

Vergaderjaar 2011–2012

32 555

Aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 27 december 2011

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van het voorlopig verslag dat de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie heeft uitgebracht. Graag beantwoord ik de gestelde vragen en ga ik in op de gemaakte opmerkingen. Ik behandel de vragen in onderstaande volgorde. Voor zover mogelijk is hierbij de volgorde van het voorlopig verslag aangehouden. Vragen die vergelijkbaar zijn worden gezamenlijk beantwoord.

Inhoudsopgave

	Blz.
1. Inleiding	1
2. Niet alleen grensoverschrijdende mediation	2
3. Algemeen	4
4. Juridische aspecten	7
5. Uitbreiding naar strafrecht en bestuursrecht	9
6. Kwaliteitseisen mediator en verschoningsrecht	11
7. Geheimhouding en verschoningsrecht	15
8. Aanvangstijdstip mediation en stuiting	21

Ik vertrouw op een spoedige voortzetting van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel.

1. Inleiding

Alle fracties die inbreng hebben geleverd voor het voorlopig verslag maken opmerkingen en stellen vragen over de wijze van implementatie van de richtlijn. De leden van de fractie van de PvdA begrijpen de keuze van de regering om de wettelijke bepalingen zowel voor binnenlandse als grensoverschrijdende mediation te laten gelden. De leden van de CDA-fractie geven aan het belangrijk te vinden dat het wetsvoorstel niet is beperkt tot grensoverschrijdende mediations. De leden van de fractie van de VVD hebben met name vragen over de gemaakte keuze om de implementatie niet te beperken tot grensoverschrijdende zaken. De leden van de D66-fractie geven aan dat mediation een plek in het nationale rechtstelsel heeft gevonden en niet meer weg te denken is. Deze leden

plaatsen vraagtekens bij het wetsvoorstel wat betreft zijn effectiviteit en uitvoerbaarheid omdat een toenemend beroep op de rechterlijke macht niet uit te sluiten zou zijn. De leden van de SP-fractie geven aan dat het wetsvoorstel onvolledig is en willen beoordelen of het voorliggende wetsvoorstel aanvaardbaar is in afwachting van de wetgeving die de kwaliteit van mediation regelt. De leden van de fractie van GroenLinks geven aan dat de richtlijn één op één is geïmplementeerd maar tevens het toepassingsgebied uitbreidt. Zij denken dat het wellicht beter zou zijn geweest om de implementatie te beperken tot grensoverschrijdende zaken gevolgd door een meeromvattend plan ten aanzien van mediation in brede zin.

Ik spreek de hoop uit de leden ervan te kunnen overtuigen dat bij de implementatie van de richtlijn moeilijke maar weloverwogen keuzes zijn gemaakt. Met name ook zal ik aangeven dat geen onverantwoorde risico's zijn genomen door de implementatie uit te breiden tot nationale gevallen. Integendeel, het zou een gemiste kans zijn geweest dit nu niet te doen.

2. Niet alleen grensoverschrijdende mediation

Het wetsvoorstel maakt de keuze om de implementatie van de richtlijn mediation niet te beperken tot grensoverschrijdende gevallen. In deze paragraaf ga ik nader in op de redenen om dit te doen. Vervolgens ga ik in op de vraag waarom dit ook verantwoord kan worden.

2.1. Twee redenen

In paragraaf 3 van de memorie van toelichting (p. 3–4) heb ik de keuze toegelicht om de implementatie van de richtlijn niet te beperken tot grensoverschrijdende zaken. Ik vind het wenselijk dat in alle gevallen partijen vooraf duidelijkheid hebben over de vraag of de rechtsvordering wordt gestuit door een mediation te starten en of de mediator een verschoningsrecht toekomt. Zonder een uitbreiding van de implementatie van de richtlijn tot nationale gevallen is dit moeilijk realiseerbaar. Dit leidt tot ongewenste verschillen. Ik licht dit toe.

Niet uitbreiding zou kunnen leiden tot *rechtsonzekerheid* omdat artikel 2, tweede lid, van de richtlijn met zich brengt dat een geschil dat aanvankelijk zuiver intern leek, achteraf alsnog grensoverschrijdend in de zin van de richtlijn kan worden. Dit is het geval als partijen niet tot overeenstemming komen in de mediation of een geschil krijgen over de nakoming van de in de mediation gemaakte afspraken en een procedure starten bij een rechter in een andere lidstaat dan waar zij destijds woonden, bijvoorbeeld omdat een van partijen in de tussentijd verhuisd is. Ook is mogelijk dat de bijzondere bevoegdheidsgronden van afdeling 2 van de verordening Brussel I (nr. 44/2001)¹ of de exclusieve bevoegdheidsgronden in artikel 22 van deze verordening een bevoegde rechter aanwijzen in een andere lidstaat dan waar partijen wonen.

Het zou bovendien tot *rechtsongelijkheid* kunnen leiden omdat een partij of mediator in de ene zaak wel en in de andere zaak geen beroep op de richtlijn kan doen. In een grensoverschrijdend geschil kunnen zij immers wel een beroep doen op beschermende bepalingen van de richtlijn, terwijl dit niet zou kunnen in een intern geschil.

De leden van de fractie van de VVD vragen in dit verband of de overweging «rechtsongelijkheid» ten gevolge heeft dat ook andere richtlijnen voor grensoverschrijdende zaken van toepassing worden op nationale zaken. Bij de Uitvoeringswet verordening Europese procedure voor geringe vorderingen (Stb. 2009, 234), die de verordening geringe vorderingen¹ op een aantal onderdelen uitwerkt, is dit niet gebeurd. Bij de implementatie van een richtlijn of uitvoering van een verordening voor grensoverschrijdende zaken dient de afweging per keer te worden

¹ Verordening (EG) nr. 861/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen (PbEU L 199).

gemaakt. Het uitgangspunt hierbij is dat de richtlijn of verordening één op één wordt geïmplementeerd binnen het eigen toepassingsgebied van de richtlijn of verordening tenzij er zwaarwegende argumenten zijn voor uitbreiding naar nationale zaken.

Bij de Europese procedure voor geringe vorderingen geldt dat dit een facultatieve procedure is (artikel 1 van de verordening). De definitie van grensoverschrijdende zaken in de verordening is helder. Er kunnen niet gemakkelijk problemen ontstaan over de vraag of een bepaalde geringe vordering wel of niet grensoverschrijdend is in de zin van de richtlijn. Daarvoor is uitbreiding van het toepassingsgebied dus niet nodig. De verordening vormt een alternatief voor de bestaande nationale procedures voor het innen van een grensoverschrijdende geringe vordering: de dagvaardingsprocedure bij de kantonrechter. Voor nationale gevallen is er dus een alternatief voor handen. Uitbreiding van het toepassingsgebied is dus evenmin noodzakelijk om rechtsongelijkheid te voorkomen. Voor de richtlijn mediation leidt de definitie van grensoverschrijdend ertoe dat in de praktijk niet op voorhand is af te bakenen of een zaak onder de richtlijn valt. Bovendien is niet een nationaal alternatief voor handen voor hetgeen in de richtlijn wordt geregeld.

Een uitbreiding van de werkingsfeer met dezelfde motivering is ook eerder gemaakt. Bij de uitvoering van de ter uitvoering van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (PbEU L 364) is bijvoorbeeld ook de keuze gemaakt om de werkingsfeer uit te breiden tot nationale zaken. Als reden werd aangevoerd dat het leidt tot rechtsongelijkheid indien bij een grensoverschrijdende aankoop de consument beter beschermd zou zijn dan bij een binnenlandse aankoop. Dit is vastgelegd in de Wet handhaving consumentenbescherming (Stb. 2006, 591).

2.2. Niet onverantwoord

Uitbreiding van het toepassingsgebied heeft met name gevolgen voor het toekennen van het verschoningsrecht. Om deze reden is bezien wat de omvang is van het probleem. Wat is het gevaar dat een «hobby-mediator» een beroep op zijn verschoningsrecht doet terwijl hij niet of nauwelijks gekwalificeerd is als mediator? Het verschoningsrecht moet immers een uitzondering zijn op de getuigplicht.

De belangrijkste reden om te vermoeden dat de omvang van het probleem beperkt is, is de uitzondering die het wetsvoorstel kent om het verschoningsrecht *niet* te honoreren. Een mediator is – ondanks het verschoningsrecht – verplicht een getuigenis af te leggen indien:

- a. partijen dit overeenkomen,
- b. deze informatie nodig is om dwingende redenen van openbare orde, met name om de bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast, of,
- c. openbaarmaking van de inhoud van de via mediation bereikte vaststellingsovereenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging hiervan.

In veel gevallen heeft de rechter dus de mogelijkheid om het verschoningsrecht niet te honoreren. Een mediator heeft dus zeker niet onder alle omstandigheden een verschoningsrecht.

Daarnaast zijn er nog twee beperkingen in het wetsvoorstel opgenomen. Partijen dienen uitdrukkelijk de vertrouwelijkheid overeen te komen (geheimhoudingsclausule). Dit is het vereiste om een beroep te kunnen doen op de vertrouwelijkheid. Een groep valt hier af omdat zij de mediation niet uitdrukkelijk overeenkomen. Daarnaast moet het gaan om een geschil over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van

partijen staan. Een mediator die een mediation leidt over de uitoefening van het ouderlijk gezag met als uitkomst dat moeder na de echtscheiding alleen voor de kinderen gaat zorgen en het eenhoofdig gezag krijgt, kan geen beroep op zijn verschoningsrecht doen omdat het wijzigen van gezag niet ter vrije beschikking van partijen staat. Een beroep op een verschoningsrecht is in dat geval niet aan de orde. Door deze voorwaarde wordt de groep verder beperkt. De gevallen waarin in de praktijk een beroep op het verschoningsrecht kan worden gedaan, zijn dus beperkt.

2.3. Weging voor- en nadelen

Uiteindelijk is een weging gemaakt van de voordelen van uitbreiding van de implementatie van de richtlijn tot nationale gevallen tegen de nadelen. Ten tijde van de onderhandelingen over de richtlijn, maar ook bij het opstellen van het implementatiewetsvoorstel, was de tijd nog niet rijp om kwaliteitseisen voor mediators van overheidswege vast te leggen. De sector was juist gebaat bij zo min mogelijk overheidsbemoeienis. Inmiddels is een traject ingezet om wel bij wet kwaliteitseisen te gaan stellen.

Ik begrijp de kanttekeningen die de leden van de diverse fracties plaatsen. Ik ben echter overtuigd dat er goede juridische redenen zijn om het toepassingsgebied uit te breiden. De keuze om de geïmplementeerde regels mede te laten gelden voor niet-grensoverschrijdende zaken is niet omwille van een «nationale kop». De reden is vooral geweest dat de definitie van grensoverschrijdendheid in de richtlijn zodanig is, dat soms pas achteraf, in een opvolgende procedure, blijkt of een mediation grensoverschrijdend is en dus onder de richtlijn valt. Ik acht het hoogst onwenselijk dat partijen en de mediator in de tussenliggende periode in onzekerheid verkeren over de vraag of de rechtsvordering in geschil is verjaard tijdens de mediation en of de mediator zich kan beroepen op een verschoningsrecht. Ik heb daarom in het wetsvoorstel geen onderscheid gemaakt tussen grensoverschrijdende en niet niet-grensoverschrijdende mediations.

Uitbreiding van de werkingsfeer kan ook verantwoord gebeuren zonder dat de kwaliteitseisen van de mediators op nationaal niveau zijn geregeld omdat ik geen reden tot grote zorg zie voor een grootschalig en oneigenlijk gebruik van een verschoningsrecht van de mediator. Het wetsvoorstel kent, zoals gezegd, niet alleen twee belangrijke randvoorwaarden maar ook uitgebreide gronden om een beroep op het verschoningsrecht niet te honoreren. Het verschoningsrecht benadert de bewijsovereenkomst. Partijen kunnen dit dus nu al overeenkomen.

3. Algemeen

De leden van de CDA-fractie vragen inzicht te geven in de reële betekenis van mediatons in Nederland, mede gelet op het aantal door de rechter afgehandelde burgerlijke en handelszaken.

In 2010 zijn circa 51 690 mediations uitgevoerd waarvan 15% buurtbemiddeling. In 2010 lag het totaal aantal civiele en handelszaken dat door de rechter is behandeld op 1 187 560, inclusief vele honderdduizenden verstek-incassozaken bij de kantonrechter.

Worden deze cijfers tegen elkaar afgezet, dan lijkt mediation nu nog slechts een bescheiden rol te spelen bij geschiloplossing. Voor de regering is de ware betekenis van mediation echter gelegen in het feit dat mediation de eigen verantwoordelijkheid van burgers, bedrijven en bestuursorganen versterkt om conflicten zelf, met behulp van een onafhankelijke derde, ter hand te nemen. Daarnaast heeft de introductie van mediation bij de gerechten er duidelijk toe geleid dat rechters een actievere houding aan zijn gaan nemen bij het vinden van een oplossing

van een geschil waarin de belangen van alle partijen zo goed mogelijk zijn vertegenwoordigd. De invloed van mediation is daardoor aanzienlijk. De leden van de CDA-fractie vroegen ook hoeveel buurtbemiddelingen en interne mediations onder de werking van het statuut van de interne mediator worden uitgevoerd. In 2009 zijn er bij de 97 voorzieningen voor buurtbemiddeling van het Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid (CCV) 7613 zaken in behandeling genomen. Het aantal mediations onder werking van het statuut van de interne mediator is mij niet bekend. Wel kan ik melden dat 6,2 % van het totale aantal NMI mediators (ongeveer 4700) in 2010 uitsluitend mediations in loondienst uitvoert. Het statuut van de interne mediator is echter, zoals alle documenten die het NMI ter beschikking stelt, een model. Het NMI heeft geen zicht op het werkelijk gebruik door bedrijven van het NMI model statuut.

De leden van de VVD-fractie vragen hoeveel grensoverschrijdende mediations plaatsvinden.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden is het NMI gevraagd inzicht te geven in het aantal grensoverschrijdende mediations. Het NMI heeft hiertoe een onderzoek uitgevoerd. In de tweede week van november zijn alle leden van de NMI uitgenodigd per e-mail een opgave te doen van het aantal grensoverschrijdende mediations waarbij zij betrokken zijn geweest in 2010 en 2011. In totaal zijn 4493 mediators uitgenodigd, waarvan 3562 geregistreerd en 931 gecertificeerd. De respons bedroeg in totaal 1154 (responspercentage 25,7%), waarvan 836 geregistreerd (responspercentage 23,5%) en 318 gecertificeerd (responspercentage 34,2%). Gecertificeerde mediators hebben gemiddeld een grotere mediation-praktijk dan geregistreerde mediators. De resultaten van het onderzoek zijn daarom herwogen op basis van dit verschil en vervolgens geëxtrapoleerd.

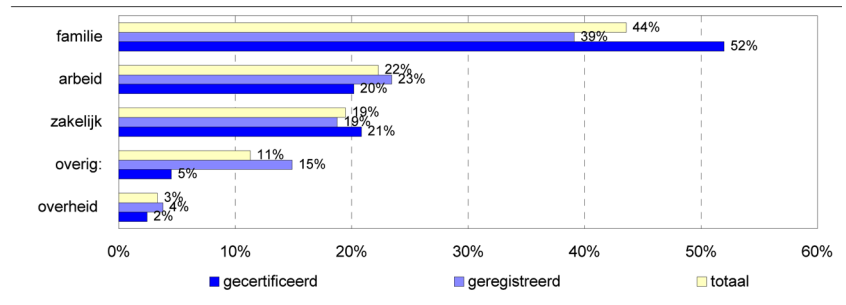
Het aantal grensoverschrijdende mediations is in de periode 2010–2011 gegroeid met circa 1500 zaken. In 2011 gaat het in totaal om 4200 grensoverschrijdende mediations. Grensoverschrijdende mediations worden lang niet door alle mediators gedaan. In 2010 heeft 85% van de mediators geen enkel grensoverschrijdend geschil in de portefeuille gehad. In 2011 is dat bij 80% van de mediators het geval. Als mediators in grensoverschrijdende zaken optreden of dit hebben gedaan, dan gaat het ook meestal over een beperkt aantal zaken per jaar. In 2011 ging het om gemiddeld 4,7 zaken.

	<i>Gecertificeerd</i>		<i>Geregistreerd</i>		<i>Totaal</i>	
	gemiddeld	totaal	gemiddeld	totaal	gemiddeld	totaal
2010	1,6	1475	0,33	1180	0,59	2655
2011	1,9	1844	0,66	2356	0,93	4200
Alleen internationaal actieve mediators						
2010	4,7	1475	1,8	1180	2,8	2655
2011	6,2	1844	3,9	2356	4,7	4200

Bron: Stratus

Het grootste deel van de mediations heeft betrekking op familiezaken. In totaal valt 44% in deze categorie. Arbeids- en zakelijke geschillen zijn in belang ongeveer even groot met ieder zo'n 20% van de geschillen.

Figuur 1 Aard van de mediations in 2011



Bron: Stratus marktonderzoek

De leden van de GroenLinks-fractie vragen om uiteen te zetten hoe enerzijds het gebruik van mediation kan worden gestimuleerd en anderzijds de vrijwilligheid, toegankelijkheid, onafhankelijkheid en kwaliteit kunnen worden gewaarborgd. In de brief over de kwaliteit van mediation die ik heb toegezegd zal het systeem worden beschreven dat ik voor ogen heb ter borging van de kwaliteit van de mediator en de mediation. Daarnaast zal worden uitgelegd hoe de kwaliteit van de mediator op een dusdanig niveau kan worden gehandhaafd dat het verschoningsrecht toekomt aan een gekwalificeerde groep mediators.

Inherent aan een goed gekwalificeerde mediator is het vermogen de vrijwilligheid van partijen binnen de mediation te waarborgen. Een goede mediator is tevens in staat een onafhankelijke positie ten opzichte van de partijen te bewaren. Dit is immers de kern van het mediatorschap. Het beleid van de regering is dat mediation alleen op vrijwillige basis plaatsvindt. Ondanks dat partijen gestimuleerd worden mediation te beproeven, zijn zij niet verplicht deel te nemen aan een mediation. De rechter zal in een procedure geen consequenties verbinden aan een weigering mee te werken aan mediation. Wel wil ik bij mijn maatregelen ter bevordering van mediation bekijken of de rechter aan een overeengekomen mediationclausule het gevolg moet verbinden dat hij partijen onder aanhouding van de zaak in de gelegenheid stelt alsnog te mediaten.

In antwoord op de vraag van de leden van de GroenLinks-fractie naar de knelpunten bij mediation binnen de rechtspraktijk (zowel bij de verwijzingen vanuit de rechtspraak naar mediation als bij rechtspraak na mediation), kan ik aangeven dat het aantal doorverwijzingen door de rechter naar verwachting de komende jaren zal stabiliseren op het niveau van ongeveer 4500 doorverwijzingen.

Als redenen voor stabilisatie worden genoemd een matig enthousiasme van rechters en partijen voor mediation en het afschaffen van de tijdelijke stimuleringsbijdrage. Echter, veel rechters zijn de afgelopen jaren actiever geworden tijdens de procedure en ik acht dit een aannemelijker oorzaak voor de stabilisatie van doorverwijzingen. Sinds 2002 is het aantal comparities in de civiele sector tot 83% gestegen (bron: jaarverslag Raad voor de rechtspraak 2010). Tijdens deze comparities bespreekt de rechter het geschil met de partijen en pleegt hij vaak conflict diagnose om te bezien of hij het geschil zelf door middel van een schikking kan oplossen, of dat hij moet beslissen of, wanneer hij daartoe aanleiding ziet, het geschil moet doorverwijzen naar mediation. Het is dus allerm minst het geval dat de rechter er altijd het beste aan doet door te verwijzen naar mediation. Over knelpunten aangaande rechtspraak na mediation kan ik bevestigen dat het in een klein aantal gevallen is voorgekomen dat de rechter de mediator vraagt te getuigen. De mediator beroept zich dan meestal op zijn geheimhoudingsplicht en een bewijsovereenkomst.

De leden van de CDA-fractie hebben de vraag gesteld waarom partijen niet kunnen worden verplicht om zelf door middel van mediation tot een schikking trachten te komen en dit als voorwaarde te verbinden voor een gang naar de rechter. Er zou naar het oordeel van de fractie hierbij geen sprake zijn van een schending van het grondrecht van de toegang tot de rechter.

Het uitgangspunt van het beleid in Nederland voor mediation is de vrijwilligheid van partijen om aan deze manier van geschiloplossing deel te nemen. Inderdaad zou het dwingend voorschrijven van mediation voor bepaalde typen van geschillen niet onmiddellijk een schending betekenen van de toegang tot het recht. Het gekozen uitgangspunt van vrijwilligheid bij het mediationbeleid is dan ook niet omdat anders de toegang tot het recht niet is gewaarborgd, maar omdat vrijwilligheid naar mijn mening past bij de aard van mediation als geschiloplossingswijze.

De leden van de CDA-fractie vragen of beloning van partijen in de vorm van vermindering van griffierechten zinvol is wanneer na onverhoopte mislukte mediation een zaak toch nog bij de rechter komt. De leden van de GroenLinks-fractie vragen zich af hoe de regering mediation wil «betrekken bij het ontwikkelen van compenserende innovatiemaatregelen bij de kostendekkende griffierechten» zoals ik eerder heb aangegeven (Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 7, p. 2).

Het Nederlandse beleid is erop gericht dat mediation op vrijwillige basis geschiedt. Het oplossen van het geschil via mediation en niet via de rechter kan echter wel worden gestimuleerd, bijvoorbeeld door gerichte informatievoorziening en door financiële prikkels. De plannen van het kabinet op dit terrein zijn toegelicht in de innovatieagenda die ik de Tweede Kamer bij brief van 31 oktober (Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 5) heb toegestuurd. De paragraaf over buitengerechtelijke geschiloplossing in deze innovatieagenda is erop gericht burgers en bedrijven een goed alternatief te bieden voor de gang naar de rechter. Het alternatief moet in dit geval van een zodanig hoge kwaliteit zijn dat de rechtzoekende met een gerust hart voor dat alternatief kan kiezen. Bij mediation is dat zo, en het kabinet draagt er zorg voor dat de kwaliteit van mediation ook geborgd blijft. Naast de kwaliteitsborging wil ik ook maatregelen nemen om mediation te bevorderen. Het verminderen van griffierecht is in dit verband een mogelijkheid die het onderzoeken waard is.

4. Juridische aspecten

De leden van de SP-fractie vragen naar aanleiding van de nota naar aanleiding van het verslag of partijen door een rechtskeuze te doen bij hun mediationovereenkomst dwingend recht kunnen omzeilen. In de nota naar aanleiding van het verslag heb ik op een vraag naar het toepasselijk recht op de mediation geantwoord dat een mediationovereenkomst in de zin van de richtlijn veelal beheerst wordt door de verordening Rome I (Verordening nr. 593/2008). Rome I stelt rechtskeuze voorop, maar heeft een aantal beschermende regels voor onder meer consumentenovereenkomsten, individuele arbeidsovereenkomsten en verzekeringsovereenkomsten. Een mediationovereenkomst over bijvoorbeeld een arbeidsrechtelijk geschil is echter niet zelf een individuele arbeidsovereenkomst.

Het begrip «toepasselijk recht op de mediation» komt voor in artikel 1 lid 2 van de richtlijn. In die bepaling is het toepassingsgebied van de richtlijn aangegeven. Daarin staat onder meer dat de richtlijn van toepassing is op grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen, tenzij deze betrekking hebben op rechten en verplichtingen waarover de partijen uit hoofde van het toepasselijke recht van bemiddeling/mediation geen zeggenschap hebben. De achtergrond van deze bepaling is dat onder

meer in het Duitse recht niet is toegestaan te mediaten over bepaalde dwingendrechtelijke verplichtingen in bijvoorbeeld het familierecht. Naar aanleiding van de vraag van de SP-fractie heb ik enkele andere taalversies van de richtlijn op dit punt bestudeerd. De Engelse en de Franse taalversie spreken over respectievelijk «*the relevant applicable law*» en «*la législation pertinente applicable*». Deze bewoordingen lijken erop te wijzen dat niet het toepasselijk recht op de mediation, maar het toepasselijk recht op de rechten en verplichtingen die in het geding zijn, bepaalt of deze rechten en verplichtingen ter vrije bepaling van partijen staan. Indien deze bewoordingen worden gevolgd, betekent dit voor het voorbeeld van de leden van de SP-fractie dat het toepasselijk recht op de arbeidsovereenkomst die in het geding is, bepaalt of sprake is van een bepaalde minimumloonverplichting en daarmee of de richtlijn op deze mediation van toepassing is. Het lijkt vanuit de ratio van de bepaling van artikel 1 lid 2 niet de bedoeling dat partijen deze beperking kunnen omzeilen door het doen van een rechtskeuze voor de mediationovereenkomst.

Bij de Nederlandse implementatie van de richtlijn is gekozen voor toepassing ook op interne zaken en in beginsel ongeacht of het gaat om mediations over rechten en verplichtingen waarover partijen uit hoofde van het toepasselijk recht op de mediation zeggenschap hebben. Voor het toepassingsgebied van de Nederlandse implementatiewet heeft de uitsluiting van deze zaken op het eerste gezicht dus geen gevolg. De uitsluiting van deze zaken uit het toepassingsgebied van de richtlijn is echter wel gebruikt om aan het verschoningsrecht van de mediator in artikel 7 van de richtlijn een beperktere reikwijdte te geven. De beperking is in het wetsvoorstel opgenomen om een te ruim verschoningsrecht te voorkomen en is ontleend aan artikel 1 lid 2 van de richtlijn inzake het toepassingsgebied. De richtlijn kan immers alleen een verschoningsrecht eisen binnen haar eigen toepassingsgebied. In artikel 163 lid 3 Rv is daarom opgenomen dat de mediator zich alleen op het verschoningsrecht kan beroepen als het gaat om informatie over «rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan». De verwijzing naar het toepasselijk recht op de mediation en artikel 1 lid 2 van de richtlijn zijn niet in de tekst van artikel 163 lid 3 Rv opgenomen. De uitleg van artikel 1 lid 2 is echter wel van belang voor uitleg van artikel 163 lid 3 Rv. Artikel 163 lid 3 Rv mag het verschoningsrecht namelijk niet beperken voor situaties die wel onder de richtlijn vallen.

Of artikel 1 lid 2 van de richtlijn en het begrip «rechten en verplichtingen waarover partijen uit hoofde van het toepasselijk recht op de mediation zeggenschap hebben» zo moet worden uitgelegd dat het eigenlijk gaat om rechten en verplichtingen die naar het toepasselijk recht op die rechten en verplichtingen ter vrije beschikking van partijen staan, is uiteindelijk aan het Europese Hof van Justitie om te bepalen. Overigens is de Commissie inmiddels op de hoogte gesteld van het verschil in bewoordingen in de verschillende taalversies en is gevraagd om een reactie van de Commissie.

De leden van de SP-fractie constateren dat bij forensische mediation de rechter partijen kan opdragen in het belang van hun kinderen mee te werken aan forensische mediation, ofwel een ouderschapsonderzoek. Daarbij kan slechts het eerste contact met een mediator afgedwongen worden. Partijen kunnen echter niet verplicht worden de mediation daadwerkelijk te starten of na de start voort te zetten. Deze leden vragen of de regering het eens is met deze constatering.

De constatering is op zich juist. Bij forensische mediation kan de rechter partijen opdragen mee te werken aan forensische mediation en partijen zijn dan verplicht om zich tot de benoemde mediator te wenden. Zij kunnen echter niet verplicht worden de mediation daadwerkelijk te starten of na de start voort te zetten. In zoverre kan slechts het eerste contact met

een mediator afgedwongen worden zoals de leden van de SP-fractie terecht betogen. Wel is de opdracht van de rechter om mee te werken aan de forensische mediation een zodanige stimulans voor partijen dat zij veelal daadwerkelijk met de forensisch mediator aan de slag gaan. Een belangrijk onderscheid met een «gewone mediator» is overigens dat een forensische mediator ook verslag kan uitbrengen aan de rechter. Hierdoor kan een forensisch mediator eerder gezien worden als een gerechtelijk deskundige.

De leden van de SP-fractie vragen of de notaris bij het opmaken van een notariële akte in executoriale vorm aan niets anders hoeft te toetsen dan «strijd met het recht» en de vraag «of het Nederlandse recht in uitvoerbaarheid voorziet» ex artikel 6 eerste lid van de richtlijn. Inderdaad voorziet artikel 6 van de richtlijn in een toets of de inhoud van de vaststellingsovereenkomst niet in strijd is met het recht van de lidstaat waar het verzoek om het uitvoerbaar maken is gedaan en of het recht van die lidstaat voorziet in uitvoerbaarheid van de vaststellingsovereenkomst. Deze bepaling laat voldoende ruimte voor de notaris om een volwaardige toets uit te voeren aan alle relevante Nederlands rechtelijke bepalingen, inclusief die van de Notariswet. De notaris zou in strijd met het Nederlandse recht handelen door de inhoud van de overeenkomst daaraan niet te toetsen en dus mag de notaris niet alleen daaraan toetsen, maar moet hij dit zelfs doen. De richtlijn staat immers niet toe dat een vaststellingsovereenkomst waarvan de inhoud in strijd is met het nationale recht van de lidstaat waar uitvoerbaarheid wordt gevraagd of waarvan het recht van de lidstaat niet in uitvoerbaarheid voorziet, toch uitvoerbaar wordt verklaard.

De leden van de SP-fractie vragen hoe de regering denkt over de in veel standaardovereenkomsten voorkomende «mediationclausule». Zij menen dat feit is dat partijen zich veelal niet bewust zijn van die clausule of zich daaraan niet gebonden voelen en vragen of de rechter de zaak in zo'n geval standaard niet-ontvankelijk moet verklaren. Het doel van een mediationclausule in overeenkomsten is dat partijen op voorhand afspreken dat zij bij een geschil eerst proberen dit met hulp van een mediator zelf op te lossen alvorens een van hen dit aan de rechter voorlegt. Het doel van een mediationclausule is niet om partijen, zonder dat zij zich hiervan bewust zijn, op voorhand af te houden van de rechter. Als een van partijen zich niet houdt aan de mediationclausule en naar de rechter stapt, is de eerste vraag of sprake is van een mediationovereenkomst die partijen geldig zijn overeengekomen. Is dat het geval, dan pleegt de partij die zich er niet aan houdt, wanprestatie. De wederpartij kan eventueel alsnog nakoming vragen of schadevergoeding. Het leidt er niet toe dat de rechter die partij niet-ontvankelijk verklaart, laat staan dat de rechter dit standaard zou doen. Het onwenselijke gevolg van niet-ontvankelijkverklaring zou immers zijn dat partijen als hun mediation niet slaagt, opnieuw de zaak aanhangig moeten maken en opnieuw griffierecht verschuldigd zijn. Meer voor de hand ligt dat de rechter de zaak tijdelijk aanhoudt om partijen alsnog in de gelegenheid te stellen hun geschil via mediation op te lossen.

5. Uitbreiding naar strafrecht en bestuursrecht

De leden van de fracties van het CDA, de SP en D66 vragen waarom de mediationregeling in dit wetsvoorstel niet ook van toepassing wordt verklaard voor mediation in het bestuursrecht.

Ik stel voorop dat ook in het bestuursrecht mediation succesvol kan zijn. De praktijk laat hiervan diverse voorbeelden zien. Mediation is in het bestuursrecht echter slechts een van de vele mogelijkheden om tot een informele en doelmatige aanpak van een geschil tussen burger en

overheid te komen. Bij de informele aanpak van bestuursrechtelijke geschillen wordt in ongeveer 5% van de gevallen gekozen voor de route van mediation. Ten behoeve van een eenvoudige en met niet al teveel formaliteiten omgeven beslechting van geschillen tussen overheid en burger is destijds de bezwaarschriftprocedure in de Algemene wet bestuursrecht opgenomen. Deze procedure is bedoeld als een eenvoudige en ongedwongen mogelijkheid voor de heroverweging van bestuursbesluiten. In het kabinetsstandpunt over het onderzoeksrapport «Ervaringen met bezwaar», dat de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties mede namens mij op 7 juli jl. aan de Tweede Kamer heeft gezonden (Kamerstukken II 2010/11, 29 279, nr. 123), is aangegeven dat het kabinet erop inzet om deze oorspronkelijke functie van de bezwaarschriftprocedure weer te herstellen. Daarvoor is in beginsel geen wetswijziging nodig. Het gaat met name om een attitudeverandering van bestuursorganen. Het kabinet geeft prioriteit aan het entameren en versterken van een informele aanpak van bezwaarschriftprocedures. In de genoemde brief zijn daartoe concrete maatregelen aangekondigd. Deze route is in de ogen van het kabinet effectiever om te komen tot een informele aanpak in het bestuursrecht dan een wettelijke regulering van mediation. In het kader van het project inzake de informele aanpak van bestuursrechtelijke geschillen onderhoudt het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties – eerstverantwoordelijke voor dit project – nauw contact met (het bureau van) de Nationale ombudsman, zo beantwoord ik de daartoe strekkende vraag van de leden van de SP-fractie. Anders dan deze leden lijken te veronderstellen, is mediation in bestuurszaken niet uitgesloten. Voor een wettelijke regeling ziet het kabinet echter geen aanleiding, juist omdat de Awb reeds de bezwaarschriftprocedure kent. Uit de verrichte studies en pilots met betrekking tot de informele aanpak van geschillen in het bestuursrecht, komt overigens niet naar voren dat de Awb of andere wetgeving belemmerend werkt bij de informele aanpak en bij mediation. De leden van de SP-fractie merken terecht op dat niet alle zaken die bij de bestuursrechtrechter terechtkomen, met een telefoontje kunnen worden afgedaan. De praktijk laat echter wel zien dat, als een ambtenaar een burger belt zodra deze een bezwaarschrift heeft ingediend en informeert wat precies het probleem is, dit in 50 tot 60% van de gevallen leidt tot intrekking van het bezwaarschrift.

De leden van de fractie van het CDA vragen waarom de mediationregeling niet ook van toepassing wordt verklaard op het strafrecht. De leden van de SP fractie vragen of de regering bekend is met herstelrecht in het strafrecht en waarom de regering mediation in het strafrecht niet ook van een wettelijke grondslag voorziet.

Met de inwerkingtreding van artikel 51h van het Wetboek van Strafvordering (Sv), die op 1 januari 2012 is voorzien, is tevens uitvoering gegeven aan artikel 10 van het bestaande Kaderbesluit van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure (Pb EG L 82.1). Dit bevat een verplichting voor de lidstaten tot bevordering van bemiddeling in strafzaken met betrekking tot de strafbare feiten waarvoor de lidstaten dat passend achten. De lidstaten dienen er voorts op toe te zien dat elke overeenkomst die in bemiddeling in strafzaken tussen het slachtoffer en de dader wordt bereikt in aanmerking kan worden genomen. Aan de inhoud van het begrip bemiddeling is bij de totstandkoming van het Kaderbesluit geen nadere invulling gegeven. Voor de implementatie daarvan is destijds aan de lidstaten ook uitdrukkelijk meer tijd gelaten. Bij gelegenheid van de behandeling van het wetsvoorstel ter versterking van de positie van het slachtoffer in strafzaken is naar aanleiding van de motie Teeven toegezegd om een meer specifieke bepaling met betrekking tot bemiddeling op te nemen. Daartoe strekt artikel 51h; met het artikel is beoogd zowel een basis te bieden voor bemiddeling die strekt tot schadevergoeding (artikel 51, eerste tot en met derde lid) en de herstelbe-

middeling (artikel 51, vierde lid, Sv). Dit vierde lid laat met opzet veel ruimte om te komen tot een nadere regeling van herstelbemiddeling op het tijdstip dat daaraan behoefte bestaat. De door de leden van de SP-fractie verzochte wettelijke grondslag bestaat dus al. De ontwikkelingen op het terrein van herstelbemiddeling zijn stellig bekend en worden waar nodig gestimuleerd. Uitgangspunt daarbij is niettemin voortdurend geweest dat voor daadwerkelijke bemiddeling tussen dader en slachtoffer de instemming van het slachtoffer een noodzakelijke voorwaarde is. Bij brief van 16 februari 2006/18 augustus 2006, kenmerk 5400790/06/DP (niet gepubliceerd als Kamerstuk) inzake de landelijke implementatie van slachtoffer-dadergesprekken, heeft de toenmalige Minister van Justitie een overzicht gegeven van de stand van zaken op dit terrein. De Stichting Slachtoffer in Beeld bereidt bemiddelingsgesprekken tussen daders en slachtoffers voor en begeleidt, als neutrale partij, zowel daders als slachtoffers in dit traject. Recent is aan de Stichting Restorative Justice Nederland gevraagd om een actuele inventarisatie te maken van herstelrechtelijke initiatieven en op basis daarvan een advies te geven met bouwstenen voor een visie op herstelrecht in de komende jaren. Deze inventarisatie en het bijbehorende advies worden binnenkort aan het Ministerie van Veiligheid en Justitie gepresenteerd. Ik ben voornemens om in de eerste helft van 2012 een beleidsbrief over slachtoffers aan de Tweede Kamer te sturen, waarin ik ook mijn visie op herstelrecht in relatie tot het strafrecht uit een zal zetten. De Europese Commissie heeft in het kader van verdere verbetering van de positie van het slachtoffer een conceptrichtlijn inzake minimumnormen voor de rechten en de bescherming van slachtoffers van misdrijven en voor slachtofferhulp (COM(2011) 275 def.) gepubliceerd, die onder meer strekt tot nadere stimulering van bemiddeling door de lidstaten. De onderhandelingen over deze richtlijn zijn thans nog gaande; na afronding moet worden gezien of nadere implementatie in Nederlandse regelgeving moet volgen.

6. Kwaliteitseisen mediator en verschoningsrecht

De leden van de fractie van de VVD vragen welke overwegingen een rol hebben gespeeld om niet tegelijk met het tot stand komen van de richtlijn te werken aan een voorstel met betrekking tot onder meer de kwaliteit van mediators.

Zowel tijdens de onderhandelingen over de richtlijn maar ook daarna, heeft de toenmalige minister van Justitie steeds aangegeven dat het huidige systeem van marktregulering goed werkt en er geen noodzaak was om de sector van overheidswege te reguleren (zie onder meer Kamerstukken II 2004/05, 22 112, nr. 350 (BNC-fiche) en Kamerstukken II 2009/10, 29 528, nr. 6 (Mediation en het rechtsbestel)). De belangrijkste argumenten voor dit standpunt waren dat het instrument mediation nog volop in ontwikkeling was en mediation niet ten prooi mocht vallen aan regulering, omdat de kracht van het instrument er juist in is gelegen dat het zich los van formele systemen kan aanpassen aan behoeften en ontwikkelingen.

Ook de Europese Commissie heeft tijdens de onderhandelingen meermalen laten blijken dat zij Nederland als gidsland zag op het terrein van mediation. Juist door ruimte te geven aan de ontwikkeling van mediation van onderaf en in de praktijk is in Nederland het aantal mediations nog altijd vele malen hoger dan in veel van de ons omringende landen.

Het kwaliteitssysteem dat nu bestaat en is ontwikkeld door het NMI, heeft zijn sporen verdiend. Daarnaast bestaat er een register bij de raad voor rechtsbijstand, waarin mediators worden toegelaten die mogen werken binnen het rechtsbestel (het toevoegingenbeleid van de raad voor

rechtsbijstand en de doorverwijzingsvoorziening van de Rechtspraak). De raad voor rechtsbijstand en de Rechtspraak hebben direct invloed op de kwaliteitseisen die aan deze groep mediators wordt gesteld.

Bij de bespreking van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is gebleken dat de leden van de Tweede Kamer het huidige systeem niet toereikend achten. Ik deel de zorg en de gedachte dat de kwaliteit van mediators gewaarborgd moet zijn. De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie heeft naar aanleiding van de opmerkingen van de leden van de Tweede Kamer tijdens de plenaire behandeling van dit wetsvoorstel toegezegd een van overheidswege ingericht kwaliteitssysteem op te zetten. Deze toezegging is gedaan mede gezien de positie die het kabinet aan mediation wil geven in het rechtsbestel. Daarnaast is het instrument mediation meer uitgekristalliseerd en is een vorm van regulering nu ook mogelijk. Voor het einde van het jaar zal ik de Tweede Kamer een brief sturen waarin mijn standpunt ten aanzien van een wettelijk geregeld kwaliteitsstelsel zal worden uitgewerkt. Op verzoek van de leden van de VVD-fractie en de GroenLinks-fractie zal deze brief ook aan uw Kamer gezonden worden.

De regeling voor tolken en vertalers en de regeling voor architecten zullen daarbij, zoals de leden van de CDA-fractie dat voorstellen, tot voorbeeld strekken. Hetzelfde geldt voor de bestaande register voor mediators, zoals het register van het NMI. In de bovengenoemde brief waarin het kwaliteitsstelsel wordt uitgewerkt, komen de diverse mediatorregisters, waaronder dat van het NMI, aan de orde. Kwaliteitseisen die deze registers hanteren, kunnen als basis dienen voor het toekomstige systeem van registratie voor die mediators aan wie het verschoningsrecht zal toekomen. In de voorbereidingen om te komen tot een evenwichtig kwaliteitssysteem zal de regering dus ook naar andere registers kijken dan alleen het NMI register. Dit in antwoord op het voorstel van de leden van de SP-fractie hiertoe.

De leden van de VVD-fractie merken op dat het verschoningsrecht weliswaar slechts geldt voor die rechten en verplichtingen waarover partijen die de mediation aangaan de vrije beschikking hebben, maar, zo vragen zij, wat te doen als, om een voorbeeld te noemen, tijdens de mediation over ongebruikelijke transacties wordt gesproken, dan wel deze plaatsvinden.

Terecht wijzen de leden van de VVD-fractie erop dat het verschoningsrecht slechts geldt voor rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan. Gelet op de uitleg die aan de vergelijkbare bewoordingen wordt gegeven in het kader van artikel 1020 Rv (arbitrage) gaat het dan om bepalingen van dwingend recht waarover partijen niet zomaar naar eigen inzicht afwijkende afspraken mogen maken. Eenzelfde beperking zit ook in artikel 153 Rv (de bewijsovereenkomst). De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme houdt onder meer een definitie in van wat een ongebruikelijke transactie is, en een onderzoeksplicht van cliënten en meldplicht van ongebruikelijke transacties voor advocaten en notarissen die een zakelijke relatie aangaan met een cliënt. Voor het zuiver verlenen van rechtsbijstand geldt voor hen een uitzondering. De wet is niet van toepassing op anderen dan advocaten en notarissen en de overige in de wet genoemde instellingen. Dit betekent dat psychologen of juristen die niet tevens advocaat of notaris zijn, geen meldplicht hebben op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en het financieren van terrorisme, ongeacht of zij optreden als mediator. Dit staat los van de vraag of aan hen wel of geen verschoningsrecht als mediator toekomt. Waar het gaat om ongebruikelijke transacties, gaat het veelal om strafrechtelijk handelen, geregeld in het Wetboek van Strafrecht. Strafrechtelijk handelen valt buiten het bereik van de rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan. Hierover kunnen partijen dus

geen bewijsovereenkomst afsluiten. Evenmin geldt het verschoningsrecht van artikel 163 lid 3 Rv. Wanneer de mediator hierover wordt bevraagd, kan hij zich dus niet beroepen op een verschoningsrecht en dient hij gewoon een verklaring af te leggen. Voor het overige kan de rechter het verschoningsrecht van de mediator bovendien doorbreken wegens dwingende redenen van openbare orde. Strafrechtelijk handelen zal een dergelijke dwingende reden van openbare orde kunnen zijn.

De leden van de VVD-fractie merken op dat er meer voorbeelden zijn te bedenken van gevallen of situaties waarbij het maar zeer de vraag is of de mediator zich zonder meer op het verschoningsrecht kan beroepen. Zijn de – mogelijk verstreckende – consequenties van het toekennen van het verschoningsrecht aan een ieder die zich als mediator aanbiedt, voldoende in kaart gebracht? Zo nee, zou het dan geen aanbeveling verdienen voor niet-grensoverschrijdende mediations eerst kwaliteits-eisen, regulering en dergelijke voor mediators op te stellen? Ik deel de analyse van de leden van de VVD-fractie dat er meer voorbeelden te zijn bedenken waar de mediator zich niet zonder meer op een verschoningsrecht kan beroepen. De beperking van het verschoningsrecht tot rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan, brengt mee dat de mediator steeds wanneer het gaat om rechten en verplichtingen die niet ter vrije beschikking van partijen staan, zich niet op een verschoningsrecht kan beroepen. Hij moet dan net als iedere andere getuige een verklaring afleggen. Daarnaast stelt de openbare orde een grens aan het verschoningsrecht. Dit is het geval voor zover het boven water krijgen van de informatie nodig is wegens dwingende redenen van openbare orde, in het bijzonder met het oog op de belangen van het kind. Nu daarnaast artikel 163 lid 3 Rv de eis stelt dat de vertrouwelijkheid uitdrukkelijk moet zijn overeengekomen en partijen kunnen overeenkomen dat de mediator toch moet getuigen, verwacht ik niet dat de invoering van het verschoningsrecht in de praktijk zulke verstreckende consequenties heeft. Daar waar geen dwingend recht in het geding is, mogen partijen immers vrijelijk afspraken maken en ook nu al in een bewijsovereenkomst afspreken dat tussen hen gewisselde informatie niet tot bewijs kan dienen.

Ik ben het met deze leden eens dat het aanbeveling verdient om kwaliteitseisen te stellen aan mediators in niet-grensoverschrijdende mediations. Ik deel op grond van het voorgaande niet de gedachte van deze leden dat deze eisen zouden moeten worden gesteld voordat dit wetsvoorstel en het verschoningsrecht van artikel 163 lid 3 Rv in werking kunnen treden.

De leden van de SP-fractie vragen hoe de regering het verband ziet tussen de artikelen 4 (kwaliteit bemiddeling) en 7 (vertrouwelijkheid van de bemiddeling) van de richtlijn.

In het eerste lid van artikel 4 van de richtlijn is opgenomen dat «de lidstaten met alle door hen passend geachte middelen de opstelling bevorderen van vrijwillige gedragscodes en de naleving ervan door de bemiddelaars/mediators en de organisaties die bemiddeling/mediation verlenen, alsmede de ontwikkeling van andere doeltreffende kwaliteitscontrolemechanismen betreffende het verlenen van bemiddeling/mediation.» In het tweede lid staat dat de lidstaten ook de basis- en vervolgopleiding van bemiddelaars/mediators bevorderen, zodat aan de partijen een doeltreffende, onpartijdige en bekwame bemiddeling/mediation wordt gewaarborgd. In artikel 7 is het beperkte verschoningsrecht voor de mediator opgenomen.

Artikel 4 spoort lidstaten, kort gezegd, aan om de kwaliteit van mediation te bevorderen, maar legt geen link met de definitie van mediator zoals deze is opgenomen in de richtlijn of bijvoorbeeld artikel 7. Indien een lidstaat derhalve kwaliteitseisen stelt, heeft dit dus geen effect op de

toekenning van het verschoningsrecht. Iedere mediator die aan de definitie van de richtlijn voldoet en een grensoverschrijdende mediation uitvoert, heeft op grond van de richtlijn een verschoningsrecht. Deze interpretatie van de richtlijn is aan de orde gesteld bij de Europese Commissie en die heeft mede in deze vraag aanleiding gezien een expertmeeting te organiseren. Op deze expertmeeting werd het Nederlandse standpunt door andere lidstaten onderschreven. Op nationaal niveau is het mogelijk om kwaliteitseisen te stellen en het verschoningsrecht hieraan te koppelen maar voor grensoverschrijdende mediations is dit niet mogelijk. Ik zou dit geen strijd met de richtlijn willen noemen, dit in antwoord op de vraag hiertoe van de leden van de SP-fractie, maar wellicht wel een onvolkomenheid in de richtlijn.

De leden van de SP-fractie vragen zich af of mediators die niet voldoen aan vastgestelde opleidingseisen tot mediator noch onderhevig zijn aan enige vorm van kwaliteitseisen geen verschoningsrecht dienen te krijgen. Het gaat hierbij om de mediators met een minimale opleiding en een minimale ervaring.

De richtlijn kent een verschoningsrecht toe aan alle mediators die voldoen aan de definitie van de richtlijn. De facto betekent dit inderdaad dat aan deze mediators in een beperkt aantal gevallen een verschoningsrecht wordt toegekend, zoals reeds eerder is uitgewerkt. Dit is het geval in situaties waarin partijen nadrukkelijk in de mediationovereenkomst een geheimhoudingsclausule zijn overeengekomen voor zover dit ter vrije bepaling van partijen staande rechten en verplichtingen betreft. In de kwaliteitsbrief over mediation zal ik overigens op dit punt terugkomen. Als onderdeel van deze brief zal ik tevens ingaan op de betekenis van nadere kwaliteitseisen voor het verschoningsrecht voor mediators.

De aan het woord zijnde leden vragen wat de regering verstaat onder de «gestructureerde procedure» zoals opgenomen in de definitie van mediation (artikel 3, onder a, richtlijn mediation).

Het is aan het Hof van Justitie van de Europese Unie om uitleg te geven aan de richtlijn. Zoals ik echter heb aangegeven, leid ik hier onder andere uit af dat partijen tenminste het vertrouwelijke karakter van een mediation zijn overeengekomen. Een systematische aanpak van een mediation is niet voldoende.

De leden van de fractie van D66 geven aan dat met het toekennen van een verschoningsrecht voorzichtig dient te worden omgegaan en vragen in dit verband of dit in dit wetvoorstel voldoende is gebeurd.

Ik onderschrijf volledig de mening van deze leden dat zorgvuldig moet worden omgegaan met het toekennen van een verschoningsrecht. In paragraaf 2 heb ik mijn keuze verduidelijkt om de implementatie van de richtlijn mediation niet te beperken tot grensoverschrijdende gevallen. Ook heb ik in die paragraaf aangegeven dat uitbreiding van het toepassingsgebied met name gevolgen heeft voor het toekennen van het verschoningsrecht. Uitbreiding van de werkingssfeer kan verantwoord gebeuren zonder dat de kwaliteitseisen van de mediators op nationaal niveau zijn geregeld omdat ik geen reden tot grote zorg zie voor een oneigenlijk gebruik van een verschoningsrecht van de mediator. Het wetsvoorstel bevat een beperking van het verschoningsrecht doordat het twee belangrijke randvoorwaarden stelt en daarnaast de hiervoor besproken gronden om een beroep op het verschoningsrecht niet te honoreren. Het verschoningsrecht zoals dit in de richtlijn is opgenomen, gaat daarmee niet verder dan de bewijsovereenkomst van artikel 153 Rv.

7. Geheimhouding en verschoningsrecht

De leden van de VVD-fractie wijzen erop dat volstaan kan worden met een mondelinge afspraak om mediation uitdrukkelijk overeen te komen en geven aan dat dit in een procedure tot discussie kan leiden en dus tot extra werklast voor de rechter.

Op de eiser rust de verplichting bewijs te leveren van de feiten waarop hij zijn stelling baseert die de grondslag vormt voor zijn vordering, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Indien een eiser stelt dat de geheimhouding van de mediation uitdrukkelijk overeen is gekomen, zal hij dit dus ook moeten bewijzen. Met een schriftelijke overeenkomst is dit het meest eenvoudig. Bij een mondelinge overeenkomst zal de eiser hiertoe zonodig getuigen moeten oproepen. Daarbij is het paradoxale dat de mediator als getuige om de overeengekomen vertrouwelijkheid te bewijzen een verklaring over de mediationovereenkomst zal moeten afleggen. Elke verstandige mediator zal daarom partijen voorhouden dat de vertrouwelijkheid van de mediation en zijn verschoningsrecht rechtens alleen te garanderen zijn als deze vertrouwelijkheid duidelijk bewijsbaar – en dus op schrift – uitdrukkelijk is overeengekomen.

De leden van de fracties van de VVD, CDA, SP en D66 vragen waarom niet de eis van schriftelijkheid is gesteld voor het overeenkomen van de vertrouwelijkheid.

De eis om de vertrouwelijkheid van de mediation uitdrukkelijk overeen te komen is een verduidelijking van de richtlijn en in het bijzonder met het bepaalde in het eerste lid van artikel 7. In dit lid is met zoveel woorden het vertrouwelijke karakter van de mediation als reden voor het toekennen van het verschoningsrecht opgenomen maar niet een vereiste van schriftelijkheid. Het gaat om deze reden te ver om deze eis te stellen.

De leden van de fractie van de VVD wijzen erop dat partijen op ieder moment uit een mediation kunnen stappen en vragen of in dat geval de overeengekomen vertrouwelijkheid vervalt, inclusief het verschoningsrecht.

Een geheimhoudingsclausule en ook het verschoningsrecht geldt voor hetgeen tijdens de mediation is besproken. Het maakt hiervoor niet uit of de mediation tot een vaststellingsovereenkomst heeft geleid of niet.

De leden van de CDA-fractie wijzen erop dat in de bepaling over arbitrage wordt gesproken over de vaststelling van rechtsgevolgen welke niet ter vrije bepaling van partijen staan. In het wetsvoorstel gaat het echter over informatie over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan. Deze leden vragen om een verduidelijking.

Artikel 1020 Rv is blijkens de memorie van toelichting bij die bepaling, destijds geënt op de toenmalige artikelen art. 176 en 180 Rv (thans respectievelijk art. 149 en 153 Rv). Die artikelen regelen respectievelijk de mogelijkheid voor de rechter om bewijs te vragen steeds als aanvaarding van een niet-betwiste stelling tot rechtsgevolgen leidt die niet ter vrije bepaling staan, en de bewijsovereenkomst. Verder is aangesloten bij de vroegere artikelen 620 en 621 Rv, die ook regels gaven voor de afbakening van het arbitragegebied. Alleen de formulering is gemoderniseerd. Art. 620 Rv (oud) bepaalde in lid 1 dat eenieder (slechts) «rechten waarover zij de vrije beschikking heeft, aan de uitspraak van scheidsmannen [kan] onderwerpen». Het gaat daarbij vooral om zaken die tot uitspraken leiden met algemene werking (erga-omnes-werking) in de zin van rechtsgevolgen voor anderen dan partijen bij de procedure. De mediationrichtlijn formuleert het in artikel 1 lid 2 net in iets andere woorden. De richtlijn is van toepassing op grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen, tenzij deze betrekking hebben op *rechten*

en verplichtingen waarover de partijen uit hoofde van het toepasselijke recht van bemiddeling/mediation geen zeggenschap hebben. De richtlijn koppelt de zeggenschap dus aan de rechten en verplichtingen en niet aan de rechtsgevolgen. Om die reden is in artikel 163 lid 3 Rv eveneens aansluiting gezocht bij een mediation over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan. Artikel 7 van de richtlijn bepaalt dat het verschoningsrecht geldt voor *«informatie die voortvloeit uit of verband houdt met»* een mediationprocedure. Om die reden is ook het verschoningsrecht in artikel 163 lid 3 Rv gekoppeld aan de informatie die voortvloeit uit of verband houdt met een mediation. Inhoudelijk leidt dit verschil in redactie niet tot een andere invulling van de rechten en verplichtingen waarom het hier gaat. Zowel «het ter vrije bepaling staan van de rechtsgevolgen» als «het ter vrije beschikking staan van rechten en verplichtingen» doelt op eenzelfde soort beperking, zoals hiervoor uiteengezet. Ik meen dat deze laatste redactie een juiste invulling geeft aan het begrip in de richtlijn «het hebben van zeggenschap over rechten en verplichtingen». Uiteraard geldt daarbij dat de uiteindelijke uitleg van de richtlijn is voorbehouden aan het Europese Hof van Justitie.

De leden van de SP-fractie geven aan dat een familierechtelijke mediation veelal zaken bevat waarover partijen wel zeggenschap hebben en zaken waarover partijen geen vrije beschikking hebben. Zij geven het voorbeeld dat partijen in mediation zijn overeengekomen dat de man voor de vrouw een forse partneralimentatie betaalt maar niets voor de kinderen. Dat laatste vindt de rechter niet acceptabel en hij stelt een kinderalimentatie vast. De man wil de alimentatie voor de vrouw verminderd zien, omdat, naar hij stelt, daarin de kinderalimentatie verdisconteerd was (= hoger beroep of nieuwe procedure). De vrouw ontkent dat en beroept zich op de mediation overeenkomst. De man roept de mediator op als getuige. Deze beroept zich op zijn verschoningsrecht. De rechter maant de mediator te verklaren omtrent de kinderalimentatie. Deze kan daarover echter niet naar waarheid verklaren zonder de partneralimentatie daarbij te betrekken. Zij vragen op deze casus een reactie.

Allereerst meen ik dat op de mediator een verplichting rust om partijen ervoor te waarschuwen dat nihilstelling van kinderalimentatie in een vaststellingsovereenkomst grote kans loopt door de rechter niet te worden gevolgd. Partijen zouden er daarom verstandig aan doen om uitdrukkelijke afspraken te maken over de gevolgen voor de vaststellingsovereenkomst als een deel daarvan in rechte geen standhoudt. In dat geval weet zowel de man als de vrouw wat het gevolg is voor de overeengekomen partneralimentatie, mocht blijken dat de rechter de nihilstelling van de kinderalimentatie niet accepteert.

Hebben partijen niet een dergelijke afspraak gemaakt, dan zijn verschillende scenario's denkbaar. De mediator zal ten eerste kunnen proberen om zijn getuigenverklaring zoveel mogelijk te beperken tot informatie over de kinderalimentatie. Hij kan bijvoorbeeld aangeven dat partijen dit redelijk achten «in het licht van de overige gemaakte afspraken tussen hen». Uiteindelijk gaat het hierbij om de vraag of het resultaat van de mediation kan worden uitgevoerd. Dat resultaat houdt enerzijds in dat geen kinderalimentatie hoeft te worden betaald. Dit gedeelte van de vaststellingsovereenkomst heeft de rechter door vaststelling van een kinderalimentatie in rechte «buiten werking» gesteld. Daardoor rijst de vraag of de overige afspraken in de vaststellingsovereenkomst kunnen worden uitgevoerd. De vrouw meent van wel, de man stelt dit ter discussie. Het verschoningsrecht van artikel 163 lid 3 Rv is, naast de beperking tot de rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan, op drie manieren beperkt. De mediator is (ook volgens artikel 7 van de richtlijn) verplicht een getuigenverklaring af te leggen (1) voor zover partijen dit overeenkomen of (2) deze informatie nodig is om dwingende redenen van openbare orde, met name om de

bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast, of (3) indien openbaarmaking van de inhoud van de via mediation bereikte vaststellingsovereenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging hiervan. Hoewel de mediator zich terecht erop beroept dat hij over de afspraken omtrent partneralimentatie in beginsel niet hoeft te getuigen, moet hij dit wel voor zover dit nodig is om de vaststellingsovereenkomst te kunnen uitvoeren (beperking 3). Uitvoering van de vaststellingsovereenkomst is niet mogelijk voor zover de man met succes stelt dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is hem hieraan te houden vanwege de vastgestelde kinderalimentatie. Ik acht daarom verdedigbaar dat de mediator in dit geval ook moet getuigen over de afgesproken partneralimentatie, namelijk omdat dit nodig is voor de uitvoering van de vaststellingsovereenkomst.

De leden van de fractie van de SP stellen de vraag of het verschoningsrecht en de stuiting van de verjaring splitsbaar zijn. Voor het verschoningsrecht geldt dat dit inderdaad splitsbaar is. De rechter kan de mediator verplichten te getuigen op de hiervoor besproken gronden. Voor informatie over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan, kan hij de mediator daartoe niet verplichten. Dit hoeft niet heel bezwaarlijk te zijn. Het betekent dat de mediator op sommige vragen wel en op andere vragen geen antwoord hoeft te geven wanneer hij als getuige in een procedure wordt opgeroepen.

Voor de stuiting van de verjaring geldt niet een dergelijke splitsing. Het wetsvoorstel maakt in artikel 3:316 leden 4 en 5 BW geen onderscheid naar soorten rechtsvorderingen of rechten en verplichtingen. Dit betekent dat een rechtsvordering steeds wordt gestuit door mediation. Als in een opvolgende procedure een geschil bestaat over rechtsvorderingen die wél en rechtsvorderingen die niet onderwerp zijn geweest van mediation, kan in zoverre wel een splitsing gelden. Op rechtsvorderingen waarover geen mediation is geweest, is de regeling inzake stuiting van de verjaring door mediation (uiteraard) niet van toepassing. Bestaat tussen partijen een meeromvattend geschil en spreken zij af slechts over een deelonderwerp te mediaten, dan doet degene die het aangaat, er goed aan de verjaring voor de overige rechtsvorderingen te stuiten. Uiteraard kunnen zij omwille van de stuiting van de verjaring ook afspreken dat zij het geheel onderwerpen aan mediation, ook als hun doel is vooral op een deelonderwerp tot een vaststellingsovereenkomst te komen.

De leden van de Groen Links fractie wijzen erop dat niet alle partijen die een mediation aangaan zich ervan bewust zijn dat een geheimhoudingsplicht een verschoningsrecht voor de mediator tot gevolg heeft, terwijl bij een bewijsovereenkomst partijen willens en wetens afspraken maken met het oog op de bewijskracht in een procedure. Zij vragen of de regering het met hen eens is dat dit een wezenlijk verschil is tussen een bewijsovereenkomst en een geheimhoudingsclausule bij een mediationovereenkomst.

Artikel 165 lid 3 Rv zoals opgenomen in het wetsvoorstel schrijft allereerst voor dat de vertrouwelijkheid van de mediation uitdrukkelijk moet zijn overeengekomen. Is dit niet het geval, dan is niet voldaan aan de eisen voor een verschoningsrecht van de mediator en moet deze gewoon voldoen aan zijn getuigplicht. Daarnaast mag van een mediator worden verwacht dat hij partijen niet slechts wijst op de mogelijkheid van een geheimhoudingsclausule, maar ook uitlegt wat het betekent als partijen zo'n clausule overeenkomen. Bij die uitleg hoort tenminste dat een uitdrukkelijk overeengekomen geheimhoudingsclausule voor de mediator een verschoningsrecht meebrengt en voor welke elementen dit verscho-

ningsrecht niet geldt. Bij mijn voornemen om de kwaliteit van mediation te bevorderen, past in elk geval dat ik van mediators verwacht dat zij hiertoe in staat zijn en hieraan uitvoering geven. Ik zie in die zin geen wezenlijk verschil met de bewijsovereenkomst, die ook uitdrukkelijk moet zijn overeengekomen.

De leden van de GroenLinks-fractie vragen voorts wat maakt dat de regering vol overtuiging kan zeggen dat zij geen reden ziet tot zorg. De noodzaak om de vertrouwelijkheid uitdrukkelijk overeen te komen om aanspraak te kunnen maken op een verschoningsrecht van de mediator en de uitzondering voor rechten en verplichtingen die niet ter vrije bepaling van partijen staan, maken dat het verschoningsrecht niet ongeclausuleerd is. Daar komt bij dat artikel 165 lid 3 Rv gronden kent waarop het verschoningsrecht wordt doorbroken. Dit is het geval als partijen dit overeenkomen. Ook als partijen niet willen dat de mediator een verklaring aflegt, kan op grond van artikel 165 lid 3 Rv (en artikel 6 van de richtlijn) het verschoningsrecht worden doorbroken als dit nodig is om dwingende redenen van openbare orde met name om de bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast, of indien openbaarmaking van de inhoud van de via mediation bereikte vaststellingsovereenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging hiervan. Met al deze vereisten en waarborgen tezamen verwacht ik niet dat het wetsvoorstel leidt tot oneigenlijk gebruik van het verschoningsrecht door mediators. Indien partijen bijvoorbeeld afspraken maken over onderhoudsverplichtingen jegens kinderen, een afspraak over rechten en verplichtingen die niet ter vrije bepaling van partijen staan, kan de rechter de mediator hierover horen als hij dit nodig acht. Gaat het om mediation in een handelszaak en vermoedt de rechter een schending van het mededingingsrecht, dan kan hij bepalen dat de mediator zich voor vragen hierover niet kan beroepen op zijn verschoningsrecht. Het gaat ook dan immers om rechten en verplichtingen die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Dit is niet anders dan wanneer partijen hierover een bewijsovereenkomst zouden hebben gesloten. Ik zie daarom inderdaad geen reden tot zorg over een oneigenlijk gebruik van het verschoningsrecht van de mediator.

De leden van de CDA-fractie wijzen erop dat de status van het mediation-dossier niet wettelijk is geregeld. Deze leden verwijzen naar een uitspraak van het gerechtshof Amsterdam dat over een bewijsovereenkomst tot het niet overleggen van bepaalde stukken overwoog dat *«dat dat alles geen argumenten oplevert die zo zwaar wegen dat [appellant] een dergelijk stuk niet als bewijsstuk zou mogen gebruiken.»* (LJN AR5527). De leden van de CDA-fractie vragen wat er van het verschoningsrecht overblijft – ook nu het een beperkt verschoningsrecht betreft – wanneer het met een dergelijk simpele overweging terzijde kan worden gesteld. De leden van de SP-fractie wijzen erop dat het verschoningsrecht een uitvloeisel is van de geheimhoudingsplicht en dat deze geheimhoudingsplicht overeen kan worden gekomen. Onder verwijzing naar dezelfde passage in dezelfde uitspraak van het gerechtshof Amsterdam merken zij op dat rechters niet altijd de geheimhoudingsplicht respecteren. Zij vragen of de regering bereid is dit alsnog in het wetsvoorstel op te nemen.

De leden van de CDA-fractie wijzen er terecht op dat de status van het mediationdossier niet wettelijk is geregeld. De leden van de SP-fractie geven terecht aan dat de geheimhoudingsplicht zelf evenmin wettelijk is geregeld. Wel kunnen in een bewijsovereenkomst partijen bijvoorbeeld afspreken dat bepaalde stukken uit het mediationdossier niet mogen worden gebruikt voor bewijslevering in een procedure over hetgeen in de mediation aan de orde was. De uitspraak van het gerechtshof Amsterdam uit 2003 die de leden van de CDA-fractie hebben aangehaald, betreft een bewijsovereenkomst. De uitspraak kan daarom niet zonder meer als

richtinggevend voor het verschoningsrecht van artikel 165 lid 3 Rv worden beschouwd. Wel kent ook de bewijsovereenkomst, net als het verschoningsrecht van artikel 165 lid 3 Rv, de beperking dat het moet gaan om rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan. De uitspraak van het gerechtshof Amsterdam die deze leden aanhalen, betrof een geval waarin één van beide partijen na afloop van een mediation een stuk in het geding brengt in weerwil van een bewijsovereenkomst. In de memorie van antwoord bij het nieuwe bewijsrecht is destijds de volgende passage opgenomen: «Tot uitdrukking wordt gebracht dat de rechter slechts dan mag nalaten aan de bewijsovereenkomst rechtsgevolg te hechten, als degene tegen wie een beroep op de bewijsovereenkomst wordt gedaan in rechte aannemelijk maakt dat het beroep daarop in de gegeven omstandigheden tot bepaald onredelijke gevolgen leidt, welke niet stroken met de ook bij de uitvoering van bewijsovereenkomsten in acht te nemen goede trouw». Alleen als de bewijsovereenkomst rechten en verplichtingen betreft waarvan de rechtsgevolgen niet ter vrije bepaling van partijen staan of als het beroep op de bewijsovereenkomst in strijd is met de redelijkheid en billijkheid kan de rechter weigeren een beroep op de bewijsovereenkomst te honoreren. Het honoreren van de bewijsovereenkomst brengt in beginsel mee dat de rechter stukken die in strijd daarmee worden overgelegd niet toelaat.

De passage in de memorie van antwoord staat wat mij betreft nog als een huis. Het feit dat de bewijsovereenkomst in het nieuwe bewijsrecht een wettelijke verankering heeft gekregen, onderstreept dat de rechter een bewijsovereenkomst die binnen de grenzen van artikel 153 Rv is gesloten, moet honoreren.

In de bepaling over het verschoningsrecht van de mediator in artikel 165 lid 3 Rv is een vergelijkbare beperking opgenomen als voor de bewijsovereenkomst, namelijk tot rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan. In dat geval kan de mediator zich beroepen op zijn verschoningsrecht. Is daarvan sprake, dan hoeft de mediator dus niet te antwoorden op vragen hierover. Dit is alleen anders als partijen dit overeenkomen, als dit nodig is om dwingende redenen van openbare orde met name om de bescherming van de belangen van kinderen te waarborgen of om te voorkomen dat iemand in zijn lichamelijke of geestelijke integriteit wordt aangetast, of indien openbaarmaking van de inhoud van de via mediation bereikte vaststellingsovereenkomst noodzakelijk is voor de uitvoering of de tenuitvoerlegging hiervan. Anders dan bij een bewijsovereenkomst waarbij partijen afspraken maken over bewijslastverdeling of al dan niet toelaten bepaalde vormen van bewijs, is het bij een verschoningsrecht overigens aan de mediator zelf om te bepalen of hij van zijn verschoningsrecht gebruik maakt. Evenmin kan de rechter een beroep op het verschoningsrecht afwijzen omdat dit in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Alleen als partijen beiden vinden dat de mediator er geen gebruik van mag maken, kan de mediator gewoon als getuige worden gehoord zonder dat hij zich op zijn verschoningsrecht kan beroepen. De uitspraak van het gerechtshof Amsterdam – wat daar verder van zij – kan wat mij betreft dan ook geen afbreuk doen aan het aan de mediator op grond van artikel 165 lid 3 Rv toegekende verschoningsrecht. Ik acht een verdere wettelijke regeling op dit specifieke punt niet nodig.

De leden van de CDA-fractie hebben gevraagd om in het antwoord op de vraag naar de vertrouwelijkheid van het mediationdossier ook de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002 en de regeling in het Belgische Gerechtelijk Wetboek te betrekken. In het onderstaande zal ik dit doen. De leden van de D66 fractie hebben gevraagd waarom de verslagen van de mediation en de daarbij uitgewisselde stukken niet onder de geheimhouding vallen.

Voorop staat dat de richtlijn enkel een regeling bevat voor een verschoningsrecht van de mediator. Zij bepaalt niets over de vertrouwelijkheid

van stukken. Bij de implementatie is – behalve op het punt van de grensoverschrijdendheid op de hiervoor uitvoerig uiteengezette gronden – gekozen voor een strikte implementatie. Daarom is wel het verschoningsrecht uit de richtlijn geïmplementeerd maar niet ook een regeling voor de vertrouwelijkheid van stukken in de mediation opgenomen.

De regeling in Belgisch Gerechtelijk Wetboek houdt inderdaad in dat ook alle stukken die in de mediation worden gewisseld niet als bewijs mogen worden overgelegd (artikel 1728 gerechtelijk wetboek). De Belgische regeling gaat (in elk geval op papier) daarin veel verder dan het verschoningsrecht zoals dat in de richtlijn is geregeld. Het laat namelijk geen ruimte om deze vertrouwelijkheid van stukken te doorbreken als dit nodig is bijvoorbeeld om dwingende redenen van openbare orde in het belang van het kind. Evenmin bevat de regeling een expliciete voorziening dat stukken die als bewijs in een procedure zouden kunnen worden gebruikt, niet ontoelaatbaar worden als bewijsstuk enkel doordat zij in de mediation zijn ingebracht.

Ik ben geen voorstander van een dergelijk vergaande regeling. De UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation van 2002 bevat in artikel 9 en 10 een regeling voor de vertrouwelijkheid van hetgeen in de mediation gewisseld wordt. Artikel 9 bepaalt dat alle informatie in de mediation vertrouwelijk is, tenzij deze nodig is voor het ten uitvoer leggen van het mediationresultaat. Artikel 10 voorziet specifiek in de niet-toelaatbaarheid als bewijsstuk in een procedure van stukken gewisseld in de mediation. Ook artikel 10 bevat – net als artikel 6 van de richtlijn voor het verschoningsrecht – een uitzondering voor het geval het bewijs nodig is voor de tenuitvoerlegging van het mediationresultaat. Daarnaast kunnen partijen op grond van artikel 3 afwijken van het bepaalde in artikel 10. Ook de UNCITRAL Model Law voorziet niet in een mogelijkheid om de vertrouwelijkheid te doorbreken als dit nodig is wegens dwingende redenen van openbare orde bijvoorbeeld in het belang van het kind. Hoewel de UNCITRAL Model Law dus minder ver lijkt te gaan dan de Belgische bemiddelingswet, acht ik ook deze regeling verstrekkend met het oog op het belang van de waarheidsvinding, zeker in gevallen waarin dwingende regels van openbare orde in het geding zijn. Ik zie daarom geen reden om in het Nederlandse recht een regeling op de voet van de Belgische bemiddelingswet of de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation op te nemen. Wel wil ik over de vertrouwelijkheid van stukken in het mediationdossier nog het volgende opmerken. De bewijsovereenkomst van artikel 153 Rv is doelbewust zo geformuleerd dat deze op elke vorm van bewijs betrekking kan hebben. Artikel 153 Rv is weliswaar beperkt tot rechten en verplichtingen waarvan de rechtsgevolgen ter vrije bepaling van partijen staan, maar binnen die grenzen kan een bewijsovereenkomst betrekking hebben op het afleggen van een getuigenverklaring, het overleggen van bepaalde stukken, het binden van bewijsvoering aan bepaalde vormvoorschriften (bijvoorbeeld alleen schriftelijk), etcetera. Alleen voor zover een beroep op de afspraken in de bewijsovereenkomst in strijd met de redelijkheid en billijkheid is, kan de rechter deze (gedeeltelijk) opzij zetten. Het ligt voor de hand dat partijen bij een mediation die willen dat hun mediation vertrouwelijk is, deze vertrouwelijkheid uitdrukkelijk overeenkomen (met het oog op het verschoningsrecht van artikel 163 lid 3 Rv) en daarnaast een bewijsovereenkomst sluiten voor de in de mediation te wisselen stukken. Mede in het licht van de door de leden van de CDA-fractie en in de emailbrief van het NMI genoemde rechtspraak ben ik overigens wel bereid om bij het bevorderen van mediation ter uitvoering van de maatregelen in de innovatieagenda te bezien of een nadere regeling voor de vertrouwelijkheid van het mediationdossier wenselijk is.

8. Aanvangstijdstip mediation en stuiting

In verband met de regeling inzake verjaring hebben de leden van de fracties van de VVD, SP, D66 en Groen Links vragen gesteld over het ontbreken van een wettelijke regeling voor het moment waarop de mediation aanvangt. In navolging van opmerkingen hierover in een email van het NMI van 8 september 2011 menen zij dat het essentieel is om dit aanvangstijdstip wettelijk te regelen. Deze leden wijzen erop dat de mediation de verjaring stuit en dat om te weten of de verjaring van een bepaalde verbintenis is gestuit, wel degelijk relevant is te weten wanneer de stuiting plaatsvond (en dus wanneer de mediation begon). Zij wijzen erop dat artikel III een regeling bevat voor het overgangsrecht waarin de aanvang van de mediation wel een rol speelt. De leden van de SP-fractie vragen in dit verband of de regering bereid is te bevorderen dat dit tijdstip niet alleen in de overgangsbepaling wordt genoemd maar ook in de wettelijke bepalingen met betrekking tot de mediation zelf.

Graag ga ik hieronder nog eens in op de punt van de aanvang van de verjaringstermijn. In de nota naar aanleiding van het verslag heb ik aangegeven dat de richtlijn geen regeling bevat van de aanvang van de verjaringstermijn en dat een wettelijke regeling hiervan ook niet strikt noodzakelijk is. Als de verjaringstermijn al is verstreken voordat de mediation begint, is er immers geen rechtens afdwingbare verbintenis is meer. Na het verstrijken van de verjaringstermijn rust op degene jegens wie een rechtsvordering bestond, alleen nog een natuurlijke verbintenis om aan de vordering te voldoen. De vorderingsgerechtigde kan dan echter geen rechtsvordering meer instellen, niet vóór het begin van de mediation en evenmin daarna. In dat geval heeft de partij die zich op de verjaring kan beroepen geen reden om alsnog een mediationproces te starten. De regeling over de stuiting van de verjaring brengt mee dat een eenmaal verstreken verjaringstermijn ook niet herleeft als daarover toch mediation zou plaatsvinden. Er gaat voor een reeds voor de mediation verjaarde verbintenis dus niet na afloop van de mediation een nieuwe verjaringstermijn van drie jaar lopen. Ik acht niet voor de hand liggend dat een partij in weerwil van een verjaring toch instemt met mediation over een reeds verjaarde verbintenis. Als de wederpartij bij de vordering zich er in een procedure volgend op een mediation op beroept dat de vordering toch al is verjaard, moet hij stellen en bewijzen dat de verjaring al was voltooid vóór de aanvang van de mediation. Dit bewijs is niet gemakkelijk te leveren, alleen al omdat niet voor de hand ligt dat deze wederpartij bereid was om te mediaten over een reeds verjaarde vordering.

In de huidige situatie is het nodig om actief een stuitingshandeling te verrichten om verjaring te voorkomen. Door de stuiting gaat een nieuwe verjaringstermijn lopen gelijk aan de oude. Die nieuwe termijn eindigt dus x-jaar na de stuitingshandeling. Zonder de regeling in het wetsvoorstel is het moment van stuiting daarom cruciaal om te weten wanneer de nieuwe verjaringstermijn eindigt. De regeling in het wetsvoorstel voorziet erin dat de mediation zelf de verjaring van daarin aan de orde zijnde rechtsvorderingen stuit. Die stuiting leidt niet tot een nieuwe verjaringsstermijn die eindigt x-jaar na de stuiting, maar tot een verjaringstermijn die eindigt x-jaar na het einde van de mediation, Voor het bepalen van het einde van de mediation is in het wetsvoorstel een regeling opgenomen. De stuitingsregeling in het wetsvoorstel kan dus worden toegepast zonder het aanvangstijdstip van de mediation exact te kunnen vaststellen.

Voor het geval een partij heeft ingestemd met mediation over een bijna verjaarde verbintenis maar partijen de mediation nog niet zijn begonnen, kan de andere partij belang hebben bij duidelijkheid over de vraag of zijn vordering wel of niet verjaard op het moment dat de mediation begint. Zij kan discussie over de vraag of haar aanspraken tijdig door een mediation zijn gestuit, vermijden door een (vormvrije) stuitingshandeling. Ook daarvoor is een wettelijke regeling van het aanvangstijdstip van mediation

geen noodzaak. Nu ik ter uitvoering van de innovatieagenda ook nadere maatregelen zal treffen ter bevordering van mediation, ben ik echter bereid te bezien of het toevoegen van een regeling over het aanvangstijdstip van mediation bevorderend kan werken.

De leden van de fracties van VVD, CDA en D66 hebben daarnaast gevraagd of naast verjaringstermijnen ook vervaltermijnen door een mediation worden gestuit. In beginsel vallen vervaltermijnen niet onder artikel 8 van de richtlijn. Ook op Europees niveau kent men namelijk het onderscheid tussen verjarings- en vervaltermijnen. Vergelijk artikel 10 van de richtlijn productaansprakelijkheid¹ en het daarop gebaseerde artikel 191 van Boek 6 BW. Daarin komen beide begrippen verjaring en verval voor (in het Engels: «limitation» en «extinguishing»). De Franse, Engelse en Duitse tekst van artikel 8 van de mediationrichtlijn spreken over respectievelijk «prescription», «limitation and prescription» en «Verjährungsfristen». Vervaltermijnen komen in het algemeen niet in aanmerking voor stuiting en verlenging. Bij veel vervaltermijnen is dit geen probleem: bijvoorbeeld bij de klachtrechten bij een gebrekkige prestatie (artikel 6:89 BW) of non-conformiteit (artikel 7:23 BW) zal er pas mediation zijn nadat is geklaagd. Wordt er niet tijdig geklaagd dan zijn de rechten van de schuldeiser al vervallen. Er is dan geen reden om bij een klacht na die datum daarover te gaan mediaten. Het kan voorkomen dat de rechter meent dat een bepaalde vervaltermijn naar zijn functie zo lijkt op een verjaringstermijn dat hierop de stuitingsregeling van de richtlijn en het wetsvoorstel van toepassing zou moeten zijn. In dat geval kan hij een prejudiciële vraag stellen over de uitleg van artikel 8 van de richtlijn.

De leden van de D66-fractie vragen hoe het zit met het toepassingsgebied van de richtlijn op enkel rechten en verplichtingen waarover partijen zeggenschap hebben en de regeling inzake verjaring. Zij wijzen erop dat voor zover het gaat om zaken betreffende rechten die deels wel en deels niet ter beschikking van partijen staan, de kans bestaat dat in een dergelijk geval de mediator deels wel en deels geen verschoningsrecht heeft en ook dat verjaring deels wel en deels niet opgaat.

De leden van de D66 merken terecht op dat het toepassingsgebied van de richtlijn is beperkt tot rechten en verplichtingen waarover partijen uit hoofde van het toepasselijk recht op mediation zeggenschap hebben. De regeling inzake verjaring in artikel 3:316 en 3:319 BW verwijst echter niet naar artikel 2 lid van de richtlijn, waarin dit toepassingsgebied is verwoord, maar naar artikel 3 van de richtlijn, waarin de definitie van mediation is opgenomen. Volgens deze definitie is mediation «een gestructureerde procedure, ongeacht de benaming, waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met de hulp van een mediator hun geschil te schikken. Deze procedure kan door de partijen worden ingeleid of door een rechterlijke instantie worden voorgesteld of gelast, dan wel in een lidstaat wettelijk zijn voorgeschreven. Zij omvat mediation door een rechter die niet verantwoordelijk is voor een behandeling in rechte van het betrokken geschil.» Onder mediation in de zin van artikel 3 van de richtlijn vallen niet «de pogingen, ondernomen door de rechterlijke instantie waarbij een zaak aanhangig is gemaakt, om binnen de desbetreffende gerechtelijke procedure een geschil te beslechten.» De definitie van artikel 3 van de richtlijn is dus ruim. Hierin is geen beperking opgenomen tot rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan. Anders dan voor het verschoningsrecht, dat een bijzondere bevoegdheid creëert voor de mediator en dat daarom in het wetsvoorstel is beperkt tot informatie over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan, is er bij de regeling van de verjaring in het wetsvoorstel niet voor gekozen om een stuiting van de verjaring te beperken tot rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan. Een mediation stuit dus de verjaring

¹ Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken.

van een rechtsvordering, ook als die rechtsvordering betrekking heeft op rechten en verplichtingen die niet ter vrije beschikking van partijen staan.

De leden van de fractie van Groen Links wijzen erop dat voor de stuitingsregeling in het wetsvoorstel is afgeweken van de gebruikelijke wetsystematiek. Waar normaal gesproken door de stuiting een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen gelijk aan de oude, is in het wetsvoorstel bepaald dat na afloop van de mediation een vaste nieuwe verjaringstermijn gaat lopen van drie jaar. Zij vragen de regering om uit te leggen waarom hiervoor is gekozen. Daarnaast vragen deze leden welke problemen de regering voorziet door de opname van een « eigen » verjaringstermijn na mediation. Daarbij wijzen zij op gevallen waarin een langere termijn van vijf jaar voor de hand zou liggen (de vordering tot schadevergoeding bijvoorbeeld), maar ook op die gevallen waarvoor in de wet een aanzienlijk kortere verjaringstermijn geldt. Zo kent het arbeidsrecht nogal wat verjaringstermijnen van zes maanden (bijvoorbeeld in verband met onterecht ontslag). Zij wijzen op mogelijk ongewenste gevolgen. Zo zouden werkgevers bijvoorbeeld niet bereid kunnen zijn aan een mediation deel te nemen als ze weten dat daarmee een langere verjaringstermijn kan worden gecreëerd en andersom zouden werknemers de mediation kunnen misbruiken om een langere verjaringstermijn te creëren. Deze leden vragen of de regering deze conclusie deelt en zo ja, of deze consequentie van het opnemen van een « eigen » termijn na mediation gewenst is.

De reden om in het wetsvoorstel te kiezen voor deze vaste termijn is de volgende. Volgens de wettelijke regeling inzake stuiting gaat normaal gesproken na stuiting een nieuwe verjaringstermijn lopen gelijk aan de oorspronkelijke. Als de oorspronkelijke termijn dus vijf jaar was, gaat door de stuiting een nieuwe verjaringstermijn van vijf jaar lopen. Als een partij met een vermeende vordering op een andere partij bijvoorbeeld halverwege de verjaringstermijn van vijf jaar mediation voorstelt, wil ik voorkomen dat de wederpartij daarvan afziet uitsluitend omdat zij niet wil dat bij het mislukken van de mediation de partij met de vermeende vordering nog eens vijf jaar mag wachten alvorens deze aanhangig te maken. De keuze om de nieuwe verjaringstermijn op drie jaar te stellen hangt samen met een vergelijkbare regeling voor onderhandelingen in het verzekeringsrecht. Ook daarvoor geldt op grond van artikel 7:942 BW dat onderhandelingen de verjaring van een verzekeringsrechtelijke vordering stuiten en dat na mislukte onderhandelingen een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen van drie jaar. De leden van de fractie van Groen Links wijzen er echter terecht op dat bij stuiting van de verjaring door mediation ook sprake kan zijn van rechtsvorderingen die een aanmerkelijk kortere verjaringstermijn kennen dan drie jaar. Het in door deze leden genoemde voorbeeld van een arbeidsrechtelijke vordering gebaseerd op kennelijk onredelijk ontslag is hiervan een goed voorbeeld. De verjaringstermijn voor een dergelijke vordering is zes maanden. Het is mijn bedoeling geweest om met de voorgestelde verjaringsregeling mediation te bevorderen. De gedachte in de richtlijn en het wetsvoorstel is dat partijen niet van mediation moeten worden weerhouden doordat hun vordering tijdens mediation kan verjaren. Tegelijkertijd wil ik niet dat de vorderingsgerechtigde door de mediation en de stuiting van de verjaring beter af is dan hij zou zijn zonder mediation. Degene tegen wie de vordering zich richt, moet niet benadeeld worden doordat hij instemt met mediation. Ik zal daarom de regeling inzake de stuiting van de verjaring aanpassen door in artikel 3:319, derde lid, tweede volzin, BW te bepalen dat de nieuwe verjaringstermijn gelijk is aan de oorspronkelijke maar niet meer dan drie jaar.

De minister van Veiligheid en Justitie,
I. W. Opstelten