



REULING  
—  
SCHUTTE

**COMMENTAAR VAN REULINGSCHUTTE  
NICHEKANTOOR VOOR ZAKELIJKE MEDIATION  
OP DE INTIATIEF WETSVOORSTELLEN MEDIATION  
VAN ARD VAN DER STEUR**

**Mei 2013**

**ReulingSchutte B.V.  
Wanningstraat 4-6  
1071 LB Amsterdam  
Tel: 020- 8203400**

**[www.reulingschutte.nl](http://www.reulingschutte.nl)**

**COMMENTAAR VAN REULINGSCHUTTE, NICHEKANTOOR VOOR ZAKELIJKE MEDIATION, OP DE INITIATIEF WETSVORSTELLEN MEDIATION VAN ARD VAN DER STEUR****I Inleiding**

1. ReulingSchutte heeft met instemming kennis genomen van de voorstellen met betrekking tot de wettelijke verankering van mediation. Het is een belangrijke stap in de verdere professionalisering van mediation in Nederland en zal ook de acceptatie van mediation bevorderen buiten de traditionele aandachtsgebieden (familierecht, burengeschillen en conflicten op de werkvloer). Wij denken hierbij vooral aan mediation in het bedrijfsleven. Mediation heeft daar al ingang gevonden. De wettelijke waarborgen zullen de groei van mediation in de zakelijke markt verder stimuleren.
2. ReulingSchutte beperkt zich in dit commentaar tot de Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht en de Wet registermediator. Ons commentaar wordt gegeven op basis van de ruime praktijkervaring die wij hebben opgedaan met mediators in de zakelijke markt. Voor wat betreft het commentaar op hoofdstuk 6 van de Wet registermediator, over de tuchtrechtspraak, wordt ook geput uit de ervaring die Eva Schutte heeft opgedaan als (achtereenvolgens) lid van de Tuchtcommissie en van het College van Beroep van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators en verder als plaatsvervangend lid van het Hof van Discipline en medeopsteller van het meest recente Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediators (van november 2009). Ons commentaar mag openbaar worden gemaakt.

## II Artikelsgewijs commentaar op de Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht

### Artikel 3:316 lid 3 BW – tijdstip aanvang mediationovereenkomst

1. Bepaald is dat de mediation aanvangt op het tijdstip waarop partijen en de registermediator de mediationovereenkomst hebben ondertekend. Wij geven in overweging om aan deze zin toe te voegen ( na “hebben ondertekend”): “, *dan wel op een in de mediationovereenkomst genoemd tijdstip, indien dat eerder is*”. Het komt in onze praktijk voor dat er (individuele en vertrouwelijke) intakegesprekken worden gevoerd of een “regie” bijeenkomst, met bijvoorbeeld de betrokken advocaten, plaatsvindt vóórdat de mediationovereenkomst is getekend. Deze gesprekken maken wel onderdeel uit van de mediation en vallen dus onder de vertrouwelijkheid van de mediation. Door in de mediationovereenkomst een (eerdere) datum te noemen is duidelijk op welk tijdstip de overeenkomst aanvangt en is de vertrouwelijkheid van het voortraject gewaarborgd. Dit mede gezien de reikwijdte van mediationovereenkomst als bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv en de reikwijdte van het verschoningsrecht van de mediator.

### Artikel 3:316 lid 4 BW – afwijkende afspraken over vertrouwelijkheid

2. In dit lid wordt bepaald dat partijen in de mediationovereenkomst afwijkende afspraken kunnen maken over de vertrouwelijkheid.
3. In onze praktijk komt het geregeld voor dat partijen hierover lopende de mediation dan wel bij gelegenheid van de vaststellingsovereenkomst nadere afspraken maken. Wij geven dan ook in overweging om aan dit lid toe te voegen ( na “ Partijen kunnen in de mediationovereenkomst”: “*of bij latere overeenkomst*”.

### Artikel 3:316 lid 5 BW – beëindiging mediation in geval van ontbreken voortgang

4. In het huidige wetsvoorstel wordt voorgesteld in artikel 3:316 te bepalen dat de registermediator de mediation beëindigt indien er gedurende zes maanden geen handelingen van betekenis zijn verricht.
5. Het is onze ervaring dat het in de meeste gevallen binnen enkele weken duidelijk is of mediation zal kunnen leiden tot een oplossing van het geschil dat partijen verdeeld houdt. Wij stellen dan ook voor om uit te gaan van een (veel) kortere termijn, bijvoorbeeld 3 maanden. Dit vooral gezien de vergaande consequentie van een stuitingshandeling. Dit past ons inziens ook bij de aard van mediation als een snelle en toegankelijke wijze van geschilbeslechting.
6. Ook zou nog overwogen kunnen worden om een combinatie te maken. In dat geval zou lid 5 als volgt kunnen luiden (met verschillende opties tussen vierkante haken): “*Indien en zodra naar het oordeel van de registermediator geen uitzicht bestaat op een voor alle partijen*

*bevredigende oplossing [op afzienbare termijn]OF[binnen [drie]OF[zes] maanden], beëindigt de mediator de mediation door schriftelijke kennisgeving aan de betrokkenen. De mediator beëindigt de mediation in ieder geval op het moment dat in de mediation gedurende [drie]OF[zes] maanden geen handelingen van betekenis zijn verricht.”*

**Artikel 424a BW – ondertekening overeenkomst in mediation door de registermediator**

7. Voorgesteld is de overeenkomst in een mediation te laten medeondertekenen door de registermediator.
8. In de artikelsgewijze toelichting is op dit punt is (onder meer) aangegeven dat de overeenkomst in vrijwel alle gevallen zal worden opgesteld door de registermediator. In onze zakelijke praktijk wordt de vaststellingsovereenkomst echter in een groot deel van de gevallen opgesteld door de (in de mediation) betrokken advocaten. Aan tafel wordt in dat geval principe-overeenstemming bereikt over de oplossing (die ook zo uitgebreid mogelijk wordt uitgewerkt – veelal op de flip-over), waarna die hoofdlijnen door (een van) de advocaten worden uitgewerkt in een conceptvaststellingsovereenkomst. Het ondertekenen van de vaststellingsovereenkomst vindt dan ook vaak niet (letterlijk) aan de mediationtafel plaats en in het overgrote deel van de gevallen ook niet in aanwezigheid van alle partijen en de mediator. (Maar uiteraard wel binnen het kader van de mediation, in die zin dat wij de mediation pas beëindigen na ontvangst van een door beide partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst.)
9. De eis dat de mediator moet meetekenen (volgens de toelichting - maar niet direct voortvloeiend uit de wettekst - om te bevestigen dat partijen de overeenkomst in diens aanwezigheid hebben getekend en dat de mediator bovendien diens identiteit heeft geverifieerd) zal naar onze mening kostenverhogend werken en is voor partijen naar verwachting ook niet efficiënt.
10. De eis tot medeondertekening vinden wij ook om een andere reden het heroverwegen waard. In de toelichting wordt - ons inziens terecht - vermeld dat de mediator in geen geval partij wordt bij de (vaststellings)overeenkomst. Door de vaststellingsovereenkomst mede te ondertekenen wordt de mediator echter wel verantwoordelijk voor de inhoud daarvan, terwijl dit naar ons oordeel een verantwoordelijkheid is die louter bij partijen berust. Deze eis, in combinatie met het voorgestelde artikel 21 van de Wet registermediator overschrijdt wat ons betreft de grens waarvoor een mediator verantwoordelijk is. Dit niet in de laatste plaats omdat de in het voorgestelde artikel 21 Wet registermediator omschreven zorgplicht aanzienlijk verder gaat dan nu volgt uit de gedragsregels van het NMI (zie m.n. NMI gedragsregels 3 –partijautonomie- en 8 -werkwijze mediator- en de toelichting daarop.)

**Artikel 22a Rv – geschillen geschikt voor mediation**

11. In dit artikel wordt een (niet-limitatieve) opsomming gegeven van geschillen die zich zouden kunnen lenen voor mediation.
12. Gebaseerd op onze praktijk zou aan deze opsomming toegevoegd kunnen worden: geschillen waarbij raden van toezicht en raden van commissarissen betrokken zijn (of wel in een geschil met het bestuur, dan wel in onderlinge geschillen). Veel voorkomend zijn ook geschillen tussen bestuurders en medezeggenschapsorganen (ondernemingsraden, cliëntenraden etc.) en/of vakbonden. Daarnaast kunnen wij ons voorstellen dat in dit rijtje ook geschillen worden opgenomen tussen arts/behandelaar en patiënt/cliënt (zowel voortvloeiend uit de wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst als andere overeenkomsten in de zorg).

**Artikel 96a Rv - beslissing in deelgeschil**

13. In artikel 96a wordt de mogelijkheid gecreëerd om tijdens een lopende mediation een gekozen (kanton)rechter om een beslissing te vragen.
14. Wij hebben daarmee als kantoor goede ervaringen: het komt immers voor dat in een mediation partijen het over veel zaken eens kunnen worden, maar er op een bepaald punt niet uit kunnen komen. Voorbeelden zijn: de waardebepaling van aandelen, de vraag of een bepaalde verzekeringsdekking bestaat, de uitleg van een contractuele of wettelijke bepaling of de hoogte van de ontbindingsvergoeding bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Het kan gaan om een overblijvend geschilpunt aan het eind van een mediation, maar ook om een richtinggevend geschilpunt bij de aanvang of tijdens de loop van de mediation. Dit laatste komt in onze praktijk voor bij complexe zaken, waarbij meerdere conflicten spelen.
15. Het kan dan zeer praktisch zijn dat partijen op een dergelijk punt de knoop laten doorhakken zodat de bereikte overeenstemming op de andere punten in stand kan blijven. Het alternatief zou immers zijn dat de mediation zonder succes wordt beëindigd en dat partijen in een gerechtelijke procedure van voor af aan moeten beginnen. Een regeling waarbij partijen in de mediation met handhaving van de bereikte overeenstemming zich op het resterende geschilpunt(en) kunnen onderwerpen aan een beslissing door iemand aan wie zij de beslissing op dat punt toevertrouwen, verdient op zich alle steun.
16. Zolang de wet geen “deelgeschil-achtige” procedure regelt, moet in een dergelijk geval hetzij arbitrage, hetzij bindend advies worden overeengekomen, waarbij in het laatste geval geen voor tenuitvoerlegging vatbare uitspraak wordt verkregen (tenzij het bindend advies wordt meegenomen in de voorgestelde toevoeging van artikel 279, lid 4 Rv.).

17. Wij juichen een wettelijke regeling dan ook toe, maar willen bij de uitwerking ervan in het wetsvoorstel wel enkele kanttekeningen plaatsen.

Wie is de beslisser?

18. Door aan te knopen bij artikel 96 Rv. komt men uit bij de kantonrechter. De voorzieningenrechter zou, gelet op de diversiteit aan rechtsgebieden waarop het verzoek betrekking kan hebben, in onze optiek een beter alternatief zijn, ook al omdat de doorlooptijd bij voorlopige voorzieningen traditioneel kort is en het verzoekschrift dan rechtstreeks bij de voorzieningenrechter kan worden ingediend (“ter hand kan worden gesteld”, zegt de wet in art. 278 Rv.). Wij vermelden hierbij wel als mogelijk bezwaar dat het verzoekschrift bij de voorzieningenrechter moet worden ingediend door een advocaat.

Wie is de indiener?

19. Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat het verzoek om een deelbeslissing wordt ingediend door de registermediator namens beide partijen. Onze ervaring is dat partijen moeilijk kunnen komen tot het formuleren van een gezamenlijke vraagstelling en in gevallen waar dat wel mogelijk is (zoals hoogte van de schade, waardebeoordeling), hun visies op omstandigheden die van belang zijn voor beantwoording van de vraag, zeer uit elkaar lopen. Wij vinden wel dat de mediator een leidende rol moet hebben, maar niet als degene die de verschillende visies formuleert, maar als degene die het op gelijkwaardige wijze indienen van de visies van beide partijen faciliteert.

Wie bepaalt de procesorde?

20. De rechter blijft eindverantwoordelijk voor de procedure, de bewaking van de goede procesorde en het hoor en wederhoor. Dat verdraagt zich slecht met een ‘instructie’ van partijen. Hoezeer het partijen ook vrij staat om een bepaalde gang van zaken overeen te komen, de rechter bepaalt de procesorde. Dat kan niet alleen betekenen dat hij de instructie van partijen geheel of gedeeltelijk buiten toepassing laat, het kan ook betekenen dat hij zelf bepaalde processtappen (bijvoorbeeld voor het vaststellen van de feiten of produceren van documenten, dan wel het horen van partijen) noodzakelijk acht.
21. Onze ervaring is, dat partijen, zeker wanneer er geen advocaten bij de zaak betrokken zijn, lang niet altijd de voor de deelbeslissing noodzakelijke informatie spontaan verschaffen en dat degene die het deelgeschilpunt moet beslissen daar zelf achteraan moet gaan. Dat verdraagt zich slecht met de gestelde termijn van drie weken voor een beslissing, tenzij dat ook een tussenbeslissing zou mogen zijn.

Hoe “light” kan de procedure zijn om aanvaarding van de beslissing te waarborgen?

22. Volgens de toelichting wordt gedacht aan een elektronische procedure zonder zitting en zonder re- en dupliek. Maar ook in een e-courtachtige setting is hoor en wederhoor mogelijk, via Skype bijvoorbeeld. Als partijen zich onvoldoende gehoord voelen, zal dat ten koste gaan van het draagvlak voor de beslissing, met als gevolg dat de kans afneemt dat partijen de beslissing van de rechter in hun overeenkomst zullen overnemen. En daar was de procedure toch voor bedoeld. De vraag is dan ook waarom niet (iets) meer is aangesloten bij de sinds 1 juli 2010 bestaande deelgeschillenprocedure in de artikelen 1019w en volgende Rv. voor gevallen van letsel- en overlijdensschade.

Gevaar van de opschortende voorwaarde van lid 4

23. De keuze om partijen niet te binden aan de beslissing van de kantonrechter brengt het risico met zich mee dat een partij die ontevreden is over die beslissing de mediation zal laten mislukken. Dan schiet de regeling haar doel voorbij.

Onderscheid procedure volgens huidig artikel 96Rv en nieuwe artikel 96a R

24. Het verschil tussen de bestaande regeling van de gezamenlijke gang van partijen naar een kantonrechter van hun keuze en de voorgestelde light-procedure zit vooral in de (eventuele) mogelijkheid van hoger beroep, de mondelinge behandeling en het al dan niet in stand blijven van de beslissing bij een mislukte mediation. Onze verwachting is dat daarmee de 96a-procedure in de praktijk vooral (of zelfs uitsluitend) zal worden toegepast voor het vragen van beslissingen op meer ondergeschikte geschilpunten. Dat zou een gemiste kans zijn.

**Artikel 165 lid 3 Rv – omvang verschoningsrecht**

25. In artikel 165 Rv wordt in het wetsvoorstel een verschoningsrecht toegekend aan mediators en “*een ieder die bij een mediation is betrokken*”.
26. Uit deze tekst en de toelichting hierop is niet duidelijk wie precies worden bedoeld met deze betrokkenen. Zijn dit ook de partijen en hun adviseurs (zoals advocaten) en andere (eventueel op de achtergrond) betrokkenen of wordt (slechts) gedoeld op de aan de zijde van de registermediator betrokken personen, zoals een secretaris?

### III Artikelsgewijs commentaar op de Wet registermediator

#### Artikel 12 – doorhaling inschrijving

1. Dit artikel vermeldt de gevallen waarin de inschrijving in het register wordt doorgehaald. Hierbij ontbreekt de doorhaling op grond van een uitspraak van het tuchtcollege of (in hoger beroep) het gerechtshof Arnhem – Leeuwarden, als bedoeld in artikel 43 leden 3 e en 8 juncto artikel 47 lid 3. Slechts in de toelichting op artikel 12 wordt hiervan melding gemaakt, terwijl ook dit geval ons inziens in de wet zelf moet worden opgenomen.

#### Artikel 14 – beëdiging

2. Lid 1 bepaalt dat de registermediator de eed of belofte aflegt ten overstaan van de rechtbank in het arrondissement waarbinnen zijn woonplaats is gelegen. Meer voor de hand ligt ons inziens te kiezen voor de rechtbank in het arrondissement waarbinnen de mediator praktijk houdt.

#### Artikel 20 – geheimhoudingsplicht

3. Wij zouden, gezien het belang van de geheimhouding, graag zien dat aan lid 2 wordt toegevoegd: “voor zover relevant voor de beoordeling van de klacht” of woorden van die strekking. Dit sluit ook beter aan bij de jurisprudentie ter zake.

#### Artikel 21 – kernwaarden

4. Ons valt op dat wat van de registermediator wordt verwacht, zoals opgenomen in lid 2, een vergaande verantwoordelijkheid bij de mediator legt. Een zuiver faciliterende mediator zal hieraan niet kunnen voldoen. Daarbij komt dat niet steeds duidelijk is wat wordt verlangd, bijvoorbeeld met betrekking tot “het informeren van partijen over het juridisch kader dat aan de orde is”. In de praktijk kan hier bovendien een spanningsveld ontstaan met andere genoemde kernwaarden als onpartijdigheid en neutraliteit (zie lid 1).
5. De toelichting op de huidige NMI gedragsregels (onder gedragsregel 8) geeft ons inziens een beter beeld van een goede taakuitoefening door de registermediator en waarborg voor wat partijen van een registermediator mogen verwachten. Die tekst, die als volgt luidt, zou dan ook onze voorkeur hebben:  
*“De essentie van de taak van de mediator is het bewaken van het mediationproces. De mediator behandelt de mediation met de nodige voortvarendheid en maakt daarvoor voldoende tijd beschikbaar. Hij geeft uitleg over het mediationproces, de inhoud van de mediationovereenkomst en het Reglement. De mediator verifieert of partijen begrijpen welke voorwaarden en consequenties er aan ondertekening van de mediationovereenkomst zijn*



*verbonden. De mediator zorgt voor een evenwichtige behandeling van de kwestie en bevordert zoveel mogelijk dat iedere partij op gelijkwaardige wijze aan bod komt, in voldoende mate toegang heeft tot de benodigde informatie en de ruimte heeft om zo nodig financiële, juridische, psychologische of andere adviseurs te raadplegen”.*

Zie verder ook het commentaar onder art. 424a BW van de Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht (hiervoor sub II, 10)

### **Artikel 23 – algemene tuchtnorm**

6. Lid 3 bevat het zogenaamde ne bis in idem – beginsel, dat leidt tot niet ontvankelijkheid. De vraag is hoe dit zich verhoudt tot artikel 38 lid 1 onder a, dat het tuchtcollege een discretionaire bevoegdheid geeft ter zake.

### **Artikel 24 – samenstelling en reglement tuchtrechtcollege**

7. Het aantal leden en plaatsvervangende leden zoals vermeld in lid 2, komt ons ruim voor, zeker als in de praktijk zou worden gewerkt met drie leden (zie artikel 40). De ervaring leert dat dit voor deze beroepsgroep, mede gezien het te verwachten aantal zaken, een praktische samenstelling is.
8. Onder de plaatsvervangende leden zal ook een plaatsvervangend voorzitter moeten zijn. Het verdient ons inziens aanbeveling dit te vermelden door achter “en ten hoogste acht plaatsvervangende leden” toe te voegen “waaronder de plaatsvervangend voorzitter”.
9. Lid 3 bepaalt dat het tuchtcollege bij reglement nadere regels vaststelt over zijn werkwijze. Een zelfde bepaling ontbreekt voor het hoger beroep (zie artikel 47), terwijl ook die procedure nader zal moeten worden uitgewerkt.

### **Artikel 28 – geheimhouding tuchtcollege**

10. De leden van het tuchtcollege en de secretaris zijn tot geheimhouding verplicht ten aanzien van alle gegevens die hun bij de behandeling van de klacht ter kennis zijn gekomen. Daarmee dient ons inziens (de beperking in ) de zinsnede “en waarvan zij het vertrouwelijke karakter kennen of redelijkerwijs moeten vermoeden” te vervallen.
11. Overigens ontbreekt in de eerste regel het woord “en” tussen “de plaatsvervangende leden” en “de secretaris”.

### **Artikel 35 – mediation als voorportaal tuchtprocedure**

12. Het tuchtcollege stelt de klager en de registermediator eerst in de gelegenheid om in een mediation tot een vergelijk te komen. Wij vinden dit geen verstandige keuze. Op dat moment

zal de klager vaak geen vertrouwen meer hebben in mediation als wijze van conflictoplossing. Onze voorkeur zou daarom uitgaan naar handhaving van de door het NMI gehanteerde klachtenregeling. Overigens is ook deze regeling conform de uitgangspunten van mediation gericht op een oplossing van de klacht en gaat het niet om het juridisch gelijk vast te stellen.

#### **Artikel 41 – zitting tuchtcollege**

13. Het is volgens ons essentieel dat in ieder geval het lid van het tuchtcollege dat (uitvoerige) praktijkervaring heeft als mediator bij de zitting aanwezig is. Lid 2 dat bepaalt dat het tuchtcollege het horen kan opdragen aan de voorzitter en een ander lid van het tuchtcollege gezamenlijk waarborgt dit niet.
14. Gezien het belang van een zitting (het worden gehoord), zo bewijst de praktijk, zou onze voorkeur er naar uitgaan om het volledige tuchtcollege in te zetten (ervan uitgaande dat deze uit drie leden bestaat, zie hiervoor onder artikel 24, sub 7).
15. Verder zouden wij, gelet op dit belang, alleen willen afzien van een zitting als de klager en de registermediator hebben verklaard geen gebruik te willen maken van het recht te worden gehoord ( in plaats van het huidige lid 3 waarin volstaat dat klager of registermediator dit heeft verklaard).
16. Niet duidelijk is of de zittingen openbaar zijn.

#### **Artikel 42 – behandeling door het tuchtcollege**

17. Lid 1 bepaalt dat het tuchtcollege de klacht binnen zes weken na ontvangst van het klaagschrift behandelt (met een eenmalige verdaging van 4 weken). Niet duidelijk is hoe dat zich verhoudt tot de in artikel 35 gegeven gelegenheid tot voorafgaande mediation. Wat als die mediation tien weken of langer duurt?
18. Evenmin is duidelijk wanneer de beslissing van het tuchtcollege te verwachten is. Een termijn hiervoor ontbreekt. (vergelijk art. 5 lid 12 van het Reglement Stichting Tuchtrechtspraak Mediation: *“De Tuchtcommissie beslist binnen tien weken na de zitting”*).

#### **Artikel 43 – uitspraak van het tuchtcollege**

19. In lid 1 zou onder e kunnen worden toegevoegd “(deels)” voor “gegrond verklaren van de klacht”. Het kan immers voorkomen dat slechts sommige onderdelen van de klacht gegrond zijn.

20. Lid 4 bepaalt dat een beslissing of een gedeelte daarvan kan worden gepubliceerd. In hoeverre dit anders is dan de openbaarmaking van onherroepelijke beslissingen, als bepaald in artikel 33 is niet duidelijk.

#### **Artikel 47 – hoger beroep**

21. De behandeling in hoger beroep is zeer summier verwoord. Zo is niet duidelijk of het verzoekschrift, waarbij het hoger beroep wordt ingesteld (zie lid 2) nader aan te voeren gronden mag bevatten.
22. Evenmin is bijvoorbeeld duidelijk of de klager, als een klacht gegrond is verklaard, alleen tegen de aard van de opgelegde maatregel in beroep kan.

#### **IV Slotopmerking**

Wij hopen met bovenstaand commentaar bij te dragen aan de verdere gedachtevorming over de wetsvoorstellen.

Uiteraard zijn wij graag bereid een en ander desgewenst nader toe te lichten of uit te werken.

ReulingSchutte B.V.  
Wanningstraat 4-6  
1071 LB Amsterdam