

33 320

Implementatie van de richtlijn betreffende bepaald aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken)

Memorie van antwoord

1. Inleiding

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.

De leden van de VVD-fractie hebben met veel belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel. Zij zijn zeer verheugd dat de regering met het voorliggende wetsvoorstel thans de implementatie van richtlijn nr. 2008/52/EG beperkt tot datgene waartoe de richtlijn verplicht, namelijk grensoverschrijdende mediations. De vragen die zij nog hebben, zal ik hieronder beantwoorden.

De leden van de CDA-fractie hebben met verwondering en gemengde gevoelens kennisgenomen van het wetsvoorstel. Voor de argumenten daartoe verwijzen zij naar de brief van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie van de Eerste Kamer van 18 juli 2012. Deze leden hebben nog een aantal vragen en opmerkingen. De leden van de PvdA-fractie sluiten zich aan bij alle vragen en opmerkingen van de CDA-fractie. Ik hoop naar tevredenheid deze vragen te kunnen beantwoorden en de opmerkingen van een reactie te kunnen voorzien.

De leden van de SP-fractie begrijpen dat een EU-richtlijn geïmplementeerd dient te worden maar blijven van mening dat in deze richtlijn op een aantal aspecten de plank behoorlijk mis is geslagen. Het gaat met name over de ruime definitie van "bemiddelaar/mediator" in samenhang met het verschoningsrecht, alsmede de stuiting van de verjaring. De leden van de SP-fractie vinden het goed als er op termijn een vergelijkbare regeling komt voor nationale geschillen. Van een verschoningsrecht kan echter pas sprake zijn als de functie van mediator is geregeld inclusief kwaliteitseisen, vertrouwelijkheid, geheimhoudingsplicht, permanente educatie en tuchtrecht. De vragen die deze leden hebben beantwoord ik gaarne.

2. Algemeen

De leden van de VVD zijn verheugd dat de minister, in aansluiting op zijn brief d.d. 23 december 2011 aan de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2011/12, 29 528, nr.7), duidelijk aangeeft het belang van het borgen van de kwaliteit van mediators te onderkennen. De minister geeft aan, met het oog hierop, een wetsvoorstel in voorbereiding te hebben dat kwaliteitswaarborgen biedt voor geregistreerde mediators. De leden van de VVD-fractie vernemen graag van de regering waarom

door haar niet eerder het belang onderkend is van en gewerkt is aan het borgen van de kwaliteit van mediators. Dit zou de tijdige implementatie van de richtlijn bevorderd hebben.

Toen aan het eind van de vorige eeuw de methode van mediation gestaag terrein begon te winnen, is de overheid zich actief gaan mengen in de discussie over het gebruik van mediation, waaronder stimulering van kwaliteitsnormering door de mediationsector zelf. De reden hiervan was de overtuiging dat wettelijke verplichtingen rond kwaliteitsnormering in een markt die nog geheel in de kinderschoenen stond, een zeer beperkende werking zou hebben op de ontwikkeling van mediation. Zelfregulering was het beste middel voor kwaliteitsborging in deze nieuwe, in ontwikkeling zijnde markt. De overheid heeft zich beperkt tot het verstrekken van een subsidie aan het private Nederlands Mediation Instituut (NMI) om een kwaliteitssysteem te ontwikkelen gebaseerd op zelfregulering. Het NMI heeft zich vervolgens ontwikkeld tot het kwaliteitsinstituut voor mediators in Nederland. De kwaliteitsnormering van het NMI is overgenomen door de raad voor rechtsbijstand bij registratie van mediators die in aanmerking willen komen voor werken in de toevoegingenpraktijk. Ook de Rechtspraak verwijst uitsluitend door naar mediators die bij het NMI geregistreerd staan. Kortom: het NMI geniet een groot vertrouwen, zowel in de markt als ook bij organisaties in het rechtsbestel. In die periode is dus niet de noodzaak gevoeld een wettelijk kwaliteitssysteem te ontwikkelen.

Nadat de Europese Commissie een richtlijnvoorstel had gepubliceerd, is bij de onderhandelingen ook voortdurend gewezen op de positieve ervaringen met een zelfregulerend systeem dat zich als vanzelf een plaats weet te verwerven in de geschilbeslechtingspraktijk. Ook bij de voorbereiding en indiening van het wetsvoorstel (32 555) tot aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn was er geen aanleiding mijn standpunt te wijzigen. Het private kwaliteitssysteem functioneerde - en functioneert - goed. Uiteraard heb ik toentertijd nagedacht of het toekennen van het verschoningsrecht noopte tot het instellen van een register en het stellen van kwaliteitseisen, omdat zorgvuldig moet worden omgegaan met het toekennen van een verschoningsrecht. Omdat het verschoningsrecht zoals in de richtlijn is opgenomen twee belangrijke randvoorwaarden kent en daarnaast uitgebreide gronden om een beroep op het verschoningsrecht niet te honoreren, was ik van mening dat de voordelen van regulering niet zouden opwegen tegen de nadelen met name gezien de ruimte die mediation nodig had om tot ontwikkeling te komen.

In debat met de Tweede Kamer, en later bleek ook uw Kamer, ben ik overtuigd geraakt dat ook het beperkte verschoningsrecht beter kan worden benut. In de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 7) heb ik daarom toegezegd te komen met een voorstel voor zo'n systeem. Bij eerdergenoemde brief van 23 december 2001 heb ik de Tweede Kamer op hoofdlijnen geïnformeerd over mijn plannen.

Te komen tot een beslissing over positionering, vormgeving en inrichting van een register, alsmede de (rechts)gevolgen van de registratie en de inzet van geregistreerde mediators, is niet eenvoudig en kost daarom enige tijd, zeker ook gelet op de belangen van een grote hoeveelheid mediatorsverenigingen en –registers binnen de beroepsgroep. Er is meermalen uitgebreid gesproken met de beroepsgroep over de dilemma's van het inrichten van een wettelijk

kwaliteitssysteem. In het verlengde daarvan zal, zoals toegezegd, een wetsvoorstel worden opgesteld.

Wetsvoorstel 33 320 implementeert richtlijn nr. 2008/52/EG. De leden van de VVD-fractie vragen wat thans de status is van het eerdere wetsvoorstel 32 555. De leden van de SP-fractie vragen wat de regering gaat doen met wetsvoorstel 32 555.

Zowel wetsvoorstel 33 320 als wetsvoorstel 32 555 implementeren de richtlijn mediation. Het is aan uw Kamer om een keuze te maken; indien uw Kamer wetsvoorstel 33 320 aanneemt en wetsvoorstel 32 555 niet verder in procedure neemt, ligt het voor de hand dat de regering wetsvoorstel 32 555 zal intrekken.

Op advies van de Raad van State ligt met wetsvoorstel 33 320 een 'zelfstandig' wetsvoorstel ter beoordeling voor. De leden van de SP-fractie vragen of deze regeling niet opgenomen had kunnen worden in het onlangs in werking getreden Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek.

Boek 10 BW bevat zogenoemde conflictregels, regels die aanwijzen welk nationaal recht (bijvoorbeeld Nederlands, Frans of Duits recht) van toepassing is in een internationale rechtsverhouding. Indien bijvoorbeeld op grond van artikel 2 van het wetsvoorstel de Nederlandse mediationregels van toepassing zijn en tegelijkertijd op grond van een buitenlandse mediationwet de mediationregels van dat land van toepassing zouden zijn, bepalen de regels van Boek 10 BW of de Nederlandse dan wel de buitenlandse mediationregels van toepassing zijn. Artikel 2 van het wetsvoorstel bevat echter een zogenaamde scope-rule, een regel die het toepassingsgebied van het wetsvoorstel aangeeft. Dergelijke 'scope rules' treft men in veel EU richtlijnen en zij plegen niet in boek 10, maar in de materiële wetboeken te worden omgezet (zie bijvoorbeeld artikel 6:247 of 7:50i BW).

3. Kwaliteitseisen en verschoningsrecht

De leden van de CDA-fractie en de PvdA-fractie wijzen erop dat de definitie van mediator overeenstemt met de definitie in artikel 3 sub b van de richtlijn. Gelet op artikel 16 van de preambule van de richtlijn brengt deze omschrijving en met name de aanduiding "bekwame" mee, dat er niet alleen kwaliteitseisen aan mediators kunnen, maar ook zouden moeten worden gesteld. Deze leden vragen of de regering onderschrijft dat het verschoningsrecht, waardoor de waarheidsvinding door de rechter kan worden belemmerd, niet zomaar aan iedereen die zich mediator noemt, kan worden toegekend.

Met het toekennen van een verschoningsrecht moet zeer zorgvuldig en ook terughoudend worden omgegaan. Zoals deze leden aangeven, kan een beroep op een verschoningsrecht de waarheidsvinding belemmeren. Ook onderschrijf ik de opmerking dat het wenselijk is om een wettelijk register in te richten en in dat verband kwaliteitseisen te stellen. In het voorgaande is daarop al ingegaan.

De leden van de CDA-fractie en de PvdA-fractie vragen een overzicht te geven van de EU-landen, waar wel of niet kwaliteitseisen zijn gesteld voor de uitoefening van de functie van mediator. Het is belangrijk om ook over de grens te kijken bij de implementatie van een richtlijn. Op dit moment is mij geen uitputtend overzicht bekend dat voortdurend up to date wordt gehouden. De meeste gegevens zijn afkomstig uit 2010 met hier en daar een recentere aanvulling. Op basis van de mij bekende gegevens is met waarschijnlijkheid te zeggen dat in de volgende landen wettelijke regels zijn gesteld voor het beroep van mediator: België, Bulgarije, Tsjechië, Estland, Griekenland, Italië, Hongarije, Luxemburg, Oostenrijk, Portugal, Roemenië en Spanje. In de volgende landen worden er geen wettelijke eisen gesteld aan mediators: Duitsland, Cyprus, Letland, Litouwen, Slovenië, Zweden, Engeland. Er zijn ook landen waar slechts voor een bepaalde groep eisen bestaan, of waar de regeling geografisch gefragmenteerd is. Voorbeelden hiervan zijn Ierland en Frankrijk. Mij is onduidelijk of er in de volgende landen wettelijke regulering aanwezig is: Denemarken, Malta, Polen, Slowakije en Finland.

De leden van de CDA-fractie en de PvdA-fractie vragen inhoudelijk in te gaan op de bezwaren die zijn ingebracht tegen een ongelimiteerde toepassing van het verschoningsrecht door een ieder, die zich zonder enige kwalificatie mediator kan noemen. Daarbij vragen zij ook in te gaan op de uitspraak van de Hoge Raad over dit onderwerp van 10 april 2009 (LJN BG9470).

Zoals de leden van de CDA-fractie in het voorlopig verslag (p.7-8) aangaven, is het in Nederland een goede gewoonte om slechts in zeer beperkte mate uitzonderingen toe te staan op de getuigplicht van artikel 165, eerste lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Deze uitzondering geldt alleen voor bepaalde groepen van personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in hun hoedanigheid wordt toevertrouwd.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 10 april 2009 (LJN BG9470) aangegeven dat er argumenten zijn die pleiten voor het aannemen van een verschoningsrecht voor een mediator. De Hoge Raad wijst daarbij onder meer op de goede werking van het instrument mediation als alternatieve vorm van geschiloplossing. In dezelfde uitspraak worden tevens zwaarwegende argumenten aangevoerd die pleiten tegen het aannemen van een verschoningsrecht: mediation is een ruim en niet steeds duidelijk afgebakend begrip, de groep van mediators is weinig vast omlijnd, terwijl toekenning van een verschoningsrecht aan mediators in het algemeen zou meebrengen dat de kring van verschoningsgerechtigden zou worden uitgebreid zonder voldoende kwaliteitswaarborgen. Daarmee sluit de Hoge Raad niet uit dat voor de toekomst een al dan niet beperkt verschoningsrecht mogelijk wordt, maar wijst hij er op dat, kortweg, de beroepsgroep dan wel duidelijk(er) moet worden afgebakend om voortdurende geschillen in procedures te voorkomen.

De kritiek van de leden van de CDA-fractie en de PvdA-fractie is met name gericht op het feit dat een beperkt verschoningsrecht aan mediators wordt toegekend terwijl er geen kwaliteitseisen zijn gesteld. Het zonder meer toekennen van een verschoningsrecht aan mediators zou ingaan tegen de uitspraak van de Hoge Raad waar die aangeeft dat het niet wenselijk om een verschoningsrecht toe te kennen aan een niet duidelijk afgebakende groep.

In eerste instantie was ik van mening dat gezien de beperkte reikwijdte van het verschoningsrecht de uitbreiding van de implementatie naar nationale gevallen verantwoord zou zijn. Deze keuze werd ook door de beroepsgroep onderschreven. Bij brief van 26 september 2012 van de NMI Werkgroep Mediationrichtlijn aan uw Kamer is hiervoor nogmaals gepleit: *“Het is te betreuren dat de minister teruggekomen is op zijn aanvankelijke standpunt de implementatiewetgeving ook van toepassing te laten zijn op niet – grensoverschrijdende mediations. Zowel in de memorie van antwoord in de Tweede Kamer als die in de Eerste Kamer heeft de minister daar sterke argumenten voor aangevoerd, die hier niet herhaald hoeven te worden, maar kunnen worden samengevat met de woorden rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid bij implementatie ten aanzien van uitsluitend grensoverschrijdende mediations.”*

Ik ben in lijn met de uitspraak van de Hoge Raad overtuigd dat verdere afbakening van de beroepsgroep nationaal gewenst is voordat een verschoningsrecht kan worden toegekend. Om deze reden heb ik de implementatie van de richtlijn dan ook beperkt tot grensoverschrijdende zaken.

Artikel 7 lid 2 van de richtlijn bepaalt dat lidstaten strengere eisen kunnen stellen om het vertrouwelijk karakter van de bemiddeling/mediation te beschermen dan in de richtlijn is voorzien. De leden van de SP-fractie vragen waarom regering daarvan afziet.

Het verschoningsrecht zoals in de richtlijn is opgenomen is een beperkt verschoningsrecht. Het is niet het verschoningsrecht zoals dat bij advocaten en notarissen wordt toegepast: deze personen mogen in het kader van de geheimhoudingsplicht nooit getuigen, tenzij bij wet een doorbreking ervan is geregeld, ook al zijn partijen het erover eens dat de advocaat dat wel zou kunnen doen. Ook de vertrouwelijke documenten die een partij deelt met de advocaat vallen onder het verschoningsrecht. De richtlijn biedt de mogelijkheid om strengere eisen te stellen en dus om een volledig verschoningsrecht toe te kennen. Voor Nederland lijkt het niet gewenst om dat te doen.

4. Toepasselijk recht

In artikel 2 van het wetsvoorstel lezen de leden van de SP-fractie dat deze wet van toepassing is op grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen, tenzij deze betrekking hebben op rechten en verplichtingen waarover de partijen uit hoofde van het toepasselijk recht van mediation geen zeggenschap hebben. In de schriftelijke behandeling van wetsvoorstel 32 555 heeft de regering gesteld dat onder “het toepasselijke recht van mediation” verstaan moet worden: “Het recht dat van toepassing is op de rechten en verplichtingen die in het geding zijn”. De regering heeft daarbij gekeken naar andere taalversies en heeft vervolgens, vanwege het verschil in bewoordingen in verschillende taalversies van de richtlijn, om een reactie van de Europese Commissie gevraagd. Deze leden vragen of de Europese Commissie inmiddels gereageerd. Een ambtenaar van de Europese Commissie heeft op het Nederlandse verzoek gereageerd, waarbij is aangegeven: *“I agree with you that the “relevant applicable law” is not the same as “the law applicable to the mediation”. In my view Article 1(2) has to be read in conjunction with recital 10. The relevant applicable law refers to the law that applies to the dispute rather than to the*

mediation. That was to ensure that parties could not agree to mediate in circumstances where mediation was not allowed in particular disputes under the law of the Member State concerned.”

Mijn opvatting dat het toepasselijk recht ziet op het geschil en niet het toepasselijk recht van de mediation wordt hiermee ondersteund. Dit volgt mijns inziens ook uit overweging 10 van de richtlijn: *“Deze richtlijn is van toepassing op alle procedures waarbij twee of meer partijen bij een grensoverschrijdend geschil zelf pogen om op vrijwillige basis hun geschil in der minne te regelen met de hulp van een bemiddelaar/mediator. Zij is van toepassing in burgerlijke en handelszaken. Zij zou evenwel niet van toepassing moeten zijn op rechten en verplichtingen waarover de partijen uit hoofde van het toepasselijke recht niet vrij kunnen beslissen. Dergelijke rechten en verplichtingen komen vaak voor in het familierecht en het arbeidsrecht.”*

Uiteindelijk is het oordeel hierover echter aan het Hof van Justitie.

5. Aanvang mediation

De leden van de SP-fractie vragen wat eraan in de weg staat om in het wetsvoorstel op te nemen dat een mediation geacht wordt te zijn aangevangen op het moment dat een mediationovereenkomst schriftelijk is overeengekomen.

Een mediationovereenkomst kan jaren voordat de mediation feitelijk aanvangt, schriftelijk zijn overeengekomen. Dit is het geval als partijen bijvoorbeeld afspreken om bij een toekomstig geschil eerst mediation te beproeven voordat zij juridische stappen ondernemen. Het feitelijke aanvangstijdstip van mediation kan eveneens schriftelijk worden overeengekomen, maar dat hoeft niet.

De Minister van Veiligheid en Justitie,