



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 (088) 361 0000
f (088) 361 0022
www.rechtspraak.nl

datum 26 juni 2013
e-mail voorlichting@rechtspraak.nl
cc De Minister van Veiligheid en Justitie
onderwerp Wetsadvisering concept initiatiefwetsvoorstellen Mediation

Geachte heer Van der Steur,

Bij brief van 25 april 2013 verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de “**Raad**”) advies uit te brengen inzake de concept initiatiefwetsvoorstellen Wet registermediator, Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht en Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht (de “**Wetsvoorstellen**”). De wetsvoorstellen hebben in het algemeen tot doel ordening van mediation in wet- en regelgeving aan te brengen. Met de wetsvoorstellen wordt beoogd de kwaliteit van registermediators te borgen, en wordt de mediationovereenkomst gedefinieerd en in het civiele- en bestuursrecht mediation als alternatief voor de traditionele rechtsbescherming verankerd.

In het onderstaand advies zal eerst in algemene zin worden ingegaan op de wetsvoorstellen (onderdeel I). Vervolgens zal per wetsvoorstel advies worden gegeven (onderdelen II, III en IV). Het wetstechnische commentaar is opgenomen in een bijlage.

Gehoord de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de 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 werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



de Rechtspraak

datum 26 juni 2013
pagina 2 van 13

Advies

I Algemeen

Het algemene standpunt van de Rechtspraak ten aanzien van mediation is verwoord in het advies over de initiatiefnota wettelijke verankering mediation. Dit advies is u op 25 januari 2012² toegezonden en is als bijlage bij dit advies gevoegd. Het verheugt de Raad dat met een aantal opvattingen uit dat advies in de wetsvoorstellen rekening is gehouden, zoals het niet verplicht stellen van mediation, het bindend advies en de kwaliteitsregulering van mediators.

In aanvulling van het eerder uitgebrachte advies wil de Raad over de voorliggende initiatiefwetsvoorstellen het volgende opmerken.

Wettelijke verankering

De Raad is van mening dat het goed is dat mediation wordt gestimuleerd zodat dit instrument vaker dan nu wordt ingezet. Mediation is een geschikt instrument om geschillen die zich ervoor lenen, te beslechten. Er bestaat geen bezwaar om mediation wettelijk te verankeren, mits het hiermee geen verplicht karakter krijgt. Vrijwillige deelname aan mediation is een wezenlijk element van de aard van deze wijze van conflictoplossing. Daarnaast zijn niet alle conflicten geschikt voor mediation, ook niet als er een relationeel aspect aan de zaak zit. Soms hebben mensen een oordeel nodig waarmee hun rechtspositie duidelijk wordt.

Naast wettelijke verankering is de Raad er een voorstander van om mensen op een positieve manier te stimuleren om vrijwillig te kiezen voor mediation. In de wetsvoorstellen worden ideeën hierover gemist. Ook wordt de vraag opgeworpen welke andere maatregelen worden genomen om mediation onder de aandacht te brengen bij bijvoorbeeld advocatuur, incassogemachtigden, en het juridisch loket.

Juridisering van mediation

In zijn eerdere advies heeft de Raad gewezen op de nadelen van te sterke juridisering van mediation. Doordat in het Wetsvoorstel registermediator is opgenomen dat de registermediator juridische kennis en specialisatie op rechtsgebieden dient te hebben wordt registermediator in enige mate tot een juridisch beroep gemaakt. Naar de mening van de Raad is de bijdrage van andere disciplines dan de juridische aan mediation waardevol en is de kracht van mediation nu juist gelegen in het feit dat het niet alleen over juridische posities gaat. Door de in het voornoemde wetsvoorstel gemaakte keuze lijkt juridisering in de hand te worden gewerkt en dat zou ten koste kunnen gaan van de aantrekkelijkheid van deze methode van geschiloplossing.

² kenmerk UIT 4689 S&O / RMD, rechtspraak.nl, onder wetgevingsadvisering nr. 2012/02



de Rechtspraak

datum 26 juni 2013
pagina 3 van 13

Definitie begrip mediation

De Raad mist in de wetsvoorstellen een definitie van mediation. Als reden wordt in de Memorie van Toelichting³ (MvT) genoemd dat het begrip in de praktijk een zeer ruime interpretatie kent en onvoldoende omlijnd is om als zodanig te kunnen specificeren. Dit zal naar het oordeel van de Raad in de praktijk tot onduidelijkheid kunnen leiden, omdat de mediationovereenkomst wel wordt geregeld⁴ en ook bijvoorbeeld eisen worden gesteld aan het aantal professionele mediations die als inschrijvingsvoorwaarde worden gesteld. De Raad adviseert u daarom een definitie van mediation in een van de wetsvoorstellen op nemen.

Mediation en de verscheidene rechtsgebieden

Mediation in het bestuursrecht is van een andere orde en functioneert op een andere wijze dan mediation in het civiele recht. Bij mediation in het bestuursrecht zijn vaak meerdere partijen betrokken. Niet alleen het bestuursorgaan en diegene tot wie het besluit is gericht⁵, maar ook derden die als belanghebbende kunnen worden aangemerkt, kunnen bij een bestuursrechtelijk geschil betrokken zijn. Hoe meer personen of bedrijven bij het besluit betrokken zijn, des te meer partijen er in het mediationtraject een rol zouden kunnen spelen. Dit roept vragen op ten aanzien van de afbakening van de kring van personen of bedrijven die deelnemen aan de mediation bij een geschil over een besluit. In het verlengde daarvan dient de vraag te worden gesteld wat de gevolgen zijn van de uitkomst van die mediation ingeval van betrokkenheid van een bredere kring van personen of bedrijven die niet alle aan de mediation hebben deelgenomen.

Verder is van belang te onderkennen, dat een bestuursorgaan niet - zoals een civiele partij - de zaak zo gunstig mogelijk voor de eigen belangen kan voorstellen, maar gehouden is om zonder vooringenomenheid het recht toe te passen. Ook dit is een belangrijk verschil met het civiele recht waar partijen in beginsel alleen voor zichzelf hoeven op te komen en niet de behartiging van het algemeen belang hoeven te waarborgen. Daarbij mag niet vergeten worden dat in het bestuursrecht het bestuursorgaan eenzijdig publiekrechtelijke macht uitoefent ten opzichte van de burger. De Raad adviseert de rechtspraak meer houvast te bieden door in de wettekst of in de toelichting bij de wetsvoorstellen per rechtsgebied specifiekere aandacht te besteden aan de beoogde toepassing van mediation.

³ MvT blz. 37 – 38.

⁴ Voorgestelde artikel 7:424a BW

⁵ De aanvrager van het besluit of iemand voor wie rechten en plichten in het leven worden geroepen zonder dat hij hierom heeft verzocht.



de Rechtspraak

datum 26 juni 2013
pagina 4 van 13

II Wet registermediator

Algemeen

Voor een succesvolle verwijzing door rechters naar mediators is het van belang dat zowel verwijzers (rechters), als partijen en hun advocaten vertrouwen hebben in de kwaliteit van de in te schakelen mediators en dat er voldoende en kwalitatief goede mediators zijn ingeschreven met verschillende achtergrond, passend bij de verschillende conflicten en partijen. De Rechtspraak hecht blijvend belang aan betrouwbare kwaliteit van de in te zetten mediators en het zicht daarop. Hierbij wordt erop gewezen dat conflicten van partijen die gekozen hebben voor de gang naar de rechter vaak al ver geëscaleerd zijn. Indien deze zaken naar mediation verwezen worden, vergt dit extra vaardigheden van de behandeld mediator. Daarnaast zal de inzet van kwalitatief goede mediators ook een positieve invloed hebben op het slagingspercentage van de verwezen zaken. Niet vergeten moet worden dat als een mediation (gedeeltelijk) mislukt de zaak alsnog terugkomt bij de rechter. Vaak zijn de conflicten dan juist verder geëscaleerd, hebben partijen extra kosten moeten maken en heeft de beslechting van hun geschil langer geduurd dan zonder mediation het geval zou zijn geweest.

Artikelsgewijs commentaar

Artikel 3

De eisen waaraan de aanvrager moet voldoen alvorens hij in het register kan worden ingeschreven worden in een algemene maatregel van bestuur (AMvB) opgenomen. Opvallend is dat die eisen kennelijk niet zien op de mediationvaardigheden waarover een registermediator zou moeten beschikken.

De bij de adviesaanvraag gevoegde voorbeeld AMvB roept de volgende vragen op.

In de eerste plaats lijkt het uitgangspunt te zijn dat een registermediator altijd gespecialiseerd moet zijn op een bepaald rechtsgebied. De Raad vraagt zich af of zo'n specialisatie altijd nodig is. Veel conflicten zijn met algemene mediationvaardigheden uitstekend op te lossen. Het huidige systeem van een algemeen opgeleide mediator met algemene juridische kennis in die opleiding, en daarnaast voor sommige rechtsgebieden een specialisatie (bijvoorbeeld op het gebied van het familierecht), lijkt goed te voldoen. De Raad wijst erop dat ook gedragskundige mediators (o.a. psychologen en orthopedagogen) van grote waarde zijn voor de rechtspraak. Deze mediators lijken nu geen geregistreerd mediator te kunnen worden, tenzij zij ook juridisch geschoold zijn. Zoals hierboven al werd opgemerkt, zou dit een verlies betekenen. Een alternatief zou kunnen zijn als de hier bedoelde mediators de overeenkomsten die zij opstellen en de afspraken die daarin staan laten opstellen, dan wel controleren door daarvoor wel geschoolde personen.

Verder wordt opgemerkt dat door de eisen opgenomen in artikel 5 sub f van de voorbeeld AMvB waarschijnlijk alleen (vrijwel) full time werkende mediators in het register kunnen komen. Mogelijk kunnen hierdoor veel van de huidige goed functionerende part time mediators niet in het register worden opgenomen. Het is dan de vraag of er voldoende mediators in het register komen om de diensten, organen en instanties genoemd in artikel 22 van het wetsvoorstel voldoende te kunnen bedienen.



de Rechtspraak

datum 26 juni 2013
pagina 5 van 13

III Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht

Algemeen

In de praktijk blijkt dat raadslieden nogal eens een (grote) rol spelen bij het afwijzen van een keuze voor mediation. Advocaten staan soms sceptisch tegenover een mediationstraject, waardoor de verwijzing wordt bemoeilijkt en op zitting het commitment van niet alleen partijen, maar ook hun advocaten moet worden getoetst. Die sceptische houding zal zich, zo mag worden aangenomen, ook voordoen in de fase die voorafgaat aan gerechtelijke procedure. Op dat punt kan een positieve stimulans van het wetsvoorstel uitgaan nu het advocaten en andere belangenbehartigers c.q. gemachtigden stimuleert om mediation te proberen. De Raad merkt op dat hiermee echter de voor het succes van een mediation bepalende factor, namelijk de inzet en toewijding van partijen en hun vertegenwoordigers nog niet is zeker gesteld. Hij adviseert om in de toelichting aandacht te besteden aan de manier waarop de indiener meent het gebruik van mediation bij belangenbehartigers/gemachtigden/advocaten te stimuleren, nu zij vaak vanaf het begin af aan betrokken zijn bij een conflict en bij de keuze voor mediation een belangrijke rol spelen.

Artikelsgewijs commentaar

Artikel 3:316 lid 4 en lid 5 BW (stuiting van verjaring) en artikel 3:319 lid 3 BW (nieuwe verjaringstermijn)

Volgens het huidige artikel 3:319 lid 1 Burgerlijke Wetboek gaat daags na stuiting van de verjaring een nieuwe verjaringstermijn lopen. Dat verdraagt zich niet met het uitgangspunt dat tijdens mediation geen verjaring zou moeten plaatsvinden. In het wetsvoorstel wordt dit probleem ondervangen door aan artikel 3:319 BW een nieuw lid 3 toe te voegen, dat een ingewikkelde regeling bevat. In geval van mediation begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen daags nadat de mediation is geëindigd, ofwel op de voet van het nieuwe artikel 424a lid 6 BW ofwel doordat gedurende zes maanden in een mediation door geen van partijen (dus niet: de mediator) enige handeling 'van betekenis' is verricht. Dat laatste zal niet eenvoudig bewezen kunnen worden zonder het vertrouwelijke karakter van de mediation te schenden. Vervolgens bedraagt de nieuwe verjaringstermijn drie jaar, zij het dat de verjaringstermijn niet eerder kan zijn voltooid dan op het moment dat de oude, gestuite, verjaringstermijn zou zijn voltooid. Aangezien de meeste verjaringstermijnen van rechtsvorderingen vijf jaar bedragen, en normaal gesproken na stuiting ingevolge artikel 3:319 lid 2 BW de nieuwe verjaringstermijn ook vijf jaar is, is alertheid geboden: na mediation (en dus ook mediation die partijen buiten een gerechtelijke procedure zelf hebben geïnitieerd) verjaart de vordering dus op zijn vroegst al na drie jaar. De Raad adviseert om het gebruik van deze van het overige verjaringsrecht afwijkende termijn nogmaals te bezien en indien deze wordt gehandhaafd in de toelichting beter dan thans te beargumenteren waarom voor deze afwijking is gekozen.

Bij artikel 3:319 wordt voorts opgemerkt dat in het voorstel geen rekening wordt gehouden met gedeeltelijk geslaagde mediations, waarbij over een deel nog geprocedeerd kan gaan worden. Verzocht wordt hier nader op in te gaan.



de Rechtspraak

datum 26 juni 2013
pagina 6 van 13

Dat de verjaring van een rechtsvordering ook gestuit wordt door aanvang van de mediation, werpt de vraag op, hoe wordt bepaald wat 'de rechtsvordering' is. De mediationovereenkomst maakt vaak slechts in heel algemene zin melding van het onderwerp van de mediation, bv. als 'burenruzie', 'arbeidsconflict', 'zakelijk conflict'.

Overigens worden vraagtekens geplaatst bij de aanname dat mediation een geschikt instrument zou zijn om als stuitingshandeling te beschouwen, omdat het hier uitdrukkelijk niet gaat om een 'daad van vervolging' (zoals in 3:316 BW is bepaald), hetgeen wel geldt voor het instellen van een eis, het verkrijgen van een bindend advies (op een rechtsvordering), dan wel starten van een arbitrageprocedure. Kernpunt van de stuiting is dat de schuldeiser duidelijk maakt dat hij zich ondubbelzinnig zijn rechten voorbehoudt. Dit lijkt haaks te staan op de essentie van een mediation, die juist is gelegen in het vinden van een voor beide partijen aanvaardbare uitkomst.

Artikel 22a Rv

- Lid 1: De rechter zal alleen verwijzen naar een mediator met instemming van de partijen. Dit in verband met de voor effectieve mediation vereiste vrijwilligheid en het grondrecht dat niemand tegen zijn zin van de gang naar de rechter kan worden afgehouden. De Raad adviseert dit in het eerste lid tot uiting te laten komen en in de tekst expliciet op te wijzen dat alle partijen dienen in te stemmen met de verwijzing naar een mediator.

Wat betreft het vermelden van de relationele dimensie, wordt opgemerkt dat bijna ieder geschil een relationele dimensie kent. Een dergelijk vermoeden opnemen voegt niets toe en kan daarom naar het oordeel van de Raad kunnen worden geschrappt.

- Lid 2 staat eveneens haaks op de gedachte dat mediation dient te geschieden op basis van vrijwilligheid, die niet alleen formeel dient te bestaan om mediation effectief te beproeven, maar ook materieel. De Hoge Raad heeft dan ook geoordeeld dat partijen bij een dergelijke mediationclausule in een eerder gesloten convenant of vaststellingsovereenkomst niet kunnen worden gehouden, omdat het partijen ten onrechte afhoudt van de burgerlijke rechter (HR 8 mei 2009, RFR 2009, 81). Hier komt bij dat bij het ontbreken van vrijwilligheid mediation weinig kansrijk is en slechts een duur oponthoud dreigt te worden. De rechter moet toetsen of daadwerkelijk sprake is van vrijwilligheid en alleen dan de zaak verwijzen naar mediation.

Artikel 96a Rv

Artikel 96a ziet op het voorleggen van geschilpunten door *een registermediator* aan de rechter langs elektronische weg. Hierbij wordt opgemerkt dat het geschil van partijen is, dus zij (en niet zoals in lid 1 is opgenomen, de registermediator) dienen een gemeenschappelijk verzoek tot beslechting van een (deel)geschil in te dienen, waarbij de registermediator eventueel het verzoek mede kan ondertekenen (niet als procespartij) om blijk te geven van de ondersteuning van het verzoek. In lid 1 wordt verder opgevoerd dat partijen de kantonrechter een instructie kunnen geven op welke wijze zij het geding wensen te voeren. Dit staat op gespannen voet met lid 2 dat bepaalt dat het verzoekschrift elektronisch ingediend moet worden. In lid 3 wordt daarnaast bepaald dat de rechter elektronisch zijn vonnis bericht aan de registermediator.

De Raad is voorstander van het gebruik van elektronische middelen, maar de diverse waarborgen die met een digitale procedure gemoeid gaan, kunnen niet aan partijen worden overgelaten zoals thans in het wetsvoorstel wordt neergelegd.



de Rechtspraak

datum 26 juni 2013

pagina 7 van 13

De Raad ontwikkelt momenteel in het programma Kwaliteit en Innovatie (KEI) een volledig digitale procedure. Stukken dienen op een elektronisch veilige en betrouwbare manier te worden ingediend bij de Rechtspraak op een wijze zodat de Rechtspraak deze stukken weer verder in haar digitale systemen en werkprocessen kan verwerken. Indiening en procesvoering op elektronische wijze kan alleen succesvol plaatsvinden als dit gebeurt volgens de kaders die de Rechtspraak stelt.

De Raad is het eens met het standpunt dat door het voeren van een eenduidige digitale procedure snelheid kan worden gemaakt om tot een beslissing te komen. De uitspraaktermijn (een novum in het burgerlijk recht) van drie weken die in het derde lid genoemd wordt, is echter zelfs met het achterwege laten van een zitting, niet realistisch. Het is denkbaar dat de kantonrechter nog nadere vragen heeft aan partijen. Immers, bij de vraag aan de kantonrechter zullen alle relevante feiten moeten worden vermeld en ook de juridische grondslag en de context moeten duidelijk genoeg zijn om te kunnen beslissen. De toepassing van het recht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als er iets ontbreekt of niet duidelijk is zal de kantonrechter aanvullende vragen hebben en/of de partijen willen horen. Het is ook denkbaar dat na kennisneming van de geschilpunten de kantonrechter of partijen toch behoefte hebben aan een mondelinge behandeling. De Raad kan zich niet vinden in de opvatting in de toelichting bij het wetsvoorstel om de mondelinge behandeling al bij voorbaat uit te sluiten. Hij wijst er daarbij op dat ook in de wetgeving die in voorbereiding is in het kader van het programma KEI een mondelinge behandeling van de zaak het uitgangspunt is⁶. Wel kan in de procedure worden besloten om af te zien van de mondelinge behandeling. In alle gevallen geldt dat de rechter pas uitspraak kan doen als hij voldoende geïnformeerd is. In de MvT wordt aangehaald dat de indiener meent dat de kantonrechter met een relatief lichte motivering van diens beslissing kan volstaan, zodanig dat voor de partijen in de mediation begrijpelijk is hoe hij tot zijn beslissing is gekomen. Het is echter aan de rechter om te bepalen hoe ver zijn motiveringsplicht gaat. Bij dit alles dient in ogenschouw te worden genomen, dat een beslissing op een geschilpunt partijen bindt, ook indien de daarna voortgezette mediation niet tot resultaat leidt. Het ligt daarom niet voor de hand om aan de procedure waarlangs de beslissing tot stand komt lagere eisen te stellen dan aan beslissingen die niet in het kader van een mediation plaatsvinden. Gelet op het voorgaande adviseert de Raad om de uitspraaktermijn niet op te nemen in de wet, maar gerechten zelf een realistische termijn te laten vastleggen in hun procesreglement. In het project e-kantonrechter ontwikkelt de Raad momenteel een digitale procedure gebaseerd op het huidige artikel 96 Rv. Hierbij zal naar verwachting worden uitgegaan van een procedure met een duur van 6 (zonder zitting) tot 8 (met zitting) weken. Deze termijn lijkt op dit moment reëel, maar zal nog nader worden beproefd als dit najaar de digitale procedure bij de e-kantonrechter wordt ingevoerd. De Raad begrijpt dat in dit geval wordt afgeweken van het uitgangspunt dat tegen een rechterlijke beslissing hoger beroep openstaat. Wel zou, gegeven de beperkte waarborgen van de procedure waarlangs de hier bedoelde deelbeslissing tot stand komt, dienen te gelden dat de rechter, als hij in een later stadium toch het hele geschil te beslissen krijgt, niet is gebonden aan die deelbeslissing.

⁶ Brief van de minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer van 11 juni 2013 (Programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak).



de Rechtspraak

datum 26 juni 2013
pagina 8 van 13

De vraag is tevens of dit voorstel zich wel verhoudt tot de wettelijke bevoegdheidsregels, indien een zaak met een geldelijk belang boven 25.000 euro aan de kantonrechter wordt voorgelegd. Of is het plan dat een geheel andere procedure wordt ingevoerd voor een dergelijk deelgeschil? Verder is niet ondenkbaar dat deze mogelijkheid voor partijen een nieuw - goedkoper - alternatief zal bieden om hun geschil aan een rechter voor te leggen, hetgeen een grote toeloop van dergelijke verzoeken tot gevolg kan hebben; ook in zaken die zich niet lenen voor een eenvoudige en snelle behandeling door de kantonrechter. Daarmee zou op oneigenlijke wijze van deze mogelijkheid gebruik kunnen worden gemaakt.

Artikel 96b Rv

Lid 1: In beginsel wordt de mogelijkheid van bekrachtiging zinvol geacht. Het bedoelde verzoek moet ook door partijen zelf ingediend kunnen worden (zie het commentaar bij artikel 96a Rv).

Lid 2: Verwezen wordt naar hetgeen hierover bij artikel 96a is opgemerkt.

Lid 3: Geadviseerd wordt om dit lid te schrappen. De kantonrechter is thans niet de bevoegde rechter in de hier bedoelde procedures en heeft daarmee dan ook geen ervaring. Niet valt in te zien waarom partijen, die hun (scheidings-/ontbindings-) geschil met behulp van mediation hebben opgelost, niet aansluitend op de normale wijze een gemeenschappelijk verzoek bij de rechtbank zouden kunnen indienen.

- artikel 339 en 358 Rv

Appeltermijnen zijn bij uitstek van openbare orde. Er moet geen onduidelijkheid over de lengte ervan bestaan. Het is dan ook niet wenselijk de termijn voor hoger beroep op te schorten in geval van mediation.

Artikel 4, eerste lid van de Wet griffierechten burgerlijke zaken

De Raad plaatst vraagtekens bij de voorgestelde uitzonderingen met betrekking tot de heffing van griffierecht. Het lijkt verstandig om een (hoewel geringe) financiële drempel op te werpen om lichtvaardig beroep op de rechter tegen te gaan en gewaakt moet worden tegen mogelijk oneigenlijk gebruik van de regeling in de hiervoor bedoelde zin teneinde betaling van griffierecht te omzeilen.

IV Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht

Algemeen

Het bestuursorgaan heeft bij vaststelling van de juridische positie van de burger een grote voorsprong ten opzichte van die burger. Vraag is hoe - in het mediationtraject - kan worden gewaarborgd dat de burger ook daadwerkelijk krijgt waarop hij recht heeft. Beseffen burgers die instemmen met mediation wat mediation betekent? De Raad ziet graag dat in het wetsvoorstel dieper wordt ingegaan op de "technische" kant van het mediationtraject in het bestuursrecht.

Het valt voorts op dat de invordering van belastingen buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel lijkt te blijven en de Raad adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan de redenen voor deze keuze.



de Rechtspraak

datum 26 juni 2013
pagina 9 van 13

Artikelsgewijs commentaar

Artikel 2:4a Awb

Het nieuwe artikel 2.4a Awb geeft aan dat het bestuursorgaan een inspanningsverplichting heeft om, indien daartoe aanleiding is, in contact te treden met de belanghebbende. De MvT geeft aan dat van het bestuursorgaan wordt verwacht dat zij tracht om informeel contact te leggen met de belanghebbende als voorzienbaar is dat een formele juridische procedure dreigt of in de situatie dat er al een bezwaarschrift is ingediend. De Raad vraagt zich af waarom ervoor is gekozen om de inspanningsverplichting te “activeren” als er al eenmaal een besluit is genomen. Het kan juist tijdens de voorbereiding van het besluit handig zijn om al in contact te treden met diegene tot wie zich het besluit richt.

Zoals in de MvT uiteen is gezet en in het bovenstaande ook is opgemerkt, is artikel 2:4a Awb ook van toepassing als er al een bezwaarschrift is ingediend. In de Awb zijn er voor wat betreft de bezwaarprocedure al contactmomenten voorgeschreven zoals de hoorplicht of de zienswijze procedure. Dit laat onverlet dat het van belang is dat een bestuursorgaan in een zo vroeg mogelijk stadium informeel contact opneemt met betrokkene. Het bestuursorgaan dient, naar de mening van de Raad, in alle fasen in te zetten op het achterhalen van wat er bij de burger speelt en daarop ook gepast te reageren.

Door toevoeging van artikel 2:4a aan de Awb beoogt de opsteller, zo begrijpt de Raad, uiteindelijk een plicht in het leven te roepen voor een bestuursorgaan om de burger te benaderen indien hij bezwaar heeft gemaakt of dreigt te zullen maken, indien daartoe aanleiding bestaat. Vervolgens wordt in de toelichting uiteengezet wat onder de zinsnede “indien daartoe aanleiding bestaat” verstaan dient te worden. Dit laatste neemt echter niet weg dat de bepaling vaag geformuleerd is en het de vraag is of zij een voldoende basis biedt voor het bereiken van het door de opsteller beoogde resultaat. Voorts lijkt de plaatsing ervan in hoofdstuk 2 tot gevolg te hebben, dat de bepaling van toepassing is op al het handelen van bestuursorganen waaronder ook niet-appellabele besluiten zoals algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels en feitelijke handelingen. De Raad vraagt zich af of dit inderdaad de bedoeling is van de opsteller van het wetsvoorstel en adviseert om, als dat zo is, ter zake nadere toelichting te verschaffen.

Voorts vraagt de Raad zich af wat met het begrip “contact” bedoeld wordt. Wat dient hieronder te worden verstaan? Tot hoever gaat deze inspanning van het bestuursorgaan? Dit verdient nadere toelichting.

Artikel 7:3a, eerste lid, van de Awb

Met het nieuwe artikel 7:3a, eerste lid, Awb wordt beoogd dat bestuursorganen de noodzaak gaan voelen om mediation te proberen door belanghebbenden in de gelegenheid te stellen deel te nemen aan de mediation. Het valt de Raad op dat artikel 7:3a Awb slechts geldt voor besluiten waartegen bezwaar kan worden gemaakt. In wetsvoorstel⁷ noch toelichting wordt aandacht besteed aan bijvoorbeeld de procedure van administratief beroep⁷ of de zienswijze procedure.

⁷ In veel opzichten te vergelijken met de bezwaarprocedure.



de Rechtspraak

datum 26 juni 2013
pagina 10 van 13

Artikel 7:3a, tweede lid, van de Awb

In het voorgestelde tweede lid van artikel 7:3a Awb wordt het bestuursorgaan opgedragen om naast de indiener van het bezwaarschrift ook diegenen te benaderen voor mediation die hun zienswijze⁸ naar voren hebben gebracht. Verwezen wordt aldus naar diegenen die door het bestuursorgaan op grond van de hoorplicht zijn benaderd om hun zienswijze te geven. Deze kring is door de wetgever sterk beperkt en komt niet overeen met diegene die als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt. De Raad vraagt zich daarom af wat met het tweede lid bedoeld wordt. Is het de bedoeling de belanghebbende te informeren over het feit dat een of meer belanghebbenden in de gelegenheid worden gesteld om aan de mediation deel te nemen? Zo ja, mogen zij dan ook meedoen aan de mediation? De Raad verzoekt de redactie van dit artikel te verduidelijken.

Artikel 7:12 Awb

Aan dit artikel wordt een artikellid toegevoegd dat bepaalt dat indien geen mediation heeft plaatsgevonden de redenen hiertoe door het bestuursorgaan (in de beslissing op bezwaar) worden vermeld. De Raad vraagt zich af of deze toevoeging zinvol is nu een dergelijke plicht al snel zal kunnen uitmonden in het opnemen van een standaardformulering. Dit temeer nu in de MvT wordt gemeld deze redenen geen zelfstandig appellabel onderdeel van de beslissing op bezwaar is vormen. De Raad veronderstelt dat bedoeld wordt dat de beslissing om niet tot mediation over te gaan niet appellabel is⁹. Overigens wijst de Raad erop dat als de opsteller dit laatste ook daadwerkelijk wil bereiken, dit met zoveel woorden in de Awb zal moeten worden bepaald. De huidige redactie van artikel 7:12 Awb in combinatie met de MvT lijkt daartoe onvoldoende.

Artikel 8:32a Awb

Artikel 8:32a Awb heeft tot doel om bewust een moment in te bouwen waarbij actief wordt overwogen of in de beroepsprocedure van mediation gebruik kan worden gemaakt. De Raad wijst erop dat dit in de praktijk al gebeurt en verwijst daarbij naar de grote inspanningen van de laatste jaren in het kader van de 'nieuwe zaaksbehandeling' waarbij de bestuursrechter veel meer het conflict dat partijen verdeeld houdt, centraal stelt en probeert een bijdrage te leveren aan de oplossing van dat conflict. Hij wijst verder op het eerder genoemde programma KEI dat is gericht op de digitalisering en vereenvoudiging van het procesrecht. Daaruit blijkt dat één van de grote voordelen van het bestuursprocesrecht is gelegen in het feit dat het zeer flexibel is waardoor reeds nu voor elk conflict de meest passende wijze van geschiloplossing kan worden gekozen. De ene keer is dat een schikking ter zitting, de andere keer mediation en als schikking of mediation geen kans van slagen hebben, de juridische beslechting van het geschil, al dan niet na een tussenuitspraak. De Raad wil daarbij benadrukken dat die flexibiliteit van grote waarde is omdat op die wijze maatwerk geleverd kan worden en pleit ervoor deze flexibiliteit ook in de toekomst te behouden.

⁸ De term zienswijze is in deze ongelukkig nu er na de 'zienswijzeprocedure' op grond van de Awb geen bezwaar mogelijk is.

⁹ Door het voorgestelde artikel 7:3a Awb kan worden beargumenteerd dat de beslissing om mediation aan te bieden als een besluit kan worden aangemerkt nu het hier om een bevoegdheid van het bestuursorgaan gaat. Als verondersteld wordt dat het geen besluit is, is de bepaling overbodig nu de motivering van iets dat geen besluit is, niet appellabel is.



de Rechtspraak

datum 26 juni 2013
pagina 11 van 13

De enkele wettelijke verankering van een bestaande werkwijze heeft volgens de Raad geen meerwaarde en kent het risico dat die wettelijke bepalingen die werkwijze door onnodige formalisering in de weg staan. De Raad vraagt de opsteller in de MvT in te gaan op de bestaande praktijk en verzoekt hem toe te lichten in welke opzichten het wetsvoorstel daadwerkelijk aanpassingen daarvan beoogt. Terzijde wordt opgemerkt dat de plaatsing van dit artikel tussen afdeling 8.1.5 (partijen) en afdeling 8.1.6 (getuigen, deskundigen en tolken) vreemd aandoet omdat mediation met geen van deze afdelingen te vergelijken is.

Artikel 22 en 22a AWR

Het nieuwe hoofdstuk Mediation in de Algemene Wet Rijksbelastingen (AWR) geeft enkele definities. Zo wordt onder andere een definitie gegeven van de “interne registermediator”. Hieronder wordt verstaan een mediator die werkzaam is bij de Belastingdienst. De Raad merkt op dat bij lokale heffingen en bij lokale overheden dan per definitie een mediator ontbreekt. Is het de bedoeling, gelet op de tekst van artikel 22a AWR, dat mediation bij lokale heffingen wordt beheerst door de Awb? De Raad merkt op dat dit niet consistent lijkt met het feit dat via de Gemeentewet de AWR van toepassing is op lokale heffingen. Voor het geval mediation bij lokale heffingen wel onder de AWR valt, merkt de Raad op dat ook het begrip belanghebbende in artikel 22 AWR wordt omschreven. De Raad wijst er op dat de belanghebbende in zin van artikel 24 Wet waardering Onroerende Zaken (WOZ) hier niet onder geschaard kan worden en vraagt zich af of hiermee door de opsteller rekening is gehouden.

Werklast

Een berekening en onderbouwing van de werklastgevolgen van deze wetsvoorstellen is voor de Rechtspraak niet mogelijk gebleken. De cijfermatige onderbouwing in de MvT heeft betrekking op een totaal geschat marktpotentieel van circa 1,1 miljoen geschillen (schema pagina 13 MvT) die in aanmerking zouden kunnen komen voor mediation. Dit aantal is exclusief het aantal zaken dat betrekking heeft op de zakelijke markt. Het potentieel voor de zakelijke markt is onbekend. Een doorvertaling naar mogelijke gevolgen voor de Rechtspraak is niet gemaakt. In zijn eerder uitgebrachte advies heeft de Raad opgemerkt dat er naar zijn inschatting bij de Rechtspraak geen sprake is van een enorm marktpotentieel. Aanbevolen is om gedegen onderzoek te verrichten naar het brede marktpotentieel. Dit onderzoek is, zover bekend, (nog) niet uitgevoerd.

Het is aannemelijk dat de mate waarin mediation nu succesvol is, samenhangt met de geschillen die nu al worden aangemerkt als potentieel kansrijk om middels mediation te worden beslecht. Het is niet waarschijnlijk dat de geschillen waarin nu geen mediation plaatsvindt, op een zelfde succespercentage kunnen rekenen. Hoe die verhouding ligt is echter onbekend. Daarmee is ook onbekend in hoeverre het aantal zaken dat wordt voorgelegd aan de rechter, zal wijzigen. En daarmee ook hoe invoering van deze wetsvoorstellen zullen doorwerken bij de hoger beroepsinstanties.

Bovenstaande leidt tot de conclusie dat een solide basis voor doorrekening ontbreekt. Potentieel zouden de gevolgen voor de Rechtspraak aanzienlijk kunnen zijn. Mocht de invoering van mediation in het voortraject op grote schaal succesvol zijn, dan zou dit veel zaken bij de Rechtspraak kunnen weghouden. Echter indien veel ingezette mediations niet of gedeeltelijk slagen, dan kan dit juist weer tot meer en zwaardere rechtszaken leiden.



de Rechtspraak

datum 26 juni 2013
pagina 12 van 13

Bovenstaande onzekerheden maken dat op dit moment geen gefundeerde inschatting van de financiële gevolgen voor de Rechtspraak kunnen worden gemaakt. De wetsvoorstellen kunnen zowel een verlichting als een verzwaring van de werklast betekenen. Blijken de gevolgen onverwacht groot dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld om hierop terug te komen en alsnog de werklastgevolgen in kaart te brengen.

De Raad wil er nog op wijzen dat in de MvT geen aandacht wordt besteed aan het feit dat niet alle mediations succesvol zijn. Er bestaat – gelet op het gemiddelde slagingspercentage van 60% - altijd het risico dat een mediation niet of slechts gedeeltelijk slaagt hetgeen een extra kostenpost voor partijen met zich brengt en ook de duur van de oplossing van het geschil toeneemt. Immers, in dat geval is het conflict niet of slechts gedeeltelijk opgelost en zal men naar de rechter gaan om het geschil alsnog door hem te laten beslissen. Zolang partijen zelf de kosten voor mediation moeten dragen zal het risico dat een mediation niet slaagt, een remmend effect op het aantal mediations kunnen hebben. Mediation is relatief kostbaar. Het succes van dit instrument zal dus mede afhankelijk zijn van de vraag of partijen de kosten zelf zullen moeten dragen. De Raad adviseert hier in de MvT duidelijkheid over te geven.

Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies de wetsvoorstellen op belangrijke onderdelen worden gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van de uiteindelijke Wetsvoorstellen, stelt de Raad het op prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van de Wetsvoorstellen bij de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetsteksten in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op deze Wetsvoorstellen met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

mr. F.C. Bakker
Waarnemend Voorzitter



de Rechtspraak

datum 26 juni 2013
pagina 13 van 13

Wetstechnische bijlage

Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht

Artikel 7:424a BW

In het eerste en vierde lid worden uiteenlopende definities gegeven van de mediationovereenkomst. Om verwarring te voorkomen, adviseert de Raad om duidelijker onderscheid te maken tussen de mediationovereenkomst op basis waarvan de mediation plaatsvindt en de vaststellingsovereenkomst, waarin de uitkomst van de mediation wordt vastgelegd.

Artikel 165 lid 3 Rv en artikel 1041 Rv

Deze bepaling is niet duidelijk. Niet alle belangen van kinderen zijn per definitie van openbare orde. In beginsel is alleen dat van openbare orde, dat niet ter vrije beschikking van partijen staat (zie het slot van 149 lid 1 Rv).

Artikel 279, lid 4 Rv

Niet wordt ingezien waarom de voorgestelde tekst (iets) afwijkt van artikel 87 Rv. De Raad adviseert beide bepalingen meer in overeenstemming met elkaar te brengen.

Artikel V Overgangsbepaling

Niet goed is te overzien wat deze bepaling betekent voor de appeltermijnenregeling. De Raad verzoekt u hier nader op in te gaan in de MvT.

Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht

Artikel 7:3a, eerste lid, van de Awb

Anders dan artikel 2:4a Awb, is artikel 7:3a Awb voorts niet als een inspanningsverplichting geformuleerd. De Raad wijst erop dat het bestuursorgaan reeds onder het huidige recht *bevoegd* is een mediationtraject te starten, zodat het voorgestelde artikel 7:3a Awb in zoverre dus niets lijkt toe te voegen aan de bestaande praktijk.

Wordt de redactie van artikel 7:3a Awb in samenhang gelezen met de tekst van artikel 7:12 Awb, dan wordt geconstateerd dat dit laatste artikel weer een andere redactie kent. De Raad adviseert om ten behoeve van de duidelijkheid voor degenen die deze bepalingen zullen gaan toepassen de redactie ervan consistenter te maken.

Artikel 22a AWR

Artikel 22a AWR bepaalt dat de inspecteur de belanghebbende op elk moment kan uitnodigen om deel te nemen aan een mediationtraject. Deze voorgestelde wettelijke bepaling leunt voor een groot deel op al bestaande praktijk bij de Belastingdienst. Uit de toelichting volgt dat voor het belastingrecht mediation zal worden vormgegeven conform die praktijk. Artikel 22a, eerste lid, AWR vangt aan met de zinsnede “onverminderd” en het tweede lid van hetzelfde artikel staat “in afwijking van”. De Raad ziet niet in wat wordt beoogd met de woorden “onverminderd” en “in afwijking van”, tenzij wordt beoogd dat mediation bij lokale heffingen wordt beheerst door de Awb. Als voor mediation in het belastingrecht de AWR bepalend is, dan adviseert de Raad dit expliciet te bepalen.