

Mediation krijgt een wettelijke basis

*Mr. A. G. Wennekes**

Inleiding

Aanleiding tot het schrijven van deze bijdrage is de consultatie over het voorontwerp van het initiatiefwetsvoorstel met betrekking tot mediation.¹ Dit voorontwerp bestaat uit de drie volgende wetsvoorstellen:

1. de Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht;
2. de Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht; en
3. de Wet registermediator.

Dit initiatiefwetsvoorstel ziet op de inbedding en verankering van mediation in de wet. Mediation tussen natuurlijke personen en/of rechtspersonen, alsmede tussen burger en overheid zal er extra door worden gestimuleerd. Het wetsvoorstel Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht introduceert een verschoningsrecht voor betrokkenen bij een mediation. De mediationovereenkomst wordt erin gedefinieerd. Voorts zal mediation verjaring kunnen stuiten. Ook zal in de wet worden geregeld dat de (vaststellings)overeenkomst op een eenvoudige manier (elektronisch) kan worden voorgelegd aan de rechter, die daaraan executoriale werking kan toekennen.

Het wetsvoorstel Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht ziet op aanpassing van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) en is vooral bedoeld ter stimulering van het gebruik van het instrument mediation. Met de 'Wet registermediator' zal aan ingeschreven mediators de wettelijk beschermde titel van registermediator worden toegekend en zal tevens de kwaliteit van deze mediators worden gewaarborgd.

In deze bijdrage worden eerst kort de meest recente (historische) ontwikkelingen van mediation beschreven. Vervolgens worden de belangrijkste punten uit de drie verschillende wetsvoorstellen belicht.

Geschiedenis

Mediation als conflictoplossing is vooral sinds de jaren negentig van de vorige eeuw in Nederland in opkomst. Deze wijze van conflictoplossing past goed in de Nederlandse traditie: het zogenoemde polderen. Zo zijn er in de loop der jaren al verschillende organisaties gevormd die initiatieven hebben geno-

men op het gebied van conflictbemiddeling. Op dit moment bestaan er verscheidene branchegerichte professionele organisaties die actief zijn op het gebied van mediation. Enkele voorbeelden zijn: de Vereniging van Advocaten en Scheidingsbemiddelaars (VAS), die later gefuseerd is met de Vereniging voor Personen- en Familierecht Advocaten (VPFA) in de Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsbemiddelaars (vFAS), het Nederlands Instituut Conflictmanagement Overheid en Arbeid (NICOA), de Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACBMediation) en het Nederlands Mediation Instituut (hierna: het NMI). Een stimulerende rol voor mediation heeft het ministerie van Justitie vervuld met onder andere het in 2003 verschenen rapport² 'Ruimte voor mediation' van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC).

Het aantal mediations per jaar in Nederland neemt gestaag toe en het is inmiddels de meest gebruikte vorm van Alternative Dispute Resolution (ADR) in Nederland.³ De toename is onder andere het gevolg van een bredere bekendheid met mediation en de voordelen van mediation ten opzichte van bijvoorbeeld een gerechtelijke procedure. Voordelen zijn onder andere: mediation als conflictoplossing is minder tijdrovend, minder kostbaar en een goedkoper alternatief dan een juridische procedure. Een ander voordeel is dat een mediationproces gericht is op de toekomst, terwijl een rechtszaak of arbitrage betrekking heeft op het verleden en bovendien doorgaans alleen maar een winnaar en een verliezer kent.

In het Handboek mediation wordt mediation gedefinieerd als: 'een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de communicatie en onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en een voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen'.⁴

* Mr. A.G. Wennekes is senior knowhow adviseur en NMI registermediator bij Loyens & Loeff te Rotterdam.

1. Het initiatiefwetsvoorstel is op 25 april 2013 gepubliceerd en te downloaden via <www.internetconsultatie.nl/mediation>.

2. Dit onderzoek is samen met ADR en mediation Rechterlijke macht gepubliceerd en is te downloaden via <<http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/evaluatie-adr-mediation-gefinancierde-rechtsbijstand.aspx>>.

3. Het totaal aantal mediations door bij het NMI aangesloten mediators bedroeg in Nederland circa 51.690. Zie het Stratus-rapport uit 2011 'De stand van mediation in Nederland', dat te downloaden is via <www.nmi-mediation.nl/over_mediation/bibliotheek/rapporten_verslagen_en_brieven.php>.

4. A.F.M. Brenninkmeijer e.a., Handboek mediation, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 31.

De Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht

Naast de initiatieven, zoals het stimuleren van het gebruik van mediation, die de afgelopen decennia op het gebied van mediation door verschillende organisaties zijn genomen, wordt mediation ook door Europese wetgevingsinitiatieven gestimuleerd. Zo is op 21 mei 2008 de Richtlijn nr. 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken vastgesteld (hierna: de Richtlijn).⁵ De Richtlijn regelt zaken zoals het verschoningsrecht voor de mediator en regels met betrekking tot verjaringstermijnen tijdens een mediation. De Richtlijn is in Nederland geïmplementeerd door de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (hierna: de implementatiewet).⁶ Deze implementatiewet is 21 november 2012 in werking getreden.

In navolging van de Richtlijn ziet de implementatiewet uitsluitend op mediations in grensoverschrijdende burgerlijke en handelszaken, tenzij deze betrekking hebben op rechten en verplichtingen waarover de partijen uit hoofde van het toepasselijke recht van mediation geen zeggenschap hebben. Zij heeft geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken, of op de aansprakelijkheid van de Staat wegens een handeling of nalaten in de uitoefening van het openbaar gezag.

Met een eerder wetsvoorstel⁷ ter implementatie van de Richtlijn werd er in Nederland voor gekozen om het toepassingsbereik van de bepalingen uit de Richtlijn niet te beperken tot grensoverschrijdende zaken, maar deze ook van toepassing te laten zijn op nationale zaken. Zowel in de Tweede Kamer als in de Eerste Kamer stuitte dit wetsvoorstel op veel kritiek omdat bepaalde rechten aan mediators werden verleend, zoals het verschoningsrecht, zonder te bepalen wat een mediator is en zonder eisen te stellen aan de opleiding en de kwaliteit van mediators.⁸ Dit betekende dat eenieder die zichzelf mediator noemt en als zodanig optreedt, onder de reikwijdte van het wetsvoorstel valt én daaraan rechten kan ontleen, zoals het verschoningsrecht. Omdat het wetsvoorstel op onvoldoende draagvlak kon rekenen in de Eerste Kamer is het op 13 mei 2013 ingetrokken.⁹

Het voorliggende initiatiefwetsvoorstel met de drie afzonderlijke voorstellen staat geheel los van de implementatiewet. De implementatiewet ziet namelijk uitsluitend op mediations in grensoverschrijdende geschillen, terwijl dit voorstel – voor

zover hierbij geregistreerde mediators zijn betrokken – uitsluitend ziet op binnenlandse mediations.

Zoals gezegd wordt met het initiatiefwetsvoorstel de wettelijke verankering van mediation beoogd. Hiertoe worden in het Burgerlijk Wetboek (BW) en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) enkele wijzigingen opgenomen die ervoor moeten zorgen dat mediation een logisch alternatief is voor de traditionele rechtspraak. Zo zal onder andere worden bepaald wie zich ‘registermediator’ kan noemen.

In het wetsvoorstel is de benaming ‘registermediator’ gekoppeld aan bevoegdheden en verplichtingen van deze registermediator en aan de kwaliteitseisen waaraan hij zal moeten voldoen. Daarnaast wordt geregeld dat een registermediator – en eenieder die bij de mediation is betrokken – verschoningsrecht toekomt. Uit de wettekst en de toelichting blijkt echter niet welke personen worden verstaan onder ‘betrokkenen’. Verder wordt de verjaring van een rechtsvordering gestuit door de aanvang van een mediation en wordt de inhoud van de mediationovereenkomst wettelijk geregeld. Tevens zullen er regels wijzigen die zien op het procesrecht en die verband houden met een mediation. Ten slotte zal een uitdrukkelijk overeengekomen mediationclausule bindend zijn. Partijen zijn dan verplicht mediation te beproeven voordat de rechter zich over een geschil uitlaat. De rechter houdt de zaak in dat geval aan en verwijst partijen naar de mediator.

De mediationovereenkomst

In Boek 7 BW wordt na artikel 424 een afdeling ingevoegd luidende: ‘Afdeling 2A: De mediationovereenkomst’. In het nieuwe artikel 7:424a BW wordt onder andere vastgelegd dat een mediationovereenkomst een species is van de overeenkomst van opdracht. De mediationovereenkomst dient schriftelijk door partijen en de mediator te worden aangegaan en geldt als bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv. Voorts wordt de vertrouwelijkheid, naar de aard en strekking van de mediationovereenkomst, geregeld. Een partij kan – in en buiten rechte – geen beroep doen op documenten die in het kader van een mediation zijn ingebracht of opgesteld, noch op informatie die in het kader van een mediation is verkregen. Partijen kunnen hiervan afwijken, mits dit in de mediationovereenkomst is overeengekomen.

Voorts wordt in het nieuwe artikel geregeld dat de (deel)uitkomst van de mediation, bijvoorbeeld de vaststellingsovereenkomst, uitsluitend tot stand komt wanneer deze op schrift is gesteld en door partijen is ondertekend. Tevens is bepaald dat de registermediator de tot stand gekomen (vaststellings)overeenkomst moet medeondertekenen. In de toelichting op artikel 7:424a BW is te lezen dat de vereiste medeondertekening van de desbetreffende vaststellingsovereenkomst door de registermediator hem niet tot partij bij de overeenkomst maakt, maar slechts tot doel heeft te bevestigen dat partijen de desbetreffende overeenkomst hebben gewild en deze in zijn aanwe-

5. Voor een uitgebreide analyse van de Richtlijn zie: A.G. Wennekes, *Mediation: opkomende geschiloplossing in polderland*, V&O 2011, p. 234.

6. Stb. 2012, 570 (Kamerstukken II 2011/12, 33 320, nr. 2).

7. Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 2.

8. Kamerstukken I 2011/12, 32 555, nr. B en Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 7.

9. Kamerstukken I 2012/13, 32 555, nr. H.

zigheid hebben ondertekend.¹⁰ De registermediator bevestigt tevens door diens medeondertekening dat de partijen die in de overeenkomst worden vermeld in persoon de vaststellingsovereenkomst hebben ondertekend en dat hij hun identiteit heeft geverifieerd aan de hand van een identiteitsdocument. Partijen kunnen van het schriftelijkheidsvereiste afwijken, wanneer dat is bepaald in de mediationovereenkomst.

Het medeondertekenen van de vaststellingsovereenkomst door de registermediator kan mijns inziens tot onwenselijke situaties leiden, zoals aansprakelijkheid ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst. De toelichting op dit artikel geeft al aan dat de wetgever een dergelijke onwenselijke situatie voorziet. Het zou daarom voor de duidelijkheid van dit artikel beter zijn de bepaling zo aan te passen dat er geen andere interpretatie mogelijk is dan waarvoor het artikel is bedoeld. Wanneer de registermediator de vaststellingsovereenkomst medeondertekent, zal hij dat moeten doen met de vermelding dat deze overeenkomst in zijn aanwezigheid is getekend en hij alleen verantwoordelijk is voor het mediationproces en niet voor de inhoud. Eventuele aansprakelijkheid voor de inhoud zou daarmee kunnen worden beperkt. Wellicht zou de volgende formulering beter aansluiten bij de bedoeling van de wetgever:

‘Een overeenkomst tussen partijen in een mediation komt uitsluitend tot stand indien deze op schrift is gesteld, door partijen is ondertekend en is medeondertekend door de registermediator ten behoeve van de bevestiging dat partijen de desbetreffende overeenkomst hebben gewild en deze in diens aanwezigheid is ondertekend. Partijen kunnen in de mediationovereenkomst afwijken van dit schriftelijkheidsvereiste.’

Op grond van het nieuwe artikel 96b Rv kan de registermediator de kantonrechter verzoeken de vaststellingsovereenkomst te bekrachtigen. De beslissing van de kantonrechter levert dan een titel op waarmee executoriale werking wordt verleend aan deze overeenkomst.

Verjaring

In Boek 3 BW worden ten aanzien van de verjaring aan artikel 316 twee leden toegevoegd. Ten eerste wordt bepaald dat de verjaring van een rechtsvordering ook wordt gestuit door de aanvang van een mediation als bedoeld in artikel 7:424a BW. Ten tweede wordt bepaald dat wanneer na zes maanden naar het oordeel van de registermediator geen handelingen van betekenis in de mediation zijn verricht, de registermediator de mediation beëindigt door schriftelijke kennisgeving aan de betrokken partijen.

Voorts wordt aan artikel 3:319 BW een lid toegevoegd dat bepaalt dat door stuiting van de verjaring van een rechtsvordering, in het geval van een mediation als bedoeld in arti-

kel 7:424a BW, een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen. Deze termijn vangt aan met de dag nadat de mediation is beëindigd, of doordat in de mediation gedurende een periode van zes maanden door geen van de partijen enige handeling van betekenis is verricht. De nieuwe verjaringstermijn is gelijk aan de oorspronkelijke verjaringstermijn, maar belooft ten hoogste drie jaar. Voor de duur van de nieuwe verjaringstermijn is aangesloten bij hetgeen is bepaald in de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Stb. 2012, 570) en bij hetgeen bepaald is in artikel III van de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade (Stb. 2010, 221), omdat de situaties vergelijkbaar zijn.¹¹ Niettemin treedt de verjaring in geen geval op een eerder tijdstip in dan waarop ook de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verstreken. Dit betekent dat mediation de verjaringstermijn kan verlengen met maximaal drie jaar en niet met bijvoorbeeld vijf jaar op grond van artikel 3:319 lid 2 BW.

Omdat in artikel 3:316 lid 4 BW wordt verwezen naar artikel 7:424a BW kunnen de verjaringstermijnen van rechtsvorderingen alleen worden gestuit met de inzet van een geregistreerde mediator en wanneer wordt voldaan aan de vereisten van dat artikel, waaronder het schriftelijkheidsvereiste. Stuiting kan niet plaatsvinden wanneer het gaat om rechtsvorderingen die géén onderwerp zijn van een mediationovereenkomst in de zin van artikel 7:424a BW.

Welke geschillen

In het Rv wordt artikel 22a ingevoegd. In dit artikel is bepaald dat de rechter partijen in elke stand van het geding kan verwijzen naar een registermediator in die gevallen waarin hij van oordeel is dat het betreffende geschil zich ervoor leent om met toepassing van mediation te worden opgelost. Het geschil wordt vermoed zich ervoor te lenen om met toepassing van mediation te worden opgelost, indien het een ‘relationele dimensie’ heeft. Hiermee wordt bedoeld dat tussen de partijen bij het geschil een relatie bestaat die het geschil dat tussen hen bestaat mede kleurt, waardoor het in de meeste gevallen wenselijk is om de desbetreffende relationele aspecten bij de oplossing van het geschil te betrekken. Dit geschil kan al dan niet voortvloeien uit of verband houden met een overeenkomst. Doordat in dit artikel naar bepaalde geschillen wordt verwezen, is het de bedoeling dat partijen daadwerkelijk stilstaan bij de mogelijkheid mediation (eerst) te beproeven en dat het voor hen duidelijk wordt bij welk type geschillen de rechter dit in beginsel ook van hen zou kunnen verwachten.¹²

Mediationclausule

In artikel 22a lid 2 Rv wordt bepaald dat, wanneer partijen bij voorbaat zijn overeengekomen mediation toe te passen indien zich een geschil zal voordoen, de rechter de behandeling van de zaak aanhoudt wanneer blijkt dat door partijen geen uitvoering is gegeven aan het beding. De behandeling van de zaak

10. Wetsvoorstel ‘Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht’, p. 31.

11. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 3, p. 11.

12. Toelichting consultatievoorstel ‘Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht’, p. 33.

wordt pas weer voortgezet nadat partijen de rechter hebben meegedeeld dat de mediation, na de aanvang daarvan, zonder overeenstemming is beëindigd (vergelijk art. 2:337 lid 4 BW). Deze bepaling schept, wanneer er sprake is van een mediation-clausule, duidelijkheid. De vrijwilligheid, een van de kenmerken van mediation, wordt door deze bepaling niet aangetast omdat partijen dit van tevoren waren overeengekomen. Het is evenwel mogelijk dat de rechter in bepaalde gevallen vaststelt dat de desbetreffende mediationclausule niet geldig is overeengekomen of dat de werking ervan is geëindigd.

In samenhang met artikel 22a lid 1 Rv bepalen artikel 111 Rv (de dagvaarding) en artikel 278 Rv (het verzoekschrift) dat het inleidende processtuk een mededeling moet bevatten dat mediation beproefd is om het betreffende geschil op te lossen. Wanneer in een geschil, genoemd in artikel 22a lid 1 Rv, mediation niet is toegepast, dient uitgelegd te worden waarom dat niet is gebeurd.¹³ De rechter kan, indien hij van mening is dat ten onrechte niet overwogen is om mediation toe te passen, daaraan de conclusie verbinden dat een verwijzing naar een registermediator gewenst is.

Rechterlijke beslissing over (deel)geschil

Het nieuwe artikel 96a Rv voorziet in de situatie dat partijen de behoefte hebben aan iemand die een principiële of een juridische beslissing neemt over een relevant deel van het geschil, waarna de mediation wordt voortgezet, of in de situatie dat partijen met een dergelijke beslissing de mediation willen beëindigen. Ook kan het zijn dat knopen moeten worden doorgehakt over juridische twistpunten tussen partijen. Het is tevens denkbaar dat de kantonrechter gevraagd wordt een beslissing te geven op alle punten. De registermediator kan in dat geval, op gemeenschappelijk verzoek van de partijen waarmee hij een mediationovereenkomst is aangegaan, de kantonrechter verzoeken een geschil te beslechten omtrent hetgeen tussen de betrokken partijen rechtens geldt. Dit met het oogmerk om, nadat diens beslissing is verkregen, de mediation voort te zetten, dan wel deze te kunnen voltooien.

In artikel 96 Rv is bepaald dat partijen zich samen tot een kantonrechter van hun keuze kunnen wenden en zijn beslissing kunnen inroepen, alsmede dat partijen de mogelijkheid hebben om in onderling overleg hun geschil voor te leggen aan de kantonrechter van hun keuze.

Aan dit artikel wordt toegevoegd dat partijen zich ook bij voorbaat kunnen verplichten artikel 96 Rv toe te zullen passen wanneer er in de toekomst een geschil ontstaat over of naar aanleiding van een door hen gesloten overeenkomst.

Verschoningsrecht

In artikel 165 en 1041 Rv zal worden geregeld dat de registermediator en eenieder die bij een mediation is betrokken, zich kunnen verschonen van de verplichting om in rechte een getuigenis af te leggen omtrent vertrouwelijke informatie die voortvloeit uit of verband houdt met de desbetreffende mediation. Zij zijn echter verplicht getuigenis af te leggen indien en voor zover deze informatie nodig is om dwingende redenen van openbare orde, met name om de bescherming van de belangen van minderjarige kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast. De inhoud van een via mediation tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW kan openbaar worden gemaakt indien dit noodzakelijk is voor de tenuitvoerlegging daarvan.

Partijen kunnen het vertrouwelijke karakter van mediation desgewenst echter geheel of gedeeltelijk terzijde stellen door middel van een daartoe strekkende bepaling in de mediation-overeenkomst; ook hier geldt het schriftelijkheidsvereiste. Dus anders dan bij het verschoningsrecht van bijvoorbeeld een advocaat of notaris, kunnen partijen in een mediation afspreken dat de registermediator of personen die bij een mediation zijn betrokken, wel mogen getuigen.

De Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht

In het rapport 'Prettig contact met de overheid' uit 2011 van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties¹⁴ is te lezen dat het afgelopen decennium het besef is gegroeid dat de kwaliteit van het overheidshandelen voor een aanzienlijk deel wordt bepaald door de manier waarop met de burger wordt gecommuniceerd. Het gaat niet alleen om de inhoud, ook de vorm van het contact tussen bestuur en burger is van belang. Burgers waarderen het als de overheid zich niet afwachtend en formeel opstelt, maar actief en informeel.

In het bestuursrecht en in het fiscale recht wordt steeds meer gebruik gemaakt van mediation. Mediation wordt door de overheid en door bestuursorganen gestimuleerd. De provincie Overijssel bijvoorbeeld heeft als beleid dat in het kader van een bezwaarschrift en in een klachtenprocedure eerst wordt gekeken of mediation een alternatief biedt.¹⁵ Ook verschillende gemeenten in Nederland volgen hierin. Uit het rapport 'De stand van mediation anno 2012/2013. Onderzoek bij gemeenten naar de stand van mediation'¹⁶ blijkt dat de toepassing van mediation door gemeenten flink is gestegen. Het blijkt

13. Zie ook gedragsregel 3 van de Gedragsregels 1992 voor de advocatuur, waarin is bepaald dat de advocaat zich voor ogen dient te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces, zie <<http://apps.nrc.nl/stijlboek/in-der-minne-schikken-in-den-minne-schikken>>.

14. Het rapport is te downloaden via <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/07/15/prettig-contact-met-de-overheid-3.html>.

15. Zie de brochure van de provincie: <www.overijssel.nl/publish/pages/83252/klachtfolder2011-098e.pdf>.

16. Dit onderzoek is in opdracht van de Vereniging Gemeente Mediation (VGM) en het NMI in de periode november 2012 tot en met februari 2013 verricht. Het rapport is te downloaden via <www.nmi-mediation.nl/news/toepassing_mediation_door_gemeenten_flink_gestegen.php>.

dat 88% van de gemeenten bekend is met mediation en dat 79% van de gemeenten mediation toepast.

Ook het ministerie van Veiligheid en Justitie stimuleert mediation.¹⁷ Rechtbanken en gerechtshoven bijvoorbeeld suggereren partijen steeds eerst een mediationpoging te doen alvorens (verder) te procederen. Het bestuursrecht kent het fenomeen 'de Nieuwe Zaaksbehandeling'.¹⁸ Tijdens een regiezitting bepaalt de rechter of de zaak zich leent voor mediation.

Stimulering gebruik van mediation

Het wetsvoorstel Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht ziet op de aanpassing van de Awb en de AWR, en vooral op de stimulering van het gebruik van het instrument mediation. Het is de bedoeling dat bestuursorganen belanghebbenden actief wijzen op de mogelijkheid van het toepassen van mediation om het conflict op te lossen.

Het nieuwe artikel 2:4a Awb bepaalt dat een bestuursorgaan, wanneer dit voorziet dat een belanghebbende bezwaar zal maken tegen een besluit of wanneer een bezwaarschrift al is ingediend,¹⁹ zich in moet spannen om in contact te treden met betrokkene. Op grond van het nieuwe artikel 7:3a Awb kan een bestuursorgaan belanghebbenden in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation op basis van een mediationovereenkomst als bedoeld in artikel 7:424a BW. Wanneer géén mediation heeft plaatsgevonden, zullen de redenen vermeld moeten worden (art. 7:12 lid 2 Awb).

Bij de beoordeling van de vraag of mediation geschikt is als oplossing van het probleem, dienen bestuursorganen uit te gaan van het principe 'ja, tenzij'. Alleen als het bestuursorgaan van mening is dat het geschil zich niet leent voor mediation kan daarvan, mits gemotiveerd, worden afgezien. De achtergrond van deze motiveringsplicht is dat partijen zich bewust moeten zijn van de problematiek die speelt in het geschil en de mogelijkheden die mediation kan bieden. Een voorbeeld van een geschil dat zich niet leent voor mediation is de beoordeling van een zuivere rechtsvraag.²⁰ In de beroepsfase kan de bestuursrechter, gelet op de aard van het geschil, mediation aan partijen voorstellen.

Mediation in het belastingrecht

Ook in het belastingrecht zal mediation extra worden gestimuleerd. Op dit moment wordt er al succesvol gebruik gemaakt van zowel interne als externe mediators (in 2011 hebben interne mediators van de Belastingdienst 97 zaken bemiddeld, in 2012 waren dat er 75; het gemiddelde slagingsper-

tage was rond de 80%²¹). Het nieuwe artikel 22a AWR zal de huidige praktijk van mediation in belastingzaken van een wettelijke basis voorzien. De inspecteur kan de belanghebbende 'op elk moment' uitnodigen om deel te nemen aan mediation onder leiding van een registermediator. Op elk moment wil zeggen: zowel in als buiten de bezwaarfase. De belanghebbende kan de uitnodiging voor mediation afwijzen.

De belanghebbende kan ook zelf de inspecteur verzoeken om gebruik te maken van mediation. Het is wel van belang dat hij dit verzoek voldoende motiveert, zodat de inspecteur een weloverwogen beslissing kan nemen om al dan niet de belanghebbende uit te nodigen deel te nemen aan mediation. Tegelijkertijd werpt deze motiveringsvoorwaarde een dam op tegen verzoeken om mediation die geen in redelijkheid te respecteren belang dienen. Mocht de inspecteur een verzoek afwijzen, dan stelt hij de belanghebbende op grond van het voorgestelde artikel 22a lid 2 AWR in kennis van de redenen daarvoor.

Voor deelname aan mediation worden de belanghebbenden, dat wil zeggen de belastingplichtige, de inhoudingsplichtige of de administratieplichtige, geen kosten voor de begeleiding door een interne mediator in rekening gebracht (art. 22a lid 4 AWR). In de toelichting is te lezen dat in het geval de belanghebbende begeleiding van een externe registermediator verlangt, de kosten worden gedeeld.²² Dit wordt echter niet wettelijk geregeld, hetgeen mijns inziens de voorkeur zou hebben. Daarnaast zou ik menen dat alle kosten die worden gemaakt met de aanstelling van een externe registermediator voor rekening van de overheid komen. Dit stimuleert het gebruik van mediation. Bij algemene maatregel van bestuur (hierna: AMvB) zou een plafond ten aanzien van de kosten kunnen worden gesteld en eventueel een maximumuurtarief voor de externe registermediator.

Overigens is ten aanzien van de kosten voor de inschakeling van een (externe) registermediator in het bestuursrecht (in de Awb) niets geregeld, hetgeen wel noodzakelijk is om mediation te stimuleren. Bovendien kan de vraag worden gesteld hoe het zit met de kosten (griffierecht) wanneer de mediation wél tot een procedure leidt.

De Wet registermediator

De Richtlijn roept de lidstaten op om de opstelling van vrijwillige gedragscodes en de naleving ervan door mediators te bevorderen, alsmede om doeltreffende kwaliteitscontrolemechanismen ten aanzien van mediation te ontwikkelen. Daarnaast worden de lidstaten opgeroepen om de basis- en vervolgoedpleiding van mediators te bevorderen (art. 2 en 4 Richtlijn). Met het wetsvoorstel 'Wet registermediator' zal aan de Richtlijn gehoor worden gegeven, waarbij tevens aan de geuite kri-

17. Onder andere het rapport 'Innovatieagenda rechtsbestel' van 21 oktober 2011.

18. Zie de website <www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Bestuursrecht/Pages/Zitting-nieuwe-stijl-in-het-bestuursrecht.aspx>.

19. Toelichting consultatievoorstel 'Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht', p. 22.

20. Toelichting consultatievoorstel 'Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht', p. 20.

21. Toelichting consultatievoorstel 'Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht', p. 21.

22. Consultatievoorstel 'Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht', p. 21.

tiel vanuit de Eerste en Tweede Kamer tegemoet wordt gekomen.²³

Het wetsvoorstel regelt de invoering van een register voor mediators. Hierin zal onder andere worden vastgelegd: de onafhankelijkheid, de onpartijdigheid, de neutraliteit en een geheimhoudingsplicht voor de registermediator.

Opleidingseisen

Uitsluitend mediators die voldoen aan – onder meer – bepaalde opleidingseisen komen voor inschrijving in aanmerking. Aan ingeschreven mediators wordt de wettelijk beschermde titel van registermediator toegekend. De eisen aan inschrijving, zoals de kwaliteitseisen – met inbegrip van de jaarlijkse toetsing ervan – zullen voor een belangrijk deel bij AMvB worden geregeld. Artikel 3 lid 2 van de Wet registermediator geeft de minister de mogelijkheid tot het verlenen van een vrijstelling of ontheffing van de normaal gesproken geldende voorwaarden, bijvoorbeeld wanneer nog niet alle mediators die voor inschrijving in aanmerking wensen te komen, in staat zijn geweest, of in staat zijn gesteld, om de opleidingen te volgen en de vereiste examens af te leggen.

Om ingeschreven te blijven staan dienen registermediators opleidingen (een vorm van permanente educatie) te volgen en dienen zij regelmatig in de praktijk professionele mediations te begeleiden. Met professionele mediations wordt bedoeld mediations die beroeps- of bedrijfsmatig zijn begeleid, en waaraan in elk geval ook een overeenkomst tot verlening van mediation ten grondslag ligt, zoals bedoeld in artikel 7:424a BW.

Een nieuwe mediator, die de vereiste opleidingen wel heeft gevolgd maar nog geen ervaring heeft met professionele mediations, kan een tijdelijke individuele uitzondering krijgen op het vereiste aantal jaarlijks verrichte professionele mediations dan wel het aantal uren dat hij aan professionele mediations heeft besteed. Hij zal dan gedurende een bepaalde periode werkzaam moeten zijn onder verantwoordelijkheid van een registermediator.

Voor bepaalde overheidsinstellingen wordt de verplichting geïntroduceerd om voor mediationdiensten in beginsel uitsluitend geregistreerde mediators in te zetten (art. 22 Wet registermediator). Met bepaalde overheidsinstellingen worden onder andere organen van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld, organen van gemeenten en provincies, het Openbaar Ministerie en de tot de rechterlijke macht behorende gerechten bedoeld. Voor private partijen blijft de mogelijkheid bestaan om bij een mediation gebruik te maken van niet-geregistreerde mediators.

Tuchtrecht

Vergelijkbaar met de bepalingen uit de Wet tuchtrechtspraak registeraccountants en de bepalingen inzake het tuchtprocesrecht, zoals geregeld in de Wet op het notarisambt, is ook in de Wet registermediator een hoofdstuk ‘tuchtrechtspraak’ opgenomen.

In artikel 23 lid 1 Wet registermediator is de algemene tuchtnorm opgenomen. Deze norm komt erop neer dat een registermediator zich heeft te gedragen zoals van een behoorlijk handelend registermediator mag worden verwacht. Dit betekent dat registermediators zich hebben te gedragen volgens de kernwaarden voor registermediators, zoals: de eigen onafhankelijkheid, de onpartijdigheid en het niet schaden van het vertrouwen in mediation en de eigen beroepsbeoefening. Deze kernwaarden vormen voor de tuchtrechter een toetssteen bij het beoordelen van het gedrag van een registermediator.

Eenieder (in het algemeen zijn dit partijen bij een mediation, maar ook bijvoorbeeld een beroepsorganisatie van mediators kan een klacht indienen) met enig redelijk belang kan door middel van een klaagschrift een klacht indienen bij het tuchtcollege ter zake van de wijze waarop een registermediator zich in het kader van de beroepsbeoefening heeft gedragen.

Maatregelen die bij gegrondverklaring van een klacht kunnen worden opgelegd, zijn onder andere: een waarschuwing, een berisping, een geldboete, de tijdelijke doorhaling van de inschrijving voor de duur van ten hoogste een jaar of de doorhaling van de inschrijving in het register. Zowel de klager als de betrokken registermediator kan tegen een beslissing van het tuchtcollege hoger beroep instellen bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

Conclusie en samenvatting

Mediation als conflictoplossing is sinds de jaren negentig van de vorige eeuw in Nederland in opkomst, maar kent tot op heden geen wettelijke basis. Wel zijn er verschillende organisaties ontstaan die zelf beroeps- en gedragsregels hebben ontwikkeld.

Onder invloed van Europese regelgeving en om mediation tussen natuurlijke personen en/of rechtspersonen en tussen burger en overheid extra te stimuleren is op 25 april 2013 een initiatiefwetsvoorstel met betrekking tot mediation gepubliceerd. Met de introductie van de ‘Wet registermediator’ zal aan ingeschreven mediators de wettelijk beschermde titel van registermediator worden toegekend. Aan deze titel zullen dan ook wettelijke kwaliteitseisen worden gekoppeld. Tevens zal er verschoningsrecht voor de registermediator – en voor eenieder die bij de mediation is betrokken – worden geregeld.

Voorts zal de mediationovereenkomst wettelijk worden omschreven. Deze overeenkomst regelt de vertrouwelijkheid, geldt als een bewijsovereenkomst en legt vast aan welke verplichtingen partijen zich in het kader van de mediation onder-

23. Zie voetnoot 8.

werpen. Wanneer in een overeenkomst een mediationclausule is opgenomen, zal deze voor partijen bindend zijn. De rechter houdt in dat geval de zaak aan en partijen worden verplicht om eerst mediation te beproeven. Tevens zal de verjaring van een rechtsvordering worden gestuit door mediation.

Daarnaast zal de registermediator, op gemeenschappelijk verzoek van de partijen waarmee hij een mediationovereenkomst is aangegaan, de kantonrechter kunnen verzoeken een (deel)geschil te beslechten. Ook zal in de wet worden geregeld dat de (vaststellings)overeenkomst op een eenvoudige manier (elektronisch) kan worden voorgelegd aan de rechter, die daaraan executoriale werking kan toekennen.

Niet alleen in het civiele recht, maar ook in het bestuursrecht en in het fiscale recht zal mediation een wettelijke basis krijgen en worden gestimuleerd. Bestuursorganen zullen belanghebbenden actief moeten wijzen op de mogelijkheid van de toepassing van mediation om het conflict op te lossen.