

## Reactie NautaDutilh op consultatie Wet registermediator, etc.

NautaDutilh heeft met grote belangstelling kennis genomen van de drie samenhangende voorstellen van wet (Wet registermediator, Wet bevordering van mediation in het burgerlijke recht en de Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht, hierna waar mogelijk samen aangeduid als het "Wetsvoorstel"). Onze reactie spitst zich toe op de Wet bevordering van mediation in het burgerlijke recht. De Memorie van Toelichting merkt op p. 15 terecht op dat deze materie om een andere juridische en politieke afweging vraagt dan de voorgestelde Wet registermediator. Onze conclusie is dat het Wetsvoorstel niet in de huidige vorm zou moeten worden ingevoerd.

1. Behalve in kwesties van personen- en familierecht en in arbeidszaken, heeft mediation in Nederland op dit moment geen substantieel aandeel in de beslechting van geschillen. Het vaste land van Europa lijkt een vergelijkbaar beeld te geven als in Nederland, al zijn betrouwbare data over het aantal mediations per jaar of het aantal geschillen dat door mediation wordt opgelost niet voorhanden<sup>1</sup>.
2. Mediation is als methode van geschilbeslechting wel belangrijk buiten de genoemde rechtsgebieden in landen met een op *common law* gebaseerd systeem. Het vaak als meer *adversarial* betitelde *common law* procesrecht heeft kennelijk eigenschappen die de opkomst van mediation als alternatief voor overheidsrechtspraak en arbitrage heeft bevorderd. Die kenmerken hebben elkaar versterkende effecten. Aan de zitting vooraf gaat een fase van *pre-trial discovery*, waarin intensieve waarheidsvinding (door verhoren en de verplichte productie van soms zeer talrijke schriftelijke stukken) centraal staan. Het voorbereiden en afnemen van verhoren, het bijwonen ervan en het selecteren, produceren en verwerken van stukken legt een groot beslag op de tijd van partijen en advocaten. In het Verenigd Koninkrijk pleegt een *barrister* te worden geïnstrueerd door een *solicitor*, hetgeen leidt tot deels overlappende werkzaamheden. Een gerechtelijke procedure is door deze kenmerken zeer kostbaar. In stelsels waarin de beslissing geheel of gedeeltelijk berust op de uitspraak van een jury, ervaren partijen overheidsrechtspraak als onvoorspelbaar. De Nederlandse meer *inquisitorial* overheidsrechtspraak kent deze nadelen niet of in veel mindere mate. Met recht vermeldt de inleiding van de Memorie van Toelichting op het Wetsvoorstel dat Nederland trots kan zijn op de kwaliteit en toegankelijkheid van onze rechterlijke macht.
3. Dat laat onverlet dat mediation kenmerken heeft die haar bestaansrecht geven naast een kwalitatief hoogstaande overheidsrechtspraak; dat bestaansrecht wordt niet alleen ontleend aan gebrek aan een volwaardig alternatief. Wij denken dat mediation ook buiten het personen- en familierecht en het arbeidsrecht tot wasdom zal komen en een eigen plaats zal verwerven als manier van geschilbeslechting. De beschikbaarheid van voldoende mediators met ervaring als mediator en expertise op het materiële rechtsgebied (ondernemingsrecht, bank- en effectenrecht, etc.) is daartoe naar onze mening een vereiste. Dwang of drang is daartoe minder geëigend.
4. Wezenskenmerk van mediation is vrijwilligheid. Dat is door de Hoge Raad (soms impliciet, onder toepassing van artikel 81 RO) bevestigd in zijn uitspraken van 20 januari 2006 (*NJ* 2006, 75), 27 juni 2008, (*LJN* BD2710) en 8 mei 2009, *LJN* BH7132. Geschillen zijn met name geschikt voor mediation als partijen geschikt zijn voor mediation. Partijen moeten vrijwillig, in volle en onbeperkte vrijheid, de keuze maken om een poging te wagen er samen uit te komen. De her en der in verschillende bewoordingen in de inleiding van de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel betrokken algemene stelling dat mediation voor bepaalde zaken beter zou zijn dan beslechting door de overheidsrechter, onderschrijven wij daarom niet. Wie ooit mediation heeft meegemaakt (als partij of als professional) weet dat mediation lang kan duren, emotioneel belastend kan zijn en dat ook mediation schade kan toebrengen aan de relatie. Die schade kan groter zijn dan de schade die een partij ervaart als de overheidsrechter in zijn of haar nadeel heeft gesproken: de schade in mediation wordt immers toegebracht door de voormalige (zaken)partner en niet door een derde. Een geschil dat na een mislukte mediation alsnog door de overheidsrechter of arbiters wordt beslecht, zal per saldo langer hebben geduurd en kostbaarder zijn geweest dan zonder mediation.

---

<sup>1</sup> L. Reijerkerk, Mediation 2.0. In: Mediation Next Level, onder redactie van M. Brink en L. Reijerkerk, Uitgave bij gelegenheid van het Mediationcongres 2012, Sdu, 2012, p. 49.

5. Het Wetsvoorstel bevordering van mediation in het burgerlijk recht bevat naar ons oordeel elementen die met dat wezenskenmerk van vrijwilligheid op (te) gespannen voet staan. Mediation moet zichzelf in Nederland bewijzen als een in daarvoor geschikte gevallen beter alternatief voor overheidsrechtspraak of arbitrage. Het voorstel voor de Wet registermediator draagt daaraan bij. De Wet bevordering mediation in het burgerlijk recht niet.
6. Partijen die zich tot de overheidsrechter wenden maken gebruik van het hun in artikel 17 van de Grondwet toegekende recht. Als zij van dat recht gebruik maken, moeten zij geacht worden ook gebruik te hebben gemaakt van hun vrijheid om *geen* mediation te beproeven. De overheidsrechter zou geen drang moeten voelen om partijen de deur te wijzen, ook niet als dat tijdelijk is. De keuze van partijen dient voorop te staan.
7. Het Wetsvoorstel voorziet ook in ander opzicht in ongewenste drang. Partijen zouden niet moeten worden gedwongen om in de dagvaarding of verzoekschrift uit te leggen waarom mediation niet is beproefd. Een *comply or explain* benadering, zoals dit voorstel wil introduceren, legt een te zware en in de meeste civiele zaken ongerechtvaardigde druk op partijen om niet te kiezen voor de overheidsrechter.
8. Tenslotte introduceert het Wetsvoorstel additionele onvoorspelbaarheid (gaat de rechter verwijzen of niet en zo ja, wanneer?). Voorspelbaarheid is een belangrijke bestanddeel van effectieve rechtspraak.<sup>2</sup> De vergaande bevoegdheid van de rechter om partijen in elke stand van het geding te verwijzen naar een registermediator is daarmee moeilijk verenigbaar.
9. Kortom: een dergelijke algemene bevoegdheid schuurt met het recht op toegang tot de overheidsrechter en met het beginsel van contractsvrijheid. Het is aan partijen om te bepalen of zij mediation wensen. De rechter kan partijen mediation in voorkomende gevallen met kracht van argumenten voorhouden, maar dat is het dan ook.
10. Overigens zou de rechter partijen altijd moeten horen, voordat hij hen naar een mediator verwijst. Het Wetsvoorstel voorziet daar ten onrechte niet in. Partijen dienen zich, zou een dergelijke algemene bevoegdheid onverhoopt wet worden, altijd te kunnen uitlaten over de opportuniteit van zo'n verwijzing, die onnodige vertraging, kosten en inspanningen kan opleveren. Het Wetsvoorstel laat zich er niet over uit hoe dit horen in de procedure zal worden ingepast. Daarbij dient het volgende dilemma zich aan. De comparitie na antwoord lijkt het geëigende moment om partijen aan het woord te laten over een voornemen tot verwijzing. Op dat moment zijn echter al een dagvaarding en conclusie van antwoord gewisseld en zijn de kosten van een procedure al grotendeels gemaakt. Anderzijds zal het introduceren van een mediation-comparitie na de eerstdienende dag mogelijk een extra beslag leggen op de capaciteit van de rechter.
11. Het bezwaar dat het Wetsvoorstel afdoet aan de keuzevrijheid van partijen laat zich temeer voelen, omdat vrijwel ieder denkbaar geschil in Artikel 22a een "relationele dimensie" wordt toegekend. Onder "geschillen tussen vennootschappen" vallen bijvoorbeeld ook incassoprocedures. Uit de afzonderlijke vermelding van de categorie "schuldeiser en schuldenaar" blijkt dat het inderdaad de bedoeling van de indiener is om dergelijke geschillen tussen vennootschappen onder het bereik van het Wetsvoorstel te brengen.
12. Het in Artikel 22a voorgestelde vermoeden voor de daarin vermelde categorieën zou o.i. zonder meer geschrapt moeten worden. De rechtspraktijk - en de rechter - zouden niet met zo'n gedetailleerde en nogal arbitraire lijst moeten worden bezwaard. En wat beoogt dit vermoeden eigenlijk? De eerste volzin van Artikel 22a duidt op een discretionaire bevoegdheid ("kan") en daarmee is een door de rechter steeds toe te passen vermoeden en een daarmee gegeven verzwaarde motiveringsplicht niet verenigbaar. Een functioneel vermoeden zal zijn niet beoogd, maar het wetsvoorstel en de toelichting daarop maken niet duidelijk wat de bedoeling dan wel zou moeten zijn.
13. Het is overigens niet ongebruikelijk dat een civiele procedure wordt ingeleid tegen meerdere gedaagden. Dat geldt ook voor procedures met een "relationele dimensie" als bedoeld in het Wetsvoorstel (verg. de crediteur die de vennootschap en haar bestuurders dagvaardt op grond van

<sup>2</sup> Raad voor de rechtspraak, Visie op de rechtspraak; <http://www.rechtspraak.nl/ORGANISATIE/RAAD-VOOR-DE-RECHTSPRAAK/VISIE-OP-DE-RECHTSPRAAK/Pages/Effectiviteit-van-de-rechtspraak.aspx>

gestelde betalingsonwil). De betrokkenheid van meerdere partijen lijkt een duidelijke contra-indicatie voor mediation. Meer-partijen mediation is niet ondenkbaar, maar de kans op succes is aanmerkelijk kleiner en de kosten zijn hoog. Het Wetsvoorstel lijkt geen uitzondering te maken voor procedures met meerdere gedaagden.

14. Het Wetsvoorstel lijkt mede ingegeven door de gedachte dat de rechter partijen de weg kan wijzen als partijen zich van de mogelijkheid van mediation geen rekenschap hebben gegeven. Het is natuurlijk denkbaar dat de keuze voor de overheidsrechter weliswaar in vrijheid, maar onvoldoende geïnformeerd is gemaakt. Het kan zijn dat partijen mediation zouden hebben beproefd als zij op de mogelijkheid waren geweest. Professionele rechtshulpverleners hebben daar een taak. Dat de gedachte opkomt dat betaalde rechtshulpverleners mediation willen vermijden omdat een procedure meer oplevert, is begrijpelijk. Dezelfde prikkel zou in de weg moeten staan aan het - zonder mediation - nastreven van een schikking en toch is dat de wijze waarop het merendeel van de geschillen wordt opgelost.<sup>3</sup> Kennelijk weten rechtshulpverleners deze prikkel voldoende te weerstaan.
15. Het wetsvoorstel behoeft ook op andere punten serieuze heroverweging. Zonder volledigheid te willen nastreven, wijzen wij op de volgende bezwaren:
  - een regeling ontbreekt voor de kosten van mediation, waarmee partijen, ook tegen hun zin, kunnen worden belast. Is de gedachte dat, als mediation niet tot conflictbeslechting leidt, de verliezer in de procedure de kosten daarvan voor zijn rekening moet nemen? Hoe zit het met de kosten van de overheidsprocedure (griffierecht) als de mediation wél tot conflictbeslechting leidt. Dat griffierecht is op het moment van verwijzing reeds betaald, maar een andere tegenprestatie van de overheidsrechter dan de verwijzing naar mediation staat daar niet tegenover.
  - Lid 2 van Artikel 22a voorziet in een min of meer uitgewerkte regeling voor aanhouding van de reeds aanhangige procedure tijdens de mediation. Lid 1 bevat zo'n regeling niet. Het lijkt erop dat de laatste volzin van lid 2 als een afzonderlijk lid 3 opgenomen zou moeten worden.
  - de in Artikel 96a bedoelde procedure bij de kantonrechter laat zich bezwaarlijk nog als "rechtspraak" resulterend in een "uitspraak" laat kwalificeren. Immers, zo'n uitspraak over een "geskil" resulteert volgens het Wetsvoorstel niet in een bindende uitspraak tussen partijen, maar in een (niet)uitspraak, waaraan partijen in een vaststellingsovereenkomst bindende kracht zouden moeten geven.
  - terzijde valt op te merken dat lid 5 van dit artikel 96a niet zal beogen cassatieberoep toe te laten. De gebruikelijk uitsluiting van een "hogere voorziening" ligt in de rede. Dat geldt ook voor Artikel 96b lid 5.
  - het Wetsvoorstel voorziet in een eigen, niet in het huidige systeem ingebede verjaringsregeling. Wij begrijpen het Wetsvoorstel zo, dat de lopende verjaring wordt onderbroken indien en zolang de mediation "loopt" en dat de aldus onderbroken verjaringstermijn weer verder loopt nadat de mediation zonder oplossing is geëindigd, maar dan voor een periode van ten hoogste drie jaar. Heeft een stuitingshandeling als bedoeld in artikel 3:317 BW (schriftelijke aanmaning of mededeling) gedurende deze drie jaren geen effect en zo ja, waarom niet?
16. Kortom: onze bezwaren richten zich met name tegen de Wet bevordering van mediation in het burgerlijke recht, niet zozeer tegen de twee andere onderdelen van het Wetsvoorstel. Dat mediation als manier van geschillenoplossing bevordering verdient onderschrijven wij. Verwijzing onder drang door de overheidsrechter is echter niet de manier. Het Wetsvoorstel zou ook op onderdelen nader overwogen en aangescherpt moeten worden.

Amsterdam, 22 mei 2013

NautaDutilh N.V.

Freerk Vermeulen  
Paul Olden

---

<sup>3</sup> Onderzoek van WODC (Geschillenbeslechtingsdelta 2009, p. 134) laat zien dat 48,1 % van de niet-triviale problemen eindigt in een minnelijke regeling vóór een procedure aanhangig is. Een procedure wordt aanhangig gemaakt in slechts 12,7% van de gevallen en een beslissing wordt in slechts 6,5% van de gevallen afgewacht.