

Commentaar op het wetsvoorstel mediation vanuit rechtshistorisch perspectief



T.V.S. Jubitana

Internetconsultatie Wet bevordering mediation 2016

Deze bijdrage omvat commentaar vanuit rechtshistorisch perspectief op het wetsvoorstel van het lid Ard van der Steur (thans minister van Veiligheid en Justitie) tot wijziging van mediation in het Burgerlijk Recht. Centraal staat het wetsvoorstel bevordering van mediation in het Burgerlijk Recht.

**Erasmus
Universiteit
Rotterdam**

28 september 2016

Inleiding

Deze bijdrage is vorig jaar op 28 september 2015 in haar definitieve vorm gegoten. In oktober 2015 is dit commentaar op het wetsvoorstel mediation beoordeeld, namens de Erasmus Universiteit Rotterdam, door docente rechtsgeschiedenis dr. Emese von Bóné en mediator/gastdocent dr. mr. Fred Schonewille. Zij hebben deze bijdrage in oktober 2015 overhandigd aan de regering, zijnde de minister Ard van der Steur van Veiligheid en Justitie. Vervolgens hebben wetgevingsjuristen deze bijdrage omgezet in notulen en deze zijn meegenomen in het wetgevingsproces ten aanzien van mediation. De regering is dus reeds intern bekend met mijn commentaar. Echter, het originele stuk heb ik voor deze Internetconsultatie aangepast en bewerkt. Graag zou ik de resultaten van mijn juridisch onderzoek naar o.a. de rechtsgeschiedenis van mediation en mijn visie op het wetsvoorstel bevordering van mediation alsnog met vakgenoten en andere geïnteresseerden willen delen via dit platform van het ministerie van Veiligheid en Justitie. Hieruit vloeit automatisch voort dat ik mijn expliciete toestemming verleen tot het (extern) publiceren van deze bijdrage in het kader van de 'Internetconsultatie Wet bevordering mediation 2016', die sluit op 30 september 2016.

De vragen die horen bij de 'Internetconsultatie Wet bevordering mediation 2016' zijn:

1. Dragen de in het wetsvoorstel opgenomen maatregelen naar uw mening bij aan het stimuleren van het gebruik van mediation?;
2. Welke andere maatregelen zijn denkbaar om het gebruik te stimuleren?;
3. Welke (overige) effecten van de voorgenomen maatregelen verwacht u?.

Deze bijdrage dient ter beantwoording van vorengenoemde vragen. Tevens draag ik in het boek *Het ouderschapsplan in de praktijk* het door mij ontwikkelde 'scheidingsfaseringsmodel' aan, waarin ik specifiek ruimte heb gecreëerd voor mediation in onverplichte vorm.

Vindplaats:

De website waarop deze wetenschappelijke bijdrage openbaar is gemaakt: <https://www.internetconsultatie.nl/wetmediation>
via <https://www.overheid.nl/overheidsinformatie/>

Rotterdam, 28 september 2016

Tamara Jubitana
Erasmus Universiteit Rotterdam

Rotterdam, 28 september 2016

Uw referentie	: Wetsvoorstel bevordering van mediation in het Burgerlijk Recht, <i>Kamerstukken II</i> , 2013/14, 33 723, nr. 5	Doorkiesnr.:	n.v.t.
		Mobiel nr.:	n.v.t.
Mijn referentie	: TJ/jv – 28/09/2015+28/09/2016	E-mailadres:	n.v.t.

Betreft: Commentaar op het wetsvoorstel van het lid Van der Steur tot wijziging van mediation in het Burgerlijk Recht

Geachte heer Van der Steur,

Al enige tijd heb ik kennis genomen van het wetsvoorstel mediation. In dit commentaar zal ik mediation in het Burgerlijk Recht meer diepgang verlenen en wens ik mijn kanttekeningen bij u onder uw aandacht te brengen. Ondanks dat dit een positiefrechtelijke bijdrage is, zal ik ten eerste mediation beschrijven vanuit historisch perspectief. Daarna zal ik mij toespitsen op de kanttekeningen die kunnen worden geplaatst bij de recente rechtsontwikkelingen ten aanzien van mediation en zal ik terugkoppelingen maken naar de rechtsgeschiedenis van mediation. Hierop zal ik afsluiten met mijn conclusie.

1. Mediation in historisch perspectief

1.1. Mediation vanaf de middeleeuwen

Er wordt verondersteld dat mediation in Nederland is ontstaan doordat het is overgewaaid vanuit de Verenigde Staten. Dit is historisch gezien volstrekt onjuist. Mediators bestonden al in de middeleeuwen in Nederland, namelijk de zogeheten vredemakers.¹ De middeleeuwse vredemakers hebben geleid tot het ‘College van Leidse vredemakers’ dat heeft gefunctioneerd van 1598 tot 1811². Dit college heeft dus ruim 2 eeuwen bestaan.³

¹C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 131; E.K.E. von Bóné, ‘Terug naar een ‘mediationrechter’ in Nederland conform het model van Voltaire?’, *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement* 2016-1, p. 17-20.

²C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 128.

De vredemakers waren in het leven geroepen vanwege kosten- en tijdsbesparing voor partijen en om een hoge werkdruk van de rechtbank (de civiele Vierschaar)⁴ te voorkomen⁵, wat later ook gold bij de vrederechter.⁶ Pas wanneer er sprake was van non-conciliatie of verstek en tot een akkoord komen dus niet meer tot de mogelijkheden hoorde, stond de weg naar de rechtbank open.⁷ De Leidse vredemakers waren juridisch geschoold⁸ en mediation geschiedde kosteloos. Advocaten werden overigens niet toegelaten tot de vredemakerskamer, omdat zij teveel kosten met zich meebrachten en iedere schijn van een rechtsgeding moest worden vermeden.⁹ De functie van vredeleggen was toebedeeld aan landsheren (graven), stadsraden en zelfs aan poorters.¹⁰

De Franse vrederechter van 1790 heeft haar grondvesten ontleend aan het ‘College van Leidse vredemakers’. De Franse filosoof Voltaire¹¹ bracht het concept van de Leidse vredemakers, ‘*feseurs de paix en Hollande*’, onder de aandacht bij de Fransen.¹² De Leidse vredemakers zijn de inspiratiebron geweest voor de invoering van de vrederechter in Frankrijk in 1790. Door de invoering van de Franse Wet op de rechterlijke organisatie (Wet op de RO) uit 1790 kreeg Nederland in 1811 zelf een vrederechter tot 1838. De vrederechter had als belangrijkste taak preliminair conciliëren (verzoening) of minnelijke schikking. Het beginsel van preliminaire conciliatie hield in dat men eerst verplicht was om via de vrederechter verzoeningspogingen te doen, voordat men zich mocht wenden tot de rechtbank.¹³ De wortels van de vrederechter en de preliminaire conciliatiegedachte liggen dus in het ‘College van Leidse vredemakers’.¹⁴

³C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 137.

⁴E.K.E. von Bóné, ‘Terug naar een ‘mediationrechter’ in Nederland conform het model van Voltaire?’, *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement* 2016-1, p. 17-20.

⁵C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 128.

⁶H.J.M. van Dapperen, *De vrederechter in Nederland 1811-1838*, (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 1991, p. 9-10.

⁷C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 129-130; E.K.E. von Bóné, ‘Terug naar een ‘mediationrechter’ in Nederland conform het model van Voltaire?’, *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement* 2016-1, p. 17-20.

⁸C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 138.

⁹C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 131-132.

¹⁰C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 146.

¹¹B. Magee, *Het verhaal van de filosofie*, Utrecht: Het Spectrum 2003, p. 122.

¹²C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 127.

¹³E.K.E. von Bóné, ‘Terug naar een ‘mediationrechter’ in Nederland conform het model van Voltaire?’, *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement* 2016-1, p. 17-20.

¹⁴E.K.E. von Bóné, ‘Tweehonderd jaar ontwikkeling van de competentie van de vrederechter/kantonrechter in Nederland (1811-2011)’, in: G. Martyn (Ed.), *Scènes uit de geschiedenis van het vredegerecht/Scènes de l’histoire de la justice de paix: verslagboek van de eerste dag van het internationaal colloquium ‘De vrederechter in Europa’*, Gent-Rotterdam, Koolkerke: Die Keure/La Charte 2011, p. 71-83.

1.2. Mediation in de 20-ste en 21-ste eeuw

In 1974 stond Hoefnagels aan de wieg van scheidingsbemiddeling. Vanaf 1990 waren bemiddelingscursussen via de huidige Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsmediators (vFAS) uitsluitend bedoeld voor advocaten. In 1993 ontstond in Nederland het Nederlands Mediation Instituut (NMI).¹⁵ De laatste decennia is er in de Verenigde Staten een scala aan niet-gerechtelijke geschilbeslechting oftewel Alternative Dispute Resolution (ADR) ontstaan. ADR ontstond ter oplossing van de 'litigation crisis' (excessieve stijging van aansprakelijkheidszaken). Volgens sommige werken is in de jaren '90 vooral de alternatieve beslechtingsvorm mediation vanuit de Verenigde Staten¹⁶ overgewaaid naar Nederland.¹⁷ Maar zoals al eerder benadrukt, sluit ik mij aan bij het gedachtegoed van Ten Raa dat Nederland mediation al sinds de vredemakers kende. Vanaf 2007 kunnen rechters en het Juridisch Loket partijen doorverwijzen naar mediation. Vanuit de Raad voor de Rechtsbijstand kunnen partijen hun eigen bijdrage laten vaststellen aan de hand van hun financiële draagkracht.¹⁸ Ook dit weer in tegenstelling tot de vredemakers waar mediation geheel kosteloos was.¹⁹

2. Kanttekeningen bij de recente rechtsontwikkelingen t.a.v. mediation

2.1. Juridisering van mediation

Mediation oftewel conciliatie²⁰ draait om conflictonderhandeling. Kernwaarden van mediation zijn flexibiliteit, vertrouwelijkheid en vrijwilligheid.²¹ De opkomst van mediation is onderdeel van het dejuridiseringsbeleid van de overheid geweest. In de overheidsrechtspraak is onvoldoende plaats voor emoties van partijen, omdat het hier

¹⁵G.P. Hoefnagels, C.A.R.M. van Leuven & H.P.A.M. van Arendonk, *Handboek Scheidingsbemiddeling (Monografieën Privaatrecht nr. 7)*, 2.9 1986: *De advocatuur gaat brood zien in bemiddeling*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1 (online via Kluwer Navigator).

¹⁶G. Frerks, M. Breukelaar, T. Jongbloed & M. Uitslag (red.), *De ervaren mediator: kwaliteit, identiteit en ethos*, Apeldoorn: Maklu-Uitgevers 2012, p. 53.

¹⁷R.J.S. Schwitters, *Recht en Samenleving in verandering: Een inleiding in de rechtssociologie*, Deventer: Kluwer 2008, p. 110-111.

¹⁸J.E. Doek, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, aant. 3.d Mediation bij: Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Zesde Titel Rechtspleging in zaken betreffende het personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 1 (online via Kluwer Navigator).

¹⁹C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 131-132.

²⁰J. de Boer, *Asser 1* Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 599.

²¹Juridische Databank, Wetgevingsadvies Mediation, Adviescommissie Bestuursrecht en Burgerlijk Procesrecht, Brief Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 5 juni 2013 en adviezen adviescommissies bestuursrecht en burgerlijk procesrecht <www.advocatenorde.nl/advocaten/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/123973>, geraadpleegd op 21 september 2015.

uitsluitend draait om het juridische gedeelte van het geschil.²² Bij mediation is er juist ruimte voor relationele dimensies.²³ Hoefnagels vond de relatie tussen recht en psychologie erg belangrijk.²⁴ Door mediation te juridiseren wordt er geen rekening meer gehouden met de psychologische aspecten. Hoe kan het mogelijk zijn dat de rechter een burger die nog middenin het rouwproces zit dwingt tot mediation? Hierbij gaat verloren dat er juist bij mediation plaats moet zijn voor emoties, maar dan wel wanneer partijen er zelf klaar voor zijn. Aan de registermediator worden juridische kennisvereisten gesteld, maar hoe zit het met psychologische kennis?²⁵

In het wetsvoorstel ontbreekt de definitie van mediation waardoor het toepassingsbereik intransparant blijft.²⁶ Burgers kunnen niet aan de wet ontlenuen wat mediation precies inhoudt, wat leidt tot onduidelijkheid²⁷ en de keus dus eerder valt op de rechter. Mediation kan ruim worden geïnterpreteerd en definiëring doet daarbij afbreuk aan de kernwaarde van flexibiliteit.²⁸ De registermediator bijvoorbeeld wordt uitvoerig gedefinieerd wat leidt tot juridisering.²⁹ De registermediator krijgt tal van bevoegdheden en verantwoordelijkheden toebedeeld door de overheid en de niet-registermediator wordt buitenspel gezet.³⁰ De onafhankelijkheid van mediators komt hiermee in het gedrang.³¹ Het wetsvoorstel beoogt tevens dat de rechter burgers met sterke drang beweegt tot mediation. Ook dit leidt juist tot juridisering. Het overheidsingrijpen moet derhalve worden geremd.

²²J.B.M. Vranken, *Asser/Vranken Algemeen deel*** 2005/125*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1 (online via Kluwer Navigator).

²³Reactie A. Regout op het wetsvoorstel mediation d.d. 22 mei 2013, <www.randstadmediation.nl/wp-content/uploads/2013/06/Reactie-Anita-Rgout-op-wetsvoorstel-mediation.pdf>, geraadpleegd op 21 september 2015.

²⁴G.P. Hoefnagels, C.A.R.M. van Leuven & H.P.A.M. van Arendonk, *Handboek Scheidingsbemiddeling (Monografieën Privaatrecht nr. 7), 1.1 Bemiddelen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 2 (online via Kluwer Navigator).

²⁵Reactie A. Regout op het wetsvoorstel mediation d.d. 22 mei 2013, <www.randstadmediation.nl/wp-content/uploads/2013/06/Reactie-Anita-Rgout-op-wetsvoorstel-mediation.pdf>, geraadpleegd op 21 september 2015.

²⁶Reactie A. Regout op het wetsvoorstel mediation d.d. 22 mei 2013, <www.randstadmediation.nl/wp-content/uploads/2013/06/Reactie-Anita-Rgout-op-wetsvoorstel-mediation.pdf>, geraadpleegd op 21 september 2015.

²⁷M. Brink, 'Naar een wettelijke regeling van mediation?', *Nederlands Juristenblad* 2013-30/88, p. 2050-2055.

²⁸*Advies Raad van State* W03.13.0323/II, W03.13.0324/II, W03.13.0325/II, 22 november 2013.

²⁹A.H. Bos, 'Mediation: vormvereisten versus vrijheid', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2014-6, p. 31-34.

³⁰Juridische Databank, Wetgevingsadvies Mediation, Adviescommissie Bestuursrecht en Burgerlijk Procesrecht, Brief Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 5 juni 2013 en adviezen adviescommissies bestuursrecht en burgerlijk procesrecht <www.advocatenorde.nl/advocaten/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/123973>, geraadpleegd op 21 september 2015.

³¹S. Droogleever Fortuyn, 'Dossier Mediation: Mediation is in', *Advocatenblad* 2015-9, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 36-39.

2.2. Vrijwillige karakter van mediation

Mediation geschiedt op vrijwillige basis.³² Dit in tegenstelling tot de tijd van de vredemakers en later de periode van de vrederechters waarin mediation verplicht was voordat men zich überhaupt mocht richten tot de rechter in eerste aanleg, zijnde de rechtbank. Waarom mensen vrijwillig kiezen voor mediation heeft te maken met laagdrempeligheid en de wens van de burgers om zelf nog de regie te hebben over het conflict. De burgers wensen het conflict op te lossen zonder van bovenaf opgelegde regels, dus zonder overheidsbemoedening.³³

In het wetsvoorstel wordt de vrijwilligheid van de burgers beperkt. Het is namelijk de rechter die dan ‘kan’ doorverwijzen naar mediation.³⁴ Verplichte doorverwijzing leidt in de praktijk echter tot een lager slagingspercentage van mediation.³⁵ Uit Kamerstukken blijkt dat deze verplichting tot het beproeven van mediation door Van der Steur wordt bedoeld als ‘prikkel’.³⁶ Het is mijns inziens een verkapte prikkel, want er wordt hier toch iets wat vrijwillig van aard is afgedwongen. Dit maakt ‘verplichte mediation’ tot een *contradictio in terminis*, waarbij de partijautonomie sterk wordt ondermijnd.³⁷ Met het oog op de rechtsgeschiedenis hebben het ‘verplichte vredeleggen’ van de vredemakers en de ‘verplichte conciliatie’ van de vrederechters geen stand gehouden in Nederland. Opmerkelijk is dat in België en Frankrijk de vrederechter wél nog steeds bestaat.³⁸

2.3. Mediation en toegang tot de rechter

De verplichting tot mediation zou in strijd kunnen komen met het fair trial beginsel ex artikel 6 EVRM.³⁹ Artikel 5 lid 2 van de Europese mediationrichtlijn⁴⁰ en het *Alassini-arrest* van het HvJ EU⁴¹ maken verplichte mediation echter verenigbaar met artikel 6 EVRM.⁴² Ten aanzien

³²A.M.F. Diederens, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, 16.3.2.2 *Vrijwilligheid*, Deventer: Kluwer 2014, p.1 (online via Kluwer Navigator).

³³G.P. Hoefnagels, C.A.R.M. van Leuven & H.P.A.M. van Arendonk, *Handboek Scheidingsbemiddeling (Monografieën Privaatrecht nr. 7)*, 1.1 *Bemiddelen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1 (online via Kluwer Navigator).

³⁴Juridische Databank, Wetgevingsadvies Mediation, Adviescommissie Bestuursrecht en Burgerlijk Procesrecht, Brief Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 5 juni 2013 en adviezen adviescommissies bestuursrecht en burgerlijk procesrecht <www.advocatenorde.nl/advocaten/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/123973>, geraadpleegd op 21 september 2015.

³⁵R.W. Jagtenberg & A.J. de Roo, ‘Mediation: verplicht of vrijwillig?’, *Justitiële verkenningen* 2003-8/29, p. 56-67.

³⁶Brief van het lid Van der Steur, *Kamerstukken II*, 2014/15, 33 722, nr. 21.

³⁷P. Ingelse, ‘De rechter en de mediator’, *Nederlands Juristenblad* 2014/2058, p. 2856-2863.

³⁸E.K.E. von Bóné, ‘Terug naar een ‘mediationrechter’ in Nederland conform het model van Voltaire?’, *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement* 2016-1, p. 17-20.

³⁹M. Brink, ‘Verplichtstelling’ van mediation?’, *Nederlands Juristenblad* 2011/1998-39, p. 2652-2657.

⁴⁰Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (*PbEU* 2008, L 136/3).

⁴¹HvJ EU 18 maart 2010, *Rosalba Alassini vs. Telecom Italia SpA*, nr. C-317/08.

van *Alassini* toetste het HvJ EU bij de beantwoording van de prejudiciële vragen aan de beginselen van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming. Het eindresultaat van mediation was naar mening van het HvJ EU niet bindend en dus voorzag zij geen problemen.⁴³ In het *Ciro di Donna-arrest* van het HvJ EU⁴⁴ liet het HvJ EU de prejudiciële vragen onbeantwoord in het geval mediation wel leidt tot bindende schikkingen. Het lijkt erop dat het HvJ EU zich in deze kwestie liever afzijdig houdt.⁴⁵

De aanbevelingsmogelijkheid van de rechter uit de richtlijn wordt in artikel 22a ontwerp Rv. geformuleerd met ‘de rechter *kan* in alle gevallen en in elke stand van de procedure mediation voorstellen aan procespartijen’.⁴⁶ Zoals in de vorige paragraaf omschreven ontstaat er tussen die aanbevelingsmogelijkheid en de vrijwilligheid van mediation een discrepantie. De NOvA vindt de belemmering van de toegang tot de rechter zelfs rechtsweigering.⁴⁷ Bij de vredemakers en later bij de vrederechters was het een verplichting dat men zich eerst diende te wenden tot de vredemaker dan wel de vrederechter voordat een procedure bij de rechtbank open stond.

2.4. Kosten van mediation

Wanneer verplichte mediation faalt, kleeft er de consequentie aan vast dat men toch zal moeten procederen.⁴⁸ Partijen zijn hierdoor onvrijwillig extra tijd en geld kwijt.⁴⁹ Dergelijke dubbele kosten zijn niet wenselijk. Ook zullen partijen aanzienlijk meer geld kwijt zijn aan een mediator, omdat de registermediator hoog gekwalificeerd is.⁵⁰ Bij de vredemakers was ‘mediation’ (vredeleggen) tenminste kosteloos.⁵¹

⁴²I. Giesen & L. Coenraad, ‘Innovaties in de (civiele) rechtspleging’, *Nederlands Juristenblad* 2012/882-15, p. 1023-1030.

⁴³R.W. Jagtenberg & A.J. de Roo, ‘Verplichte mediation in het Europese recht’, *Nederlands Juristenblad* 2013-30/88, p. 2056-2059.

⁴⁴HvJ EU 27 juni 2013, *Ciro di Donna vs. SIMSA*, nr. C-492/11.

⁴⁵R.W. Jagtenberg & A.J. de Roo, ‘Verplichte mediation in het Europese recht’, *Nederlands Juristenblad* 2013-30/88, p. 2056-2059.

⁴⁶Wetsvoorstel bevordering van mediation in het burgerlijk recht, *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 723, nr. 5.

⁴⁷Juridische Databank, Wetgevingsadvies Mediation, Adviescommissie Bestuursrecht en Burgerlijk Procesrecht, Brief Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 5 juni 2013 en adviezen adviescommissies bestuursrecht en burgerlijk procesrecht <www.advocatenorde.nl/advocaten/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/123973>, p. 6, geraadpleegd op 21 september 2015.

⁴⁸B. Baarsma & M. Barendrecht, ‘Mediation 2.0’, *Nederlands Juristenblad* 2012/1862, p. 1-6 (online via Kluwer Navigator).

⁴⁹Advies Raad van State W03.13.0323/II, W03.13.0324/II, W03.13.0325/II, 22 november 2013.

⁵⁰Advies Raad van State W03.13.0323/II, W03.13.0324/II, W03.13.0325/II, 22 november 2013.

⁵¹C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 131-132.

2.5. Mediation (on)gunstig voor advocatuur

De mediator is een onafhankelijke neutrale derde die in beginsel een klassiek faciliterende rol heeft.⁵² Van der Steur wil met het wetsvoorstel ook advocaten prikkelen om cliënten te bewegen tot mediation. Advocaten spelen volgens hem een belangrijke rol, omdat zij immers tijdens het mediationproces hun cliënten juridisch bijstaan.⁵³ Mediation kan dus een groeimarkt betekenen voor de advocatuur. Met name omdat advocaten zelf mediator kunnen worden. Zoals al eerder vermeld waren de vredemakers ook juridisch geschoold.⁵⁴ Omdat het vredeleggen kosteloos gebeurde (advocaten kostten geld) en iedere associatie met een rechtsgeding moest worden vermeden werden advocaten toentertijd uit de vredemakerskamer geweerd.⁵⁵ Bij de procedure voor de vrederechter was de rol van de advocaat zeer miniem, omdat er geen verplichte procesvertegenwoordiging noodzakelijk was. Het was immers de taak van de vrederechter om partijen te verzoenen (conciliatie).

Toch kan door mediation de traditionele rechtspraak afnemen, wat voor advocaten een negatief gevolg is.⁵⁶ Daarnaast is de beroepshouding verschillend, want een mediator is onpartijdig en een advocaat is partijdig. Voor een advocaat is het lastig om beide functies te combineren.⁵⁷ Vooral als men kijkt naar de informatieve rol die een registermediator moet gaan vervullen, wat eigenlijk niet hoort bij de klassieke mediator.⁵⁸ Er wordt door de overheid klaarblijkelijk gekozen voor een evaluatieve rol.⁵⁹ Ook blijven advocaten liever advocaat vanwege de status van de advocatuur.⁶⁰ Voor advocaten is registermediator worden daarom onaantrekkelijk. Tevens is het behalen van een mediationcertificaat onaantrekkelijk, omdat

⁵²J.B.M. Vranken, *Asser/Vranken Algemeen deel*** 2005/125*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1 (online via Kluwer Navigator).

⁵³N. Frenk, P.K. Nihot & P.N. Wakkie, 'Proces op maat', G.A. van der Steur, in: *Verslag van de discussie tijdens de najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht op 9 december 2011*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 44.

⁵⁴C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 138.

⁵⁵C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 131-132.

⁵⁶S. Droogleever Fortuyn, 'Dossier Mediation: Mediation is in', *Advocatenblad* 2015-9, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 36-39.

⁵⁷T. Scheltema, 'Dossier Mediation: Wat maakt een mediator?', *Advocatenblad* 2015-9, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 40-42.

⁵⁸D. Allewijn, A.T. Marseille (red.) & L. van der Velden (red.), 'Prettig contact bij de mediator. Beschouwingen over het conflicthanteringspalet en de plaats van mediation daarin', in: *Vertrouwen verdient: Visies op geschilbeslechting door de overheid*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2014, p. 16-28.

⁵⁹Reflectie M. Pel op het wetsvoorstel mediation d.d. 7 juni 2013, <www.mediatorsfederatienederland.nl/content/uploads/sites/2/2013/12/Reflectie_Machteld_Pel_op_wetsvoorstel_mediation.pdf>, geraadpleegd op 21 september 2015.

⁶⁰T. Scheltema, 'Dossier Mediation: Wat maakt een mediator?', *Advocatenblad* 2015-9, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 40-42.

het enorm veel tijd en geld kost.⁶¹ Ook krijgt de registermediator bevoegdheden die oorspronkelijk behoren tot de exclusieve procesbevoegdheid van advocaten. Hierdoor verliezen advocaten een deel van hun exclusiviteit.⁶² Voor de advocatuur kan mediation dus een ongunstige uitwerking hebben.

3. Conclusie

Bij de vredemakers was het vredeleggen verplicht als voorprocedure en kosteloos. Het wetsvoorstel beoogt een verkapte prikkel, mediation is niet kosteloos en advocaten kunnen zich laten omscholen tot prijzige registermediator.

Ik signaleer teveel contra-indicaties om het wetsvoorstel op deze wijze in te dienen. De aard van mediation verzet zich tegen het prikkelende karakter dat het wetsvoorstel beoogt. Als men het verplichte vredeleggen van de vredemakers en de verplichte conciliatie van de vrederechters in ogenschouw neemt, dan mag men wel concluderen dat het verplichte karakter van mediation geen stand heeft gehouden. Dus waarom zouden wij teruggaan naar de vredemakers of vrederechters? Het recht is immers dynamisch, innovatief en speelt in op de huidige behoeften van de maatschappij.

In vergelijking met een gerechtelijke procedure is mediation sneller, goedkoper, ontlastend voor de overheidsrechtspraak en zonder overheidsbemoeienissen. Echter, verplichte mediation kan dubbele kosten veroorzaken. Het wetsvoorstel mediation is gericht op het professionaliseren en bevorderen van het gebruik van mediation. Deze juridisering gaat ten koste van de kernwaarden van mediation en de psychologische aspecten hiervan. De discrepantie zit mijns inziens vooral in de verplichte vrijwilligheid. Dat mediation een goed alternatief is voor traditionele rechtspraak, zal ik niet ontkennen. Echter, de vrijwilligheid en partijautonomie van burgers en de toegang tot de rechter moeten in dezen gewaarborgd blijven.

⁶¹T. Sillevius Smitt, 'Dossier Mediation: Leren mediaten', *Advocatenblad* 2015-9, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 44-47.

⁶²*Advies Raad van State* W03.13.0323/II, W03.13.0324/II, W03.13.0325/II, 22 november 2013.

Ik sluit af met een uitspraak van Lord Justice Dyson uit Engeland: *'It is one thing to encourage the parties to agree to mediation, even to encourage them in the strongest terms. It is another to order them to do so.'*⁶³ [...] *We reiterate that the court's role is to encourage, not to compel.*⁶⁴

Tot zover mijn commentaar. Ik verzoek u om mijn reactie bij uw beschouwingen over het wetsvoorstel te betrekken.

Hoogachtend,

T.V.S. Jubitana
Erasmus Universiteit Rotterdam

⁶³M. Brink, "Verplichtstelling' van mediation?', *Nederlands Juristenblad* 2011/1998-39, p. 2652-2657.

⁶⁴*Halsey v Milton Keynes General NHS Trust and Steel v Joy & Halliday* [2004] EWCA Civ 576, [2004] 1 WLR 3002, [2004] 4 All ER 920, 11 May 2004, paras 9-11.

Geraadpleegde literatuur

Allewijn, Marseille & Van der Velden 2014

D. Allewijn, A.T. Marseille (red.) & L. van der Velden (red.), 'Prettig contact bij de mediator. Beschouwingen over het conflicthanteringspalet en de plaats van mediation daarin', in: *Vertrouwen verdient: Visies op geschilbeslechting door de overheid*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2014, p. 16-28.

Baarsma & Barendrecht 2012

B. Baarsma & M. Barendrecht, 'Mediation 2.0', *Nederlands Juristenblad* 2012/1862, p. 1-6 (online via Kluwer Navigator).

De Boer 2010

J. de Boer, *Asser I* Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 599.

Bos 2014

A.H. Bos, 'Mediation: vormvereisten versus vrijheid', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2014-6, p. 31-34.

Brink 2011

M. Brink, 'Verplichtstelling' van mediation?', *Nederlands Juristenblad* 2011/1998-39, p. 2652-2657.

Brink 2013

M. Brink, 'Naar een wettelijke regeling van mediation?', *Nederlands Juristenblad* 2013-30/88, p. 2050-2055.

Van Dapperen 1991

H.J.M. van Dapperen, *De vrederechter in Nederland 1811-1838*, (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 1991, p. 9-10.

Diederer 2014

A.M.F. Diederer, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht, 16.3.2.2 Vrijwilligheid*, Deventer: Kluwer 2014, p.1 (online via Kluwer Navigator).

Doek 1998

J.E. Doek, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, aant. 3.d Mediation bij: Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Zesde Titel Rechtspleging in zaken betreffende het personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 1 (online via Kluwer Navigator).

Droogleever Fortuyn 2015

S. Droogleever Fortuyn, 'Dossier Mediation: Mediation is in', *Advocatenblad* 2015-9, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 36-39.

Frenk, Nihot & Wakkie 2012

N. Frenk, P.K. Nihot & P.N. Wakkie, 'Proces op maat', G.A. van der Steur, in: *Verslag van de discussie tijdens de najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht op 9 december 2011*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 44.

Frerks, Breukelaar, Jongbloed & Uitslag 2012

G. Frerks, M. Breukelaar, T. Jongbloed & M. Uitslag (red.), *De ervaren mediator: kwaliteit, identiteit en ethos*, Apeldoorn: Maklu-Uitgevers 2012, p. 53.

Giesen & Coenraad 2012

I. Giesen & L. Coenraad, 'Innovaties in de (civiele) rechtspleging', *Nederlands Juristenblad* 2012/882-15, p. 1023-1030.

Hoefnagels, Van Leuven & Van Arendonk 2007

G.P. Hoefnagels, C.A.R.M. van Leuven & H.P.A.M. van Arendonk, *Handboek Scheidingsbemiddeling (Monografieën Privaatrecht nr. 7), 1.1 Bemiddelen en 2.9 1986: De advocatuur gaat brood zien in bemiddeling*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-2 (online via Kluwer Navigator).

Ingelse 2014

P. Ingelse, 'De rechter en de mediator', *Nederlands Juristenblad* 2014/2058, p. 2856-2863.

Jagtenberg & De Roo 2003

R.W. Jagtenberg & A.J. de Roo, 'Mediation: verplicht of vrijwillig?', *Justitiële verkenningen* 2003-8/29, p. 56-67.

Jagtenberg & De Roo 2013

R.W. Jagtenberg & A.J. de Roo, 'Verplichte mediation in het Europese recht', *Nederlands Juristenblad* 2013-30/88, p. 2056-2059.

Magee 2003

B. Magee, *Het verhaal van de filosofie*, Utrecht: Het Spectrum 2003, p. 122.

Ten Raa 1970

C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970, p. 126-159.

Scheltema 2015

T. Scheltema, 'Dossier Mediation: Wat maakt een mediator?', *Advocatenblad* 2015-9, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 40-42.

Schwitters 2008

R.J.S. Schwitters, *Recht en Samenleving in verandering: Een inleiding in de rechtssociologie*, Deventer: Kluwer 2008, p. 110-111.

Sillevis Smitt 2015

T. Sillevis Smitt, 'Dossier Mediation: Leren mediaten', *Advocatenblad* 2015-9, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 44-47.

Von Bóné 2011

E.K.E. von Bóné, 'Tweehonderd jaar ontwikkeling van de competentie van de vrederechter/kantonrechter in Nederland (1811-2011)', in: G. Martyn (Ed.), *Scènes uit de geschiedenis van het vredegerecht/Scènes de l'histoire de la justice de paix: verslagboek van de eerste dag van het internationaal colloquium 'De vrederechter in Europa'*, Gent-Rotterdam, Koolkerke: Die Keure/La Charte 2011, p. 71-83.

Von Bóné 2016

E.K.E. von Bóné, 'Terug naar een 'mediationrechter' in Nederland conform het model van Voltaire?', *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement* 2016-1, p. 17-20.

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/125*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1 (online via Kluwer Navigator).

Geraadpleegde jurisprudentie

Ciro di Donna vs. SIMSA

HvJ EU 27 juni 2013, *Ciro di Donna vs. SIMSA*, nr. C-492/11.

Halsey v Milton Keynes General NHS Trust and Steel v Joy & Halliday

Halsey v Milton Keynes General NHS Trust and Steel v Joy & Halliday [2004] EWCA Civ 576, [2004] 1 WLR 3002, [2004] 4 All ER 920, 11 May 2004, paras 9-11.

Rosalba Alassini vs. Telecom Italia SpA

HvJ EU 18 maart 2010, *Rosalba Alassini vs. Telecom Italia SpA*, nr. C-317/08.

Geraadpleegde parlementaire stukken

Kamerstukken II, 2013/14, 33 723, nr. 5

Wetsvoorstel bevordering van mediation in het burgerlijk recht, *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 723, nr. 5.

Kamerstukken II, 2014/15, 33 722, nr. 21

Brief van het lid Van der Steur, *Kamerstukken II*, 2014/15, 33 722, nr. 21.

Geraadpleegde websites

Nederlandse Orde van Advocaten 2013

Juridische Databank, Wetgevingsadvies Mediation, Adviescommissie Bestuursrecht en Burgerlijk Procesrecht, Brief Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 5 juni 2013 en adviezen adviescommissies bestuursrecht en burgerlijk procesrecht <www.advocatenorde.nl/advocaten/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/123973>, geraadpleegd op 21 september 2015.

Pel 2013

Reflectie M. Pel op het wetsvoorstel mediation d.d. 7 juni 2013, <www.mediatorsfederatie.nl/content/uploads/sites/2/2013/12/Reflectie_Machteld_Pel_op_wetsvoorstel_mediation.pdf>, geraadpleegd op 21 september 2015.

Regout 2013

Reactie A. Regout op het wetsvoorstel mediation d.d. 22 mei 2013, <www.randstadmediation.nl/wp-content/uploads/2013/06/Reactie-Anita-Rgout-op-wetsvoorstel-mediation.pdf>, geraadpleegd op 21 september 2015.

Geraadpleegde overige bronnen

Advies Raad van State 2013

Advies Raad van State W03.13.0323/II, W03.13.0324/II, W03.13.0325/II, 22 november 2013.

Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad 2008

Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (*PbEU* 2008, L 136/3).