



de Rechtspraak

Mr. G.A. van der Steur
Lid van de Tweede Kamer der Staten-
Generaal voor de VVD
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

Directie Strategie en
Ontwikkeling

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (070) 361 97 23
f (070) 361 97 46
www.rechtspraak.nl

datum 25 januari 2012
contactpersoon Voorlichting
doorkiesnummer 070 - 361 9721
e-mail voorlichting@rechtspraak.nl
onderwerp Initiatiefnota wettelijke verankering mediation

Geachte heer Van der Steur,

Bij mailbericht van 7 december 2011 verzocht u de Raad voor de rechtspraak (hierna: de **Raad**) om commentaar op uw ‘initiatiefnota voor de wettelijke verankering van mediation’ (hierna: de **nota**). Middels onderstaand commentaar wordt aan dit verzoek voldaan, waarbij de Raad zich zal beperken tot de hoofdlijnen. Hij gaat er daarbij van uit dat hij, conform zijn wettelijke adviesrecht¹ in de gelegenheid zal worden gesteld advies uit te brengen over het concept initiatiefwetsvoorstel dat u in vervolg op de nota voornemens bent in te dienen. In dat advies zal de Raad nader kunnen ingaan op de inhoudelijke aspecten en een inschatting van de organisatorische en financiële gevolgen voor de Rechtspraak kunnen maken.

Algemeen

Bij de keuze tussen mediation en rechtspraak dient het belang van de rechtzoekende voorop te staan en de toegang tot de rechter te allen tijde gewaarborgd te zijn. Mediation moet niet worden gezien als het alternatief voor de verwachte vraaguitval bij de gerechten door de invoering van de kostendekkende griffierechten, zoals in de nota wordt gesteld. Het is een goed middel om in conflicten die zich daarvoor lenen te komen tot een oplossing van die conflicten door partijen zelf en de Rechtspraak onderschrijft het belang ervan. De Raad wil in dit verband niet nalaten erop te wijzen dat de Rechtspraak een voortrekkersrol heeft vervuld bij het stimuleren van mediation door in 2000 het project ‘Mediation naast rechtspraak’ te starten en vanaf 2005 het doorverwijzen naar mediators door de rechter structureel bij alle gerechten aan te bieden. Erkend moet echter worden – en dat wijst de praktijk ook uit –, dat mediation niet voor alle conflicten geschikt is. Het lijkt geen twijfel dat er meer conflicten via mediation zouden kunnen worden opgelost dan thans het geval is. De Raad schat echter in dat bij de rechtspraak geen sprake is van een enorm marktpotentieel. Het verdient aanbeveling gedegen onderzoek te

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechteren zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



de Rechtspraak

datum 25 januari 2012
pagina 2 van 4

verrichten naar het brede marktpotentieel.

In algemene zin adviseert de Raad terughoudendheid te betrachten met het formaliseren door middel van het wettelijk regelen van aspecten van mediation omdat dit juridisering van dit instrument in de hand werkt, terwijl de kracht ervan nu juist is gelegen in het informele karakter ervan.

Mediation wettelijk vastleggen

Indien tot een uitgewerkte regeling zou worden besloten en de overheid actief mediation gaat stimuleren of rechtzoekenden zelfs tot mediation zou verplichten (waarover hieronder nader), is naar de mening van de Raad onontkoombaar dat de overheid ook een grotere verantwoordelijkheid gaat nemen voor kwaliteitsregulering. Het is immers van belang dat er ten minste elementaire garanties zijn voor een eerlijke geschiloplossing, waarbij moet worden gedacht aan waarborgen rond onpartijdigheid, integriteit en kwaliteit. Het beroep van mediator en de eisen waaraan de beroepsbeoefenaren moeten voldoen zouden dan ook onderdeel van de wettelijke regeling moeten uitmaken. Dit biedt tevens een kader waarbinnen de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van mediators kan worden geregeld. Voorts ligt het in de rede dat een zodanige regeling wordt gecentreerd rond de mediationovereenkomst: het (verloop van het) proces van mediation, de rol van de mediator daarbij en de wederzijdse rechten en plichten van partijen.

De Raad is geen voorstander van het voorstel dat de mediator bindend adviseur wordt als mediation (gedeeltelijk) niet tot resultaat heeft geleid. Naast het feit dat een bindend adviseur andere (inhoudelijke) kennis en vaardigheden nodig heeft dan een mediator, doet dit afbreuk aan de basisgedachten achter mediation dat hetgeen tijdens het mediationproces besproken wordt vertrouwelijk is en dat partijen zelf tot een oplossing van het conflict komen. De praktijk leert dat een dergelijke rolwisseling aanleiding geeft tot allerlei misverstanden en onduidelijkheid voor partijen, met alle repercussies voor de naleving van het bindend advies van dien. Het bindend advies kan zo zelf onderdeel worden van een juridisch geschil waarover uiteindelijk alsnog de rechter zich zal moeten buigen.

Selectiviteit en verplichte mediation

Het succes van mediation, gemeten aan de hand van het slagingspercentage, wordt voor een belangrijk deel bepaald door een goede selectie van zaken die geschikt zijn voor mediation. Deze selectie behelst niet alleen een inhoudelijke beoordeling van het conflict. Mediation is een proces dat persoonlijke inzet van mensen vergt. Vrijwillige deelname aan mediation is daarom een wezenlijk element van de aard van deze conflictoplossingswijze. Ook al zou een zaak zich inhoudelijk daarvoor lenen, dan nog zal een mediation niet succesvol kunnen zijn als partijen of één van de partijen daaraan niet wil meewerken. In lijn hiermee dient een verplichting tot mediation alvorens partijen toegang tot de rechter krijgen van de hand te worden gewezen. Primair geldt daarbij dat een dergelijke (generieke) verplichting met alle extra kosten van dien beletselen opwerpt voor toegang tot de rechter, die op gespannen voet staan met het grondrecht van elke burger op toegang tot de rechter. Daarnaast geldt dat door mediation een verplichtend karakter te geven, de voordelen van de selectie van zaken die geschikt zijn voor mediation zullen vervallen. Verstandige selectie leidt tot hogere slagingspercentages. Het slagingspercentage zal dus verder onder druk komen te staan en de kosten en duur van het oplossen van geschillen zullen slechts toenemen. In de ruim zes jaar dat er op grotere schaal ervaring is opgedaan met mediation in



de Rechtspraak

datum 25 januari 2012
pagina 3 van 4

geselecteerde zaken is het slagingspercentage immers al niet of nauwelijks boven de 60% gekomen². Dit betekent dat zo'n 40% tot 50% van de partijen hun geschil alsnog langs andere weg tot een einde moeten zien te brengen en de mediation tot meer kosten en een langere duur heeft geleid, zij het soms met gunstige neveneffecten. Tot slot is hier van belang dat wordt voorkomen dat de naleving van bedoelde verplichting tot een nieuw juridisch geschilpunt tussen partijen wordt in de gerechtelijke procedure. Wil immers een dergelijke verplichting niet een lege huls zijn, dan zal daaraan een sanctie moeten worden verbonden, waarmee een geschil in een geschil is geboren. De praktijk in het Verenigd Koninkrijk wijst zulks uit.

In lijn met het voorgaande moeten ook andere voorstellen die voortkomen uit de gedachte dat 'van bovenaf' door de wetgever kan worden voorgeschreven hoe geschillen dienen te worden opgelost, worden ontraden. De wetgever zou de beperkingen van wetgeving onder ogen moeten zien en zich realiseren dat geschiloplossing maatwerk is. Daarbij komt dat het voorstel om partijen te verplichten vooraf aan de rechter kenbaar te laten maken waarom mediation, als het is geprobeerd niet is gelukt, in strijd komt met de voor mediation wezenlijke vertrouwelijkheid. Het voorstel om de rechter te verplichten partijen door te verwijzen als hem de aard van het geschil het meest voor mediation geschikt lijkt, voegt niets toe aan de bestaande situatie. Rechters zijn in de afgelopen jaren al in ruime mate – en worden in de toekomst verder – opgeleid voor conflictanalyse en het in dat kader met partijen onderzoeken of conflictoplossing via mediation de juiste vorm van conflictoplossing is. Indien dit het geval is verwijzen zij een zaak door naar mediation, uiteraard indien partijen daartoe de bereidheid hebben.

De Raad is een voorstander van het op een positieve manier stimuleren van mensen om vrijwillig te kiezen voor mediation, door hen de voordelen daarvan te laten zien. In dit verband is het te betreuren dat per 1 januari 2011 de (bescheiden) Stimuleringsbijdrage Mediation door het Ministerie van Veiligheid en Justitie is beëindigd, hetgeen zich moeilijk laat rijmen met de huidige plannen die het gebruik van mediation moeten bevorderen.

Overig

Ten aanzien van het door de rechter aan de vaststellingsovereenkomst toekennen van executoriale werking wordt het volgende opgemerkt. Zoals ook door staatssecretaris Teeven is opgemerkt in zijn brief van juni 2011 aan de Tweede Kamer over E-court, stelt de wetgever met reden uitdrukkelijk zware eisen aan het toekennen van een executoriale titel.³ De executoriale titel heeft immers een dwingend karakter (de overheidsmacht, de 'sterke arm' is eraan verbonden) en dient om die reden alleen te worden verleend indien er adequate waarborgen zijn dat deze op een rechtmatige en correcte wijze tot stand is gekomen. Tussenkomen van de rechter of een notariële – door partijen ondertekende – akte bieden nu die waarborgen. In geval van een mediation die na doorverwijzing door de rechter heeft plaatsgevonden, kan de vaststellingsovereenkomst worden opgenomen in een proces verbaal, beschikking of vonnis en kan daaraan aldus executoriale werking worden toegekend. Daarnaast kunnen partijen de overeenkomst

² Gebaseerd op SEO onderzoek en cijfers van de Rechtspraak zelf: hoogste percentage was in 2006, 61%

³ Kamerstukken II, 29 279, nr. 122.



de Rechtspraak

datum 25 januari 2012
pagina 4 van 4

vastleggen in een notariële akte. Zonder voornoemde garanties moet het toekennen van executoriale werking aan vaststellingsovereenkomsten worden afgewezen.

Forensische mediation

De Raad merkt tot slot op dat hetgeen de in de notitie wordt aangeduid als ‘forensische mediation’ geen mediation is. De voor mediation cruciale vertrouwelijkheid ontbreekt, aangezien op voorhand vaststaat dat de deskundige aan de rechter zal rapporteren. De aanduiding ‘forensische mediation’ moet daarom worden gezien als een *contradictio in terminis* en kan beter, om verwarring te voorkomen, worden vermeden.

De Raad hoopt u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd en is desgewenst bereid hier nader met u van gedachten over te wisselen. De adviesaanvraag ten aanzien van het concept initiatiefwetsvoorstel ziet de Raad te zijner tijd met belangstelling tegemoet.

Hoogachtend,

mr. F.W.H. van den Emster
Voorzitter