementatiewet van de richtlijn inzake grensoverschrijdende mediations¹: *verschoningsrecht, stuiting verjaring* (en *executoriale titel*, hoewel wetgever dat destijds niet noodzakelijk achtte);
- normering kwaliteit;
- zoveel mogelijk behouden wat in het verleden is opgebouwd, niet het wiel opnieuw uitvinden, geen kapitaalvernietiging.

In het IO kwam daar nog bij als kenmerk de “paradigmawijziging”. Heel kort samengevat: *mediation als het kan, procederen als het moet*. Dat uitgangspunt had (en heeft) onze volledige instemming. Het vormde een van de essentiële waarden van het IO, reden waarom wij daar destijds voorstander van waren. Het instrument was de introductie van een zekere mate van “nudging”² door de rechter om partijen in elk geval mediation te doen *overwegen*. Op enige termijn zou het gevolg daarvan zijn dat conflictpartijen zo’n overweging vanzelfsprekend zouden gaan maken, voorafgaand aan iedere beoogde procedure, omdat ze daar, eenmaal in die procedure, toch mee zouden worden geconfronteerd. Zie de praktijk op het gebied van het arbeidsrecht. Resultaat: alleen conflicten die bij de rechter thuishoren komen daar terecht, andere eerst naar de mediator, met als sluitstuk om, wanneer er nog een juridisch punt overblijft, goedkoop en snel de “mediationrechter” (het beoogde artikel 1019ee, de deelgeschilprocedure) in te schakelen. *Rechtspraak naast mediation*.

Zo’n nieuwe, originele benadering vergt “omdenken”. Sommigen zagen daarin verplichte mediation. In dit verband is het goed om het (volgens ons) laatste stuk dat Van der Steur heeft ingebracht als initiatiefnemer aan de vergetelheid te ontrukken: zijn antwoorden op 6 maart 2015 aan de diverse indieners van amendementen³.

Kamerstuk 33 723, nr. 11 gewijzigd tot Kamerstuk 33 723, nr. 12 amendement van het lid Van Nispen

Het gaat in dit wetsvoorstel niet om verplichte mediation maar om een prikkel waarbij het aan de rechter is om te beoordelen of een doorverwijzing naar mediation zinvol of zinloos is (om aan te sluiten bij de opmerkingen hierover van de

¹ wet van 15 november 2012 tot implementatie van de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, Stb 2012 570

² voor wie het woord niet kent: in deze context bedoeld als "iemand zonder dwang in een bepaalde richting laten denken en bewegen" (een eigen definitie)

³ kst-33722-21 ISSN 0921 - 7371 's-Gravenhage 2015

heren Van Oosten en Recourt). Het is mijn overtuiging dat het niet de bedoeling is om partijen te verzoeken deel te nemen aan een volgens een of beide partijen zinloze mediation. Door mij wordt geen harde verplichting voorgesteld om onvrijwillig een mediation te beproeven. Het is juist uitdrukkelijk de bedoeling dat de wet in feite de verplichting in zich draagt te onderzoeken of mediation een geschikt middel zou kunnen zijn. Dit kan soms het best beoordeeld worden in een gesprek met een mediator, maar ik teken aan dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling kan zijn om partijen onnodig op kosten te jagen of een rechtsgang onnodig te verlengen. De bedoeling is juist te faciliteren dat er voorafgaand aan de keuze voor de beste methode voor de oplossing van het gerezen geschil over alle alternatieven, waaronder mediation, wordt nagedacht. De praktijk leert bovendien dat een mediation nooit wordt voortgezet als partijen daartoe niet vrijwillig bereid zijn. Een mediation eindigt immers onmiddellijk als een der partijen daartoe niet bereid is. Daaropvolgend merk ik ook op dat een mediation, anders dan een rechtszaak, een arbitrage of een bindend advies, alleen maar tot een afsluiting komt als partijen samen in vrijwilligheid besluiten dat het eindresultaat voor hen daadwerkelijk acceptabel is. Het eindresultaat van mediation komt daarmee altijd op basis van volstreekte vrijwilligheid tot stand. **Anders dan de genoemde alternatieven, waarbij een der partijen door de ander gedwongen kan worden tot een – veelal zeer kostbare deelname aan de eenzijdig gekozen oplossingsmethode – geldt dat voor mediation niet.** De voortzetting en het eindresultaat zijn altijd gebaseerd op vrijwilligheid. Van enige dwang kan naar zijn aard daarbij geen sprake zijn. Bij uitstek overigens is de rechter een geschikte figuur om partijen serieus te bewegen de eventuele meerwaarde van een mediation te overwegen. Het is zijn gezag en autoriteit dat het verschil kan maken. Vergelijk hierbij de positie van de rechter waar het gaat om het bereiken van een minnelijke schikking tijdens een comparitie van partijen. Deelname aan een comparitie is uiteindelijk aan partijen, net zoals eventuele resultaten die ten gevolge daarvan worden geboekt. De rechter kan daarbij echter een «stimulerende» factor spelen. Daartoe nodigt dit artikel de rechter ook uitdrukkelijk uit, zonder mediation verplicht te stellen.

Met “dit artikel” bedoelt Van der Steur het oorspronkelijk beoogde, nieuwe artikel 22 A Rv dat een rechtsvermoeden introduceerde, dat een geschil met een “relationele dimensie” zich ervoor leent om met toepassing van mediation te worden opgelost. Dat rechtsvermoeden is er nu uit. Het huidige wetsontwerp is slechts een vastlegging van de al bestaande situatie dat de rechter partijen in elke staat van het geding naar mediation kan verwijzen in die gevallen waarin hij van oordeel is dat het geschil zich ervoor leent om met toepassing van mediation te worden opgelost.

Het hierboven vet/cursief gemarkeerde deel is een belangrijke, onderbelichte factor in de “vrijwilligheid versus dwang”-discussie. De eiser mag de gedaagde wel dwingen tot een proces, hoewel de gedaagde bereid is tot overleg. Een lichte “nudge” richting *het overwegen van mediation* mag daar ten minste tegenover staan.

2. Opmerkingen/bezwaren in volgorde van het wetsontwerp (ingedeeld in 2 categorieën: A fundamenteel; B belangrijk)

A. Fundamentele bezwaren

Artikel 2: de minister is verantwoordelijk voor het register, hij kan een *bewerker* aanwijzen.

De memorie van toelichting op het IO vermeldt hierover op pagina 20: Artikel 2 (instelling register):

Met dit artikel wordt het register voor mediators ingesteld. De hierin ingeschreven mediators zijn registermediator in de zin van deze wet (artikel 1). Om voor inschrijving in aanmerking te komen, moet de mediator voldoen aan de bij of krachtens deze wet te stellen eisen van kwaliteit en integriteit. Deze vereisten moeten deels worden vastgelegd in een (mede) op artikel 3 te baseren algemene maatregel van bestuur. De Minister van Veiligheid en Justitie wordt aangewezen als verantwoordelijke voor het register, als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Wet bescherming persoonsgegevens. De Minister kan vervolgens een bewerker, als bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van die wet aanwijzen, die wordt belast

met de feitelijke verwerking van persoonsgegevens in het register (waaronder de inschrijving in het register), de beoordeling of de aanvragers voldoen aan de vereisten voor de inschrijving, alsmede de uitschrijving uit het register. Ter voorkoming van enig misverstand zij opgemerkt dat initiatiefnemer voor ogen staat dat met het in artikel 2 bedoelde register een publiek register wordt ingesteld dat wordt

beheerd onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Veiligheid en Justitie. Het is uiteindelijk aan de minister om invulling te geven aan de wettelijke opdracht tot het inrichten van het register. Wel kan de initiatiefnemer zich voorstellen dat daarbij als uitgangspunt wordt genomen een kostenefficiënte en effectieve oplossing voor de inrichting van het register en dat zoveel mogelijk gebruik wordt gemaakt van bestaande expertise op dit punt. De onafhankelijkheid in de uitvoering van het register van bestaande organisaties zal daarbij een essentiële voorwaarde zijn. Bij de uiteindelijke inrichting van het register kan ook worden gedacht aan de mogelijkheid van dat – onder strikte voorwaarden – het bijhouden van het register wordt uit- of inbesteed aan degenen die daar nu al actief bij betrokken zijn. De uiteindelijke keuze hiervoor is zoals gezegd aan de Minister van Veiligheid en Justitie.

Deze passage ontbreekt in het huidige wetsontwerp. Wij ervaren dat als een ernstige omissie. Verwezen wordt naar hetgeen hierover in de aanbiedingsbrief wordt gesteld.

Artikel 4 lid 6: herinschrijving om de 2 jaar

Deze herinschrijving is naast het Peer Review een nutteloze, kostbare en administratief omslachtige exercitie. Peer Review kan immers leiden tot beëindiging van de praktijkuitoefening als niet meer aan de eisen wordt voldaan. Ervaring leert dat zo'n driejarige controle uitstekend, zelfs preventief werkt.

Artikel 13: delegatie grondslag register/inschrijving

In de memorie van toelichting dient te worden gerefereerd aan de regels en de wijze waarop het SKM-register is ingericht, zoals dat thans in de praktijk naar ieders genoegen werkt.

Artikel 19: geheimhouding:

De vertrouwelijkheid is onvoldoende geregeld in dit wetsontwerp. Zie de desbetreffende aparte notitie (bijlage 1b).

Tuchtrecht:

Artikel 27.9.b: klachtbehandeling bij beroepsorganisatie als voortraject:

Dit is toegevoegd in de laatste versie, een ongelukkig geformuleerd antwoord op onze vraag om het huidige systeem van klachtbehandeling als voortraject in te bouwen. Vergeten is er in de memorie van toelichting iets over te melden. Zo blijft het onduidelijk wat er wordt bedoeld met als klachten – voortraject “een instantie die bevoegd is kennis te nemen van klachten of geschillen waarbij de beëdigd mediator is aangesloten”. Theoretisch zou dat kunnen zijn: de orde van advocaten, het NIP, of de Koninklijke Nederlandse Vereniging van Vorkheftruckchauffeurs, als dat een nevenfunctie is van de mediator. In de memorie van toelichting moet dus duidelijk worden vermeld dat het hier gaat om een instantie van een *beroepsorganisatie in de zin van de wet*, en dat verzuim van het doorlopen van de klachtprocedure niet – ontvankelijkheid tot gevolg heeft. In de wet moet bovendien worden geregeld wat er moet gebeuren wanneer de mediator niet is aangesloten bij zo'n beroepsorganisatie.

In elk geval is een dergelijk voorportaal nodig. De praktijk van onze klachtenregeling wijst uit dat 50% van de klachtzaken in dat voorportaal geregeld wordt. Dat is overigens bij de regeling van de advocatenwet ook het geval. Het is een onnodige belasting van het tuchtrecht als klachten die op te lossen zijn direct naar de tuchtrechter zouden gaan.

In onze huidige regeling is de klager niet ontvankelijk wanneer deze niet eerst de klachtenregeling doorloopt. Overigens kan de klager in de klachtenregeling aangeven dat hij/zij de klacht direct aan de tuchtrechter wenst voor te leggen.

Onze regeling luidt als volgt (Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators 5.2):

De voorzitter van de Tuchtcommissie verklaart een klager in zijn klacht niet ontvankelijk indien de Aangesloten Instelling een Klachtenregeling kent en de klager hetzij zijn klacht niet overeenkomstig

die Klachtenregeling bij de Aangesloten Instelling heeft ingediend, hetzij zijn klacht wel bij de Aangesloten Instelling heeft ingediend maar daarop nog niet is beslist en na die indiening nog geen twaalf weken zijn verstreken. Ter verduidelijking: "Aangesloten Instelling" is op dit moment de facto alleen nog de MfN.

Er zou in het reglement zoals bedoeld in artikel 27 lid 9 als volgt invulling kunnen worden gegeven aan de klachtenregeling:

De voorzitter van een tuchtkamer verklaart een klager niet ontvankelijk in zijn klacht wanneer hij niet eerst de klachtenregeling heeft doorlopen van de beroepsorganisatie waarbij de beëdigd mediator is aangesloten, dan wel wanneer hij zijn klacht wel bij de beroepsorganisatie heeft ingediend maar daarop nog niet is beslist en na die indiening nog geen twaalf weken zijn verstreken.

Deze klachtenregeling behoeft de goedkeuring van de minister.

Voor beëdigd mediators die niet zijn aangesloten bij een beroepsorganisatie met een goedgekeurde klachtenregeling voorziet de minister in een klachtenregeling.

Waarschijnlijk is het wetstechnisch wel noodzakelijk om in de wet zelf (dus in artikel 27 lid 9) de niet – ontvankelijkheid vast te leggen.

Artikel 30:

- artikel 22 A Rv: wezenlijke wijzigingen ten aanzien van IO:
 - artikel 22 A lid 1 Rv: wegvallen van het rechtsvermoeden dat een zaak met een relationele dimensie wordt vermoed zich ervoor te lenen om met toepassing van mediation te worden opgelost, ter beoordeling van de rechter. Zie hierboven. Naast verplichte opname in inleidende processtuk van motivering waarom geen mediation is toegepast was dit een van de pijlers van de paradigmawijziging. Door het wegvallen van het rechtsvermoeden wordt het effect dat de wet kan hebben om mediation eindelijk eens op de kaart te zetten ernstig ondermijnd. Onze voorkeur gaat dus uit naar de tekst van de laatste versie van het IO. Mocht dat politiek of anderszins niet haalbaar zijn dan ondersteunen wij subsidiair de tekst, zoals voorgesteld door de vereniging zakelijke mediators ZAM:

ZAM is van mening dat als de wet inderdaad mediation wil bevorderen, het noodzakelijk is dat partijen voor of in de aanvangsfase van een gerechtelijke procedure worden gestimuleerd mediation te beproeven, indien het geschil zich daartoe leent. Daartoe zou in de memorie van toelichting op artikel 22a lid1 Rv kunnen worden opgenomen dat de rechter het tot zijn taak dient te rekenen bij elke zaak aandacht te besteden aan de vraag of deze zaak zich voor mediation leent en – indien dat naar zijn oordeel het geval is – bij de aanvang van de procedure voorlichting te geven over mediation, haar werkwijze en het mogelijke nut in deze zaak alsmede partijen op die grond aan te sporen om mediation daadwerkelijk te beproeven.

- artikel 22 A lid 2 Rv: hier wordt het beginsel van *pacta sunt servanda* vervangen door een onderzoeksplicht van de rechter in hoeverre een van de partijen daarvan wil afwijken. Wij zijn er voorstander van dat partijen zich in beginsel aan hun afspraken houden, ook waar het het beproeven van mediation betreft. Een combinatie van het huidige artikel en het artikel zoals het voorkwam in het IO zou kunnen luiden:
In zaken die ter vrije bepaling van partijen staan en waarbij partijen zijn overeengekomen mediation toe te passen indien zich een geschil voordoet omtrent een tussen hen bestaande rechtsbetrekking, en een van hen zich hierop beroept,

houdt de rechter bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt dat is onderworpen aan het desbetreffende beding, de behandeling van de zaak gedurende een door hem te bepalen periode aan, tenzij partijen er blijk van hebben gegeven af te zien van mediation. Na ommekomst van de in de vorige volzin bedoelde periode wordt de behandeling van de zaak voortgezet tenzij partijen de rechter mededelen dat de mediation nog gaande is.

- artikel 1019 ff: echtscheiding: dit prerogatief dient alleen toe te komen aan een beëdigd mediator die voldoet aan het profiel familiemediator. Dit profiel heeft volgens MfN nog aanscherping nodig maar daarvoor kan de AMvB voldoende ruimte bieden. Voorstel voor een formulering:

*3. Indien de mediation een echtscheiding of de ontbinding van een geregistreerd partnerschap tot onderwerp heeft en geen voorlopige voorzieningen als bedoeld in artikel 821 behoeven te worden getroffen, noch nevenverzoeken als bedoeld in artikel 827 worden ingediend, is de rechter tevens bevoegd om op een door een beëdigd mediator, **met als aandachtsgebied familiemediation in de zin van artikel 4.2g.**, ingediend gemeenschappelijk verzoek van de echtgenoten de echtscheiding, of op een door die beëdigd mediator ingediend gemeenschappelijk verzoek van de geregistreerde partners, de ontbinding van het geregistreerd partnerschap uit te spreken. De artikelen 809, 810, 815 en 819 zijn van overeenkomstige toepassing.*

Doordat alleen aandachtsgebieden mogen worden vermeld waarin een mediator aantoonbaar bekwaam is kan zo de link worden gelegd met het profiel (zie artikel 9.3).

Artikel 32, bestuursrecht

Zie ons nader commentaar aan het slot.

Artikel 35: overgangsrecht

Nu de vlieguren zijn verhuisd naar de algemene maatregel van bestuur moet dat ook gebeuren met het overgangsrecht. Omdat, naar wij begrijpen, overgangsrecht alleen kan worden geregeld bij of krachtens de wet dient er wel een vermelding in de wet te komen dat er overgangsrecht is, nader te regelen bij algemene maatregel van bestuur. Voorstel formulering:

“In afwijking van artikel 3, eerste lid, onderdeel a, wordt gedurende drie jaren vanaf de datum van inwerkingtreding van dat artikel eveneens in het register ingeschreven de aanvrager die voldoet aan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen regels gesteld over het aantal mediations of uren mediations dat hij in een bij dat besluit te bepalen aantal jaren voor de datum waarop het verzoek tot inschrijving wordt ingediend ten minste moet hebben verricht.”

Dit betekent, dat er door de commissie mediation i.o. al vóór de invoering van de wet goed nagedacht moet worden over voldoende eisen aan de initiële inschrijving, want daar zal dan bij of krachtens (dat wil zeggen: eventueel bij ministeriële regeling) op korte termijn in moeten worden voorzien. Vandaar ons verzoek het beroepenveld in de gelegenheid te stellen deze commissie zo snel mogelijk in het leven te roepen. **Het resultaat van het voorbereidende werk van deze commissie is essentieel voor het draagvlak van de wet in het algemeen.**

Voorgesteld nieuw artikel: korting op griffierecht

Op 9 januari 2015 suggereerde de MfN in haar brief aan Van der Steur, Van Nispen en Schouw: “Ten slotte vraagt de Mediatorsfederatie uw aandacht voor het voorstel van de heer Bosnak en de

opmerkingen van D66 uit het verslag van de vaste kamercommissie om een korting in te stellen op het griffierecht wanneer als gevolg van doorverwijzing de zaak in mediation wordt opgelost”.

Wij hebben nog niemand gehoord die dat een slecht idee vond, integendeel. Weinig is zo stimulerend als de financiële prikkel. Nu de juridische stimulans van het rechtsvermoeden uit het voormalige artikel 22 A Rv dreigt te verdwijnen, is dat toch wel het minste. Maar zelfs al zou de juridische stimulans blijven (wat wij hopen) dan behoort een financiële incentive nog steeds tot het noodzakelijke flankerend beleid.

B. Belangrijk

Artikel 3 lid 6: “tegen betaling”; artikel 469 Rv (nieuw, definitie mediationovereenkomst): “tegen loon”

Voor een niet – juridisch geschoolde lezer is niet zonder meer duidelijk waarom dit vereiste wordt gesteld; iemand die wel juridisch geschoold is (en dus weet dat aangesloten wordt bij artikel 7: 405.1 BW, overeenkomst van opdracht, waarin wordt gesteld dat, wanneer de overeenkomst in de oefening van beroep of bedrijf is aangegaan, de opdrachtgever loon verschuldigd is) begrijpt niet waarom twee verschillende begrippen worden gehanteerd. De memorie van toelichting moet hierin duidelijkheid verschaffen. Ook het feit, dat voldaan wordt aan dit criterium wanneer de beëdigd mediator in loondienst is moet beter worden geformuleerd. Nu staat dit uitsluitend vermeld bij artikel 3.6, vereisten bij eerste inschrijving (pagina 38), maar het hoort eigenlijk te staan bij de toelichting op artikel 469. Ten slotte: in de memorie van toelichting van het IO stond ook nog, dat ook een symbolische betaling geldt; deze opmerking staat niet meer in de huidige memorie van toelichting. De toelichting op artikel 469 zoals in het IO was überhaupt duidelijker:

Lid 1 maakt duidelijk dat het artikel alleen betrekking heeft op de mediationovereenkomst die door een registermediator wordt aangegaan met partijen. Tevens vloeit uit dit lid voort dat een mediation ten minste 2 partijen vergt, naast de registermediator. Daarnaast is er – zoals gebruikelijk in de praktijk – voor gekozen om aan te sluiten bij het bepaalde in artikel 7: 405 lid 1 BW waar als een essentieel onderdeel van een professionele overeenkomst van opdracht het verschuldigd zijn van loon is genoemd; deze voorwaarde neemt niet weg dat partijen met de registermediator een symbolisch loon zouden kunnen overeenkomen.

In dat verband is het nuttig om op te merken dat geen sprake hoeft te zijn van een mediationovereenkomst in de zin van artikel 469 bij de inschrijving, zoals ook terecht wordt opgemerkt in de memorie van toelichting, pagina 38. Verzuimd is hetzelfde te vermelden bij de toelichting op de nieuwe artikelen 111 en 278 Rechtsvordering (vermelding of mediation is geprobeerd in het proces inleidend stuk). Of de mediation die is geprobeerd al of niet valt onder de definitie van 469 dient daarbij geen rol te spelen.

Artikel 4 lid 2 sub g en h: aandachtsgebieden en specifieke deskundigheden/bekwaamheden

In de wet opnemen dat het aantal aandachtsgebieden/deskundigheden bij AMvB kan worden gemaximeerd om te voorkomen dat een mediator een hele waslijst aandachtsgebieden/deskundigheden gaat registreren.

Artikel 6: afwijzing inschrijving sub a

Volgens ons is hier verzuimd te vermelden artikel 3.5 (stagiaire – situatie) bij het onderdeel “geen inschrijving – tenzij”.

Artikel 7: mediator met buitenlandse beroepskwalificaties

De huidige formulering is niet helder. Het lijkt cumulatief: een mediator met buitenlandse kwalificaties moet ook nog eens voldoen aan de Nederlandse, cumulatief dus. Vergissing? Is hier niet bedoeld onderdeel a, vlieguren eis, plus buitenlandse kwalificaties?

Artikel 16: adviestaak commissie mediation: voorstel formulering artikel 16 lid 2

De Commissie adviseert de minister gevraagd en ongevraagd, maar in ieder geval over:.....

Artikel 28: stuiting van verjaringstermijnen:

Er bestaat kennelijk onenigheid of ook vervaltermijnen (die immers in de praktijk veel vaker voorkomen dan verjaringstermijnen) ook worden gestuit of opgeschort wanneer een mediation start. Wij wachten de uitkomst van die discussie af.

Artikel 29:

- Invoering artikel 7: 469 BW, de mediationovereenkomst:
 - verwezen wordt naar hetgeen hierboven al is gesteld omtrent het vereiste “tegen loon”: ook hier dus in MvT opnemen dat dit ook geldt voor beëdigd mediators in dienstbetrekking;
 - de vertrouwelijkheid geldt al vóórdat de mediationovereenkomst is getekend, wanneer bijvoorbeeld intakegesprekken hebben plaatsgevonden. Dit is vaste jurisprudentie van de STM. Goed dat dit uitgangspunt ook te vinden is in de memorie van toelichting: pagina 61, 2^e alinea.
- Invoering artikel 470: vertrouwelijkheid van de mediation: zie de aparte notitie over dit onderwerp.
- Invoering artikel 471: lid 2: medeondertekening beëdigd mediator: naast de uitleg waarom dat moet gebeuren op pagina 63 MvT onderaan, zou nog moeten worden toegevoegd dat dit nodig is om vast te stellen dat de mediation inderdaad heeft plaatsgevonden onder leiding van een beëdigd mediator, in verband met de civielrechtelijke consequenties (stuiting verjaring, verschoningsrecht, executoriale titel, vraag aan mediation rechter). Voorkomen moet worden dat de medeondertekening door de beëdigd mediator wordt gezien als instemming met de *inhoud* van het overeengekomene. Dit zou immers ernstige repercussies kunnen hebben voor de beroepsaansprakelijkheid van de mediator. **Hierover dient uitdrukkelijk iets te worden opgenomen in de memorie van toelichting!**

Artikel 30:

Artikel 1019ee Rv: de mediationrechter:

Een vondst waarvoor in de zakelijke praktijk waardering bestaat. Het nut ervan zal moeten blijken. Wij plaatsen wel de kanttekening dat voorleggen van een rechtsvraag of deelgeschil aan de rechter wel eisen stelt aan de juridische kennis van de mediator. Dat moet worden geregeld in de AMvB met betrekking tot de opleidingseisen.

Bestuurlijk-bestuursrechtelijke onderdelen

De verankering van het bestuursrecht in de wet juichen wij toe. Wij zien dit als een belangrijke uitnodiging, zo niet uitdaging voor bestuursorganen om zich te bedienen van het ruime palet aan

middelen voor conflicthantering – waartoe mediation behoort. Dit neemt niet weg dat deze verankering nog sterker kan worden vormgegeven, maar wellicht is dat op dit moment nog een brug te ver. Als de bereidheid aanwezig zou zijn om die brug toch over te willen steken hebben wij een aantal argumenten om dat te doen.

Het wetsvoorstel geeft nu primair ieder bestuursorgaan een inspanningsverplichting tot *communicatie*. Die communicatie moet, eenmaal in de bezwaarfase, zelfs worden bevorderd door het bestuursorgaan. ‘Hoe?’ dat blijft on gezegd, noch kan er in bezwaar of beroep op worden getoetst. Het bestuursorgaan ‘kan’ belanghebbenden in de gelegenheid (in de bezwaarfase) stellen om deel te nemen aan mediation. Als daartoe wordt overgegaan rust op het bestuursorgaan de verplichting om belanghebbenden die bij de voorbereiding hun zienswijze hebben ingebracht op de hoogte te stellen. Wellicht kan hieruit worden afgeleid dat alle bij het bestuursorgaan bekende belanghebbenden bij een besluit in een dergelijk geval op de hoogte moeten worden gesteld. (Waarom dit moet blijft ongewis, drang of dwangmiddel zowel voor overheid als ‘belanghebbende’ ontbreekt helaas!). Voorts moet de bestuursrechter, overeenkomstig reeds bestaande praktijk, onderzoeken of “een rechtmatige minnelijke oplossing mogelijk is”. Niet is daarbij vermeld dat hij moet onderzoeken of mediation een oplossing is. Daarnaast kan ook de bestuursrechter weer gelegenheid bieden tot mediation.

Feitelijk verandert er in het bestuursrecht hoegenaamd niets. Er wordt aangesloten bij de huidige praktijk van een meer communicatieve overheid en een rechter die tijdens het geding vraagt of mediation een te overwegen optie is. De huidige in het wetsvoorstel opgenomen veranderingen vormen geen verplichting (voor overheid of bestuursrechter) en kennen geen gevolgen bij ‘nalaten’ of mislukken van mediation.

Niet alleen een bestuursorgaan zou mediation moeten kunnen voorstellen, ook de burger moet om mediation kunnen vragen. Bij weigering moet dit gemotiveerd worden en als de motivering ondeugdelijk is mag er geen juridische procedure opgestart worden en zou een eerste verkennend mediationgesprek moeten plaatsvinden.

In verband met de volstrekte vrijblijvendheid van de bestuursrechtelijke mediationbepalingen is het onduidelijk waarom de voorgestelde artikelen, waarin wordt bepaald dat het bestuursorgaan belanghebbenden in de gelegenheid **kan** stellen om deel te nemen aan mediation, niet van toepassing zijn op het vreemdelingenrecht. In de memorie van toelichting (bladzijde 72) wordt als achtergrond van deze uitzondering genoemd de vrees voor misbruik, geuit tijdens de parlementaire behandeling van het IO. Dit getuigt van gebrek aan vertrouwen in de rechterlijke macht, die dan immers, nu het hier gaat om een discretionaire bevoegdheid, medeplichtig zou zijn aan dit misbruik. Overigens zou zelfs bij de door ons gewenste meer mediation gerichte benadering van de bestuursrechtelijke regelingen het vreemdelingenrecht niet moeten worden uitgezonderd. Ook daar kunnen zich situaties voordoen waarin aan een vrijwillige regeling (bijvoorbeeld: terugkeer naar het land van herkomst) de voorkeur dient te worden gegeven boven een die wordt opgelegd: de ervaring leert immers dat die beter worden nagekomen.

Voorts wijzen wij op de onvolledigheid van de vermelding van de verenigingen op pagina 20 van de MvT. De Vereniging Mediators bij de Overheid (VMO) en het door die vereniging opgezette project Enmediation dat betrekking heeft op mediation bij de overheid verdient hier zeker te worden vermeld.

Evaluatie

Ten slotte valt op dat het evaluatie-artikel (wel voorzien in artikel 56 IO) is weggefallen. Wij achten een evaluatiemoment van belang.

~~~~~