



KONINKLIJKE BEROEPSORGANISATIE VAN GERECHTSDEURWAARDERS

Secretariaat
Prinses Margriet-
plantsoen 49
2595 BR Den Haag

Telefoon
+31 (0)70 890 35 30

Fax
+31 (0)70 890 35 31

E-mail
kbvg@kbvg.nl

Internet
www.kbvg.nl

Kamer van Koophandel
27356362

BTW nr.
8101.34.809

ABN AMRO bank
51.07.21.664

ING bank
58.91.31.990

De heer mr. G.A. van der Steur
Tweede Kamer, VVD-fractie
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

Den Haag, 22 mei 2013
Kenmerk: JR/JN/902-0522

Betreft: Internetconsultatie Wet Mediation

Geachte heer Van der Steur,

1 Inleiding

1.1 De KBvG is met u van mening dat minnelijke oplossing van een geschil vaak valt te verkiezen boven rechterlijke beslechting ervan. Wij staan daarom niet afwijzend tegenover uw streven mediation te bevorderen. Een wetswijziging kan eraan bijdragen dat strijdende partijen eerder dan tot nu toe trachten hun geschil met hulp van een kundige bemiddelaar tot een einde te brengen.

1.2 Het door de KBvG ontwikkelde filtermodel illustreert dit standpunt. In dat model dagvaardt de gerechtsdeurwaarder niet dan nadat hij de eiser heeft gevraagd welk type geschilbeslechting binnen de grenzen van de wet zijn voorkeur heeft. De gerechtsdeurwaarder interviewt ook de gedaagde. Op deze wijze kan, met eerbiediging van de wil van ieder der partijen, een grondslag voor afdoening van de kwestie zonder tussenkomst van de overheidsrechter worden gevonden. De ogenschijnlijke tegenstelling tussen dagvaarding en alternatieve geschilbeslechting is daarmee overbrugd. Door de partijen naar hun eigen voorkeur te vragen over de geschilbeslechting worden strategische *tegenkeuzes* voorkomen en wordt de-escalatie van het geschil bevorderd doordat partijen erachter komen feitelijk beiden wel voor mediation te voelen.¹

1.3 Graag maken wij enkele kanttekeningen bij uw voorstellen. Omdat dit het dichtst bij de praktijk van de gerechtsdeurwaarder staat letten wij in het bijzonder op uw voorstel ter bevordering van mediation in het burgerlijk recht. Uw wetsvoorstel dienaangaande duiden wij bij afkorting aan met *Wbmbv*. Wij noemen de artikelen en andere elementen die u in het BW en Rv wilt invoegen, voor zover wij er iets van zeggen. Waar wij vragen stellen vertrouwen wij erop dat u die bij uw definitieve memorie van toelichting zult willen beantwoorden.

2 Indeling

¹ www.kbvg.nl, Persbericht 5 oktober 2012.

In onze reactie komen aan de orde:

1. *artikel 7:424a BW, de mediationovereenkomst*
2. *artikel 22a Rv, rechterlijke verwijzing naar een registermediator*
3. *artikel 96a Rv en artikel 96b Rv, de elektronisch verzonden beschikking van de kantonrechter*
4. *artikel 111 lid 2 onderdeel d Rv en artikel 278 lid 2 Rv, vermelding poging tot mediation*
5. *artikel 339 lid 3 Rv en artikel 358 lid 3 Rv, opschorting appeltermijn*
6. *Wet registermediator, onder het aspect kosten*

3 *Wat betreft 1: artikel 7:424a BW, de mediationovereenkomst*

3.1 De definitie van de mediationovereenkomst als een overeenkomst van opdracht en als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv, dit laatste met het oog op de vertrouwelijkheid van hetgeen in de mediation aan de orde komt, lijkt ons juist. Het zou de duidelijkheid kunnen dienen wanneer de overeenkomst waar de mediation toe leidt in het vijfde lid om te beginnen werd aangeduid als *de vaststellingsovereenkomst*, bijvoorbeeld in het zinsverband: *De vaststellingsovereenkomst of een andere overeenkomst in een mediation ...* Zoals u in de toelichting op het nieuwe artikel opmerkt is de overeenkomst die tijdens de mediation wordt gesloten in het overgrote deel van de gevallen een overeenkomst in de zin van artikel 7:900 e.v. BW. Overigens valt van de mediationovereenkomst als overeenkomst van opdracht, de mediation-overeenkomst als bewijsovereenkomst, de vaststellingsovereenkomst en een eventuele andere overeenkomst in een mediation nog te onderscheiden de initiële overeenkomst, dat contract waarbij partijen vooralsnog niet anders en niet meer overeenkomen dan dat zij zullen beproeven hun geschil door mediation op te lossen. Slechts die overeenkomst kan de basis vormen voor de mediationovereenkomst in de tweeledige definitie van het voorgestelde artikel.

3.2 Gelet op de stelligheid van de eerste volzin van het vijfde lid en de nadruk waarmee u toelicht hoe wezenlijk het is dat de overeenkomst die in mediation tot stand komt op schrift wordt gesteld, bevreemdt het dat de slotzin van het vijfde lid toch een afwijking van het schriftelijkheidsvereiste toelaat. Is dat wel wenselijk? Zo ja, waarom? Staat het niet in de weg aan ruime toepassing van de door u voorgestelde bekrachtiging van de overeenkomst door de kantonrechter?

3.3 In het straks aan de orde komende nieuwe artikel 22a Rv noemt u in het tweede lid het geval dat partijen bij voorbaat zijn overeengekomen mediation toe te passen. Zou het niet juist zijn deze mogelijkheid in artikel 7:424a BW uit te werken? Dat zou in elk geval een plaats zijn om aan te geven hoe, indien één der partijen consument is, een mediationclausule in algemene voorwaarden zich verhoudt tot het bij artikel 6:236 onder k en n BW bepaalde.

3.4 De KBvG heeft bedenking tegen een in algemene voorwaarden opgenomen mediationbeding. Voor dat beding geldt hetzelfde als voor het krachtens algemene voorwaarden geldende arbitraal beding. De dagelijkse praktijk leert dat niet zelden de ene partij zich van het bestaan van het beding niet bewust is geweest, totdat de andere partij zich erop beroept. Wij juichen het daarom toe dat de Minister van Veiligheid en Justitie artikel 6:236 sub n BW bij de modernisering van het arbitragerecht zo wil aanpassen dat het de consument meer bescherming

biedt. In de consultatieronde bepleitte de KBvG zelfs verdere aanscherping. Het wetsvoorstel is op 15 april 2013 bij de Tweede Kamer ingediend [TK 2012-2013, 33 611, nr. 2]. In zijn memorie van toelichting, p. 8, merkt de Minister op dat de wet met de voorgestelde wijziging buiten twijfel stelt dat de consument, die doorgaans een zwakkere positie heeft ten opzichte van de ondernemer, niet tegen zijn wil van de overheidsrechter kan worden afgehouden (artikel 17 Grondwet). Wordt het voorstel wet dan zal een arbitraal beding als alternatief een keuze voor geschilbeslechting door de overheidsrechter moeten toestaan. Voor die keuze dient het beding de wederpartij een termijn van ten minste een maand te gunnen. Bestaat een zo geformuleerd beding, dan moet de gebruiker zich daar schriftelijk jegens zijn wederpartij op beroepen. De KBvG had graag gezien dat de wet bepaalde dat dit beroep vergezeld gaat van een uiteenzetting van de rechten van de wederpartij.

3.5 Evenmin als de mediation die na het ontstaan van het geschil werd overeengekomen laat de bij voorbaat overeengekomen mediation zich verenigen met een vorm van *verstek*. Wát echter indien een partij, verrast door het bestaan van het mediationbeding, niet meewerkt? Mag zij dan met een beroep op het beding blijvend worden afgehouden van de gewone rechter? Een uitwerking naar analogie van de regeling van artikel 6:236 sub n BW nieuw lijkt geraden.

4 Wat betreft 2: artikel 22a Rv, rechterlijke verwijzing naar een registermediator

4.1 Met enige verwondering lazen wij het voorgestelde eerste lid van dit artikel. De rechter, niet de wetgever, is de uitlegger van de wet. Heeft de rechter werkelijk een lange lijst van voorbeelden nodig om te begrijpen wat u bedoelt? Zo ja, kan de lijst niet beter in de memorie van toelichting worden opgenomen?

4.2 In de toelichting op het nieuwe artikel 22a Rv geeft u aan dat dit is bedoeld om de toepassing van mediation te bevorderen in die zaken die zich er naar uw oordeel meer voor lenen om in mediation te worden opgelost dan door middel van de klassieke gerechtelijke procedure. Het betreft hier geschillen die een *relationele dimensie* kennen, waarmee u bedoelt dat tussen de partijen bij het geschil een relatie bestaat die het geschil dat tussen hen bestaat mede kleurt waardoor het in de meeste gevallen wenselijk is om de desbetreffende relationele aspecten bij de oplossing van het geschil te betrekken.

4.3 In het bedoelde artikel 22a Rv wordt aangegeven dat de navolgende geschillen worden vermoed zich ervoor te lenen via mediation te worden opgelost omdat zij worden vermoed een relationele dimensie te hebben, namelijk: *geschillen - al dan niet voortvloeiend uit of verband houdend met een overeenkomst - tussen echtgenoten, geregistreerde partners, samenwoners, aandeelhouders, bestuurders, vennootschappen, bestuurders en vennootschappen, aandeelhouders en vennootschappen, vennoten, deelgenoten in een gemeenschap, een hypotheek- of pandgever en een hypotheek- of pandnemer, gerechtigden in een nalatenschap, eigenaars, eigenaars en zakelijk gerechtigden, burens, schuldeiser en schuldenaar, verkoper en koper, kredietgever en kredietnemer, schenker en begiftigde, verhuurder en huurder, verpachter en pachter, opdrachtgever en opdrachtnemer, partijen bij een reisovereenkomst, werkgever en werknemer, aannemer en opdrachtgever, borg en schuldeiser, partijen bij een vaststellingsovereenkomst, verzekeraar en verzekeringnemer, partijen bij een overeenkomst van geldlening, partijen bij een vervoersovereenkomst, partijen bij een overeenkomst betreffende intellectuele eigendom, tussen een natuurlijke persoon en een rechtspersoon, tussen overheid en*

burger en civielrechtelijke geschillen die voortvloeien uit of verband houden met een duurovereenkomst in algemene zin.

4.4 Deze opsomming bevat, zo niet al het gehele veld, toch tenminste 90% van het totale civiele rechtsgebied. Naar de opvatting van de KBvG is dit een zodanig ruim wettelijk vermoeden dat feitelijk elke zaak wordt vermoed vatbaar te zijn voor mediation. Dat kan niet stroken met de werkelijkheid. Een onbetaalde geldvordering bijvoorbeeld, typisch een zaak tussen een schuldeiser en een schuldenaar, lijkt geen zaak voor mediation. Er dient voor te worden gewaakt dat de verplichte route van mediation enkel een flinke vertraging zal opleveren in zaken waarbij mediation geen of weinig kans van slagen heeft. De KBvG beveelt daarom aan de lijst niet alleen te verplaatsen naar de toelichting, maar ook aanmerkelijk in te korten en te beperken tot zaken waarin klaarblijkelijk sprake is van een sterk persoonlijk getinte relationele dimensie.

4.5 Tot slot rijst de vraag naar het rechtskarakter van de verwijzing. Naar wij veronderstellen zal de beslissing van de rechter niet bij wege van gerechtelijke tenuitvoerlegging kunnen worden gerealiseerd en, principiëler, zelfs nimmer de hierboven bedoelde initiële overeenkomst kunnen vervangen. Beoogt u dat een weloverwogen door een partij aan de rechter gedane mededeling dat zij geen mediation wil beproeven, doch beslechting van het geschil verlangt, processuele consequentie heeft? Zo ja, welke?

5 Wat betreft 3: artikel 96a Rv en artikel 96b Rv, de elektronisch verzonden beschikking van de kantonrechter

5.1 Kan de onder artikel 96a Rv gegeven beschikking, hoewel voorlopig van karakter en dienstig aan de voltooiing van de mediation, een executoriale titel opleveren indien de mediation niet slaagt en partijen vooraf overeenkwamen dat de beslissing van de kantonrechter hen ook in dat geval zal binden?

5.2 De wetgeving omtrent elektronisch verkeer in de rechtspraktijk zal nu stellig snel worden ontwikkeld. Voorstelbaar is dat het bestand dat de gerechtsdeurwaarder tot executie legitimeert, in dit geval de beschikking van de kantonrechter, door het gerecht niet meer op papier wordt gesteld maar uitsluitend als elektronisch bestand wordt opgesteld en verzonden. Als sluitstuk van de digitale procedure zal de *digitale grosse* moeten worden gecreëerd, al is de term *grosse* dan waarschijnlijk een anachronisme.

6 Wat betreft 4: artikel 111 lid 2 onderdeel d Rv en artikel 278 lid 2 Rv, vermelding poging tot mediation

6.1 U wilt, om partijen tot mediation te bewegen voordat zij de tussenkomst van de rechter inroepen, de dagvaarding laten vermelden of mediation is beproefd en indien niet, waarom niet. Dit laatste werkt onmiskenbaar als een hefboom, het strijdt met de vrijheid van partijen waar u overigens in het algemene deel van uw memorie van toelichting terdege oog voor toont; p. 15 MVT Wbmbbr, midden. Ten diepste bestaat de contractsvrijheid van partijen daarin dat zij een overeenkomst aangaan omdat hun dit behaagt, zonder dat zij de overheid behoeven uit te leggen waarom het hun, of één van hen, in voorkomend geval niet heeft behaagd. Het scheppen van een plicht tot uitleg beknot de vrijheid van partijen, het stelt een grens aan hetgeen zij mogen willen. Daarmee is het een ongeschikt middel ter bevordering van mediation in het burgerlijk recht.

6.2 In gelijke mate geldt dit voor de voorgestelde aanvulling van het verzoekschrift.

6.3 Een extra vermelding, boven de vele vermeldingen die artikel 111 Rv reeds voorschrijft, leidt bovendien tot een overdaad die eerder schaadt dan baat. Hebben partijen voordat zij zich tot de rechter wendden vergeefs geprobeerd door mediation tot oplossing van hun geschil te komen, dan is dit voor de beslissing van de rechter van belang. In dat geval brengt de uit artikel 21 Rv voortvloeiende substantiëringsplicht reeds mee dat de eiser deze poging tot geschiloplossing in de dagvaarding noemt. Bovendien: mediation kan slechts als alternatief worden onderkend als de gedaagde vóór het geding verweren heeft aangevoerd. Om aan de substantiëringsplicht uit artikel 111 lid 3 Rv te voldoen zorgt de eiser dat de dagvaarding die verweren - als ze er zijn - vermeldt, tezamen met de middelen waarover hij beschikt om zijn eis te staven. Het noemen in aansluiting daarop van een wel beproefde maar niet geslaagde toepassing van mediation ligt voor de hand. De rechter kan zijn conclusie trekken wanneer het woord *mediation* in de dagvaarding niet valt.

6.4 Wij geven u in overweging af te zien van het invoegen van een nieuw onderdeel in het tweede lid van artikel 111 Rv en van een nieuw tweede lid in artikel 278 Rv. Volhardt u en vindt uw voorstel voor een aanvullende vermelding voldoende steun, dan heeft het toevoegen van een vierde lid aan artikel 111 Rv in hoge mate onze voorkeur boven een inlas in het tweede lid. De daaruit voortkomende verlettering maakt dat ook andere artikelen, waaronder de artikelen 343 Rv en 407 Rv, moeten worden aangepast.

7 Wat betreft 5: artikel 339 lid 3 Rv en artikel 358 lid 3 Rv, opschorting appeltermijn

Voor elk van de genoemde artikelen stelt u invoeging van een nieuw derde lid voor. De ingelaste bepaling maakt dat de termijn van beroep in een dagvaardingsprocedure respectievelijk een verzoekschriftprocedure voor de duur van de mediation wordt opgeschort. Hoe juist op zichzelf ook, dit is een gevaarlijke regeling indien de mediation pas wordt overeengekomen tegen het einde van de termijn van beroep. Slaagt de mediation niet, dan kan het nog niet verstreken deel van de appeltermijn zo kort zijn dat de partij die alsnog in hoger beroep wil komen in moeilijkheden geraakt. Wij geven u in overweging aan elk van de voorgestelde nieuwe leden een zinsnede van de volgende strekking toe te voegen: *..., met dien verstande dat, indien de mediation zonder overeenstemming is beëindigd, in elk geval nog hoger beroep kan worden ingesteld gedurende een week na de dag waarop de mediation is beëindigd.*

8 Wat betreft 6: Wet registermediator, onder het aspect kosten

8.1 Wordt het wetsvoorstel Wet registermediator tot wet verheven dan scheidt de wetgever daarmee een nieuwe *gilde*, dat van de registermediators. Verre van onwaarschijnlijk is dat deze mediators zich zullen gedragen overeenkomstig de in de sociologie ontwikkelde professionaliseringstheorie, voor zover nog nodig: door de wettelijke grondslag voor hun bestaan onderscheiden zij zich reeds van andere mediators. Een domeinmonopolie, wettelijk geregeld tuchtrecht en titelbescherming vallen hun aanstonds toe. Te verwachten valt dat zij een beroepsorganisatie zullen vormen, een secretariaat inrichten, groepsgewijze de verplichte permanente educatie ter hand nemen, een vakblad uitgeven, vergaderen, congresseren; alles om de werfkracht van de registermediator te vergroten.

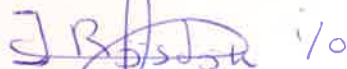
8.2 Het is niet deze voorzienbare ontwikkeling op zichzelf waar onze kritiek zich op richt. Misschien moet het zo gaan, misschien zal juist de breed uitgemeten kwaliteit die de registermediator kan bieden de toepassing van mediation bevorderen. Wel lijkt het onvermijdelijk dat deze verheffing van de registermediators boven andere professionele geschiloplossers tot uiting komt in de honoraria die zij partijen in rekening zullen brengen. Mediation door registermediators kan bijna niet anders dan relatief duur zijn.

8.3 Dat moet wèl worden bedacht, zelfs wanneer partijen slechts met zachte hand in de richting van mediation worden geduwd. Het slagingspercentage van mediation, rond de 60%, p. 13 MvT Wbmbv, mag betrekkelijk hoog zijn, in de 40% van de gevallen waarin mediation mislukt hebben partijen vergeefs aanzienlijke kosten gemaakt. Van die positie uit mogen zij de tussenkomst van de overheidsrechter inroepen, mèt de voor ieder daaruit voortvloeiende nieuwe kosten en het onvermijdelijk aan het alsnog gevoerde geding verbonden proceskostenrisico. Voor dat deel van de zaken zal de weg langs de registermediator een dure route blijken te zijn. Voor zover er een bijzonder argument mag worden gevraagd om de contractsvrijheid van partijen, ook ten aanzien van de toepassing van mediation, geheel onverlet te laten ligt het wel hierin.

9 *Publicatie*

Onze reactie mag openbaar zijn.

Hoogachtend,
Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'J. Nijenhuis' followed by a flourish and a slash.

J. Nijenhuis
Portefeuillehouder Ambtsuitoefening