

De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. G.A. van der Steur
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum
6 oktober 2016

Uw kenmerk
782506

Contactpersoon
J.M.A. Timmer

Onderwerp
Advies over het conceptwetsvoorstel Wet bevordering mediation

Geachte heer Van der Steur,

Bij brief van 12 juli 2016 heeft u de NVvR om advies gevraagd over het concept-wetsvoorstel houdende regels ter bevordering van de kwaliteit van mediators en het gebruik van mediation als alternatieve vorm van geschiloplossing (Wet bevordering mediation). Dit advies is voorbereid door leden van de vereniging en vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

Strekking conceptwetsvoorstel

Het wetsvoorstel beoogt, blijkens de memorie van toelichting, de toepassing van mediation als methode van geschiloplossing te stimuleren. Hiertoe regelt het wetsvoorstel de invoering van een register van mediators. Tevens wordt voorzien in een systeem waarmee beëdigde mediators uit het register kunnen worden geschrapd of waarmee andere maatregelen kunnen worden getroffen. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in een vorm van tuchtrechtspraak. Ten slotte worden met dit wetsvoorstel wettelijke maatregelen getroffen om het gebruik van mediation meer specifiek in het burgerlijk recht en in het bestuursrecht te bevorderen. Daartoe wordt voorzien in een wijziging van onder meer het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) en de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Het wetsvoorstel regelt niet de wijze waarop mediation moet worden uitgevoerd. Ook verplicht het niet tot het beproeven van mediation.

Advies

Het conceptwetsvoorstel geeft de NVvR aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen.

Doorhaling inschrijving

In de eerste volzin van het eerste lid van het voorgestelde artikel 12 van het ontwerp is sprake van het feit dat “de inschrijving in het register door Onze Minister tijdelijk wordt doorgehaald”, indien zich één van de feiten of omstandigheden voordoet die is uitgewerkt onder a. tot en met d. De terminologie “tijdelijke doorhaling” betekent in feite een opschorting of schorsing van de registratie. Wetstechnisch lijkt er verder niets op tegen deze opschorting/schorsing van rechtswege te laten intreden. Indien zich de onder a tot en met d bedoelde feiten en omstandigheden zich voordoen, is een beëdigd mediator niet langer bevoegd op te treden als (beëdigd) mediator.

Verder verdienen de onder a tot en met c omschreven gronden nadere aandacht. Voor grond a geldt dat niet duidelijk is wat er gebeurt nadat de voorlopige hechtenis is geschorst; de huidige formulering komt erop neer dat de “tijdelijke doorhaling” zal moeten worden beëindigd in geval van een schorsing van de voorlopige hechtenis, terwijl de ernstige bezwaren ter zake een of meer ernstige strafbare feiten nog steeds aanwezig zijn. In sommige gevallen is een dergelijke schorsing van de voorlopige hechtenis bovendien tijdelijk, zodat nadere aandacht nodig blijft. Het in grond b genoemde gerechtelijk vooronderzoek bestaat niet meer¹. In de wet zou kunnen worden opgenomen dat “tijdelijke doorhaling” volgt indien “zich de situatie voordoet als omschreven in afdeling 1 van de derde titel van boek II van het Wetboek van strafvordering”. Daarbij moet wel worden bedacht dat een dergelijk onderzoek van de rechter-commissaris ook betrekking kan hebben op relatief geringe strafbare feiten, zodat een de facto beroepsverbod wel erg hard kan uitpakken. Wellicht verdient het aanbeveling ten aanzien van deze grond voor “tijdelijke doorhaling” op te nemen dat het betreffende onderzoek betrekking heeft op een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Voor grond c geldt deels hetzelfde: het gaat daarbij klaarblijkelijk om elke veroordeling ter zake van een misdrijf, dus ook in een geval dat slechts wordt volstaan met een (voorwaardelijke) geldboete of zelfs een schuldigverklaring zonder opleggen van straf of maatregel (art. 9a Sr.). Deze grond is bovendien niet tijdelijk, tenzij in hoger beroep het gerechtshof de betrokkene alsnog vrijspreekt. Opvallend is dat het opleggen van een maatregel alleen gevolgen heeft indien de opgelegde maatregel vrijheidsbeneming tot gevolg heeft. In het Wetboek van strafrecht is de afgelopen jaren echter een veelheid aan maatregelen ingevoerd die, al dan niet in voorwaardelijke vorm opgelegd, geen vrijheidsbeneming tot gevolg hebben, maar wel ernstige vragen doen rijzen omtrent de geschiktheid van iemand als mediator. Te denken valt bijvoorbeeld aan de voorwaardelijke ISD (art. 38m jo. 38p Sr.), maar de wet kent daarnaast een aantal andere, soms ver gaande, vrijheidsbeperkende maatregelen. Zie hiervoor artikel. 38v Sr. De NVvR stelt voor het ontwerp op genoemde punten aan te passen, of ten minste in de memorie van toelichting de gemaakte keuzes nader te motiveren.

Vordering bij de kantonrechter

Het voorgestelde artikel 17 geeft aan dat, indien een persoon zich onbevoegd uit geeft als beëdigd mediator, ter zake een rechtsvordering kan worden ingesteld bij de kantonrechter.

¹ Artikel 26 van de Wet op het Notarisambt dient op dit punt ook te worden aangepast.



De wet verzuimt uit te werken op welke wijze die vordering behoort te worden ingesteld. Een verwijzing naar de nader van toepassing te verklaren wettelijke bepalingen ligt hier in de rede. Dat beroep mogelijk is, is impliciet verwerkt in het derde lid van artikel 17. Volgens de NVvR verdient het aanbeveling een en ander uit te werken en te regelen in een afzonderlijk artikellid.

Inschakelen van de rechter

Ter zake van de voorgestelde regeling in de artikelen 1019ee en 1019ff Rv heeft de NVvR op zich geen bezwaar tegen het feit dat in het kader van mediation een gedeelte van het geschil wordt voorgelegd aan een rechter, maar dan behoort op dat gedeelte ook **beslist** te worden door de rechter. Hierbij formuleert (in beginsel) de mediator namens partijen de aard en de omvang van het geschil. De rest van het geschil/probleem kan dan vervolgens worden behandeld en (hopelijk) afgedaan in het kader van de mediation. Een rechterlijk oordeel gebruiken als “snel en goedkoop advies”, zoals gesteld in de toelichting op het wetsvoorstel, doet volgens de NVvR geen recht aan de taak en de functie van de rechtspraak. Daar komt nog bij dat in de memorie van toelichting ook wordt gesteld dat de mediator, indien de bij de mediator aanwezige juridische kennis tekort mocht schieten, zelf eventueel de benodigde extra kennis van derden moet betrekken. Dat is niet onbegrijpelijk. Het inschakelen van de rechter zou zich moeten beperken tot die zaken waarbij de mediator met (eventueel) externe juridische expertise het geschil op een of meer punten niet kan oplossen met de betrokken partijen. De wijze waarop wordt verondersteld dat de rechter in een dergelijk geval tot een oordeel kan komen zonder direct contact met de betrokken partijen, verdraagt zich niet met de eis van hoor en wederhoor uit artikel 6 EVRM en sluit, naar de mening van de NVvR, bovendien slecht aan bij de werkwijze van de rechter, waarbij tegenwoordig juist ook wordt gekeken naar het probleem achter het geformuleerde geschil. Daar komt bij dat de mediator kennelijk namens beide partijen (een) geschilpunt(en) formuleert dat niet op een gebruikelijke wijze door deze mediator of door een externe jurist kan/kunnen worden opgelost. Het gaat daarbij dan blijkbaar dus niet om een geschil(punt) dat zich eenvoudig laat oplossen en/of uitleggen aan partijen. Een comparitie van partijen, of tenminste een vorm van contact met de beide partijen ligt dan zeer in de rede. De door het wetsvoorstel ingenomen standpunt sluit meer aan bij het inschakelen van een (professionele) rechtsbijstandverlener. Ook langs die weg kan een mediator immers “snel en goedkoop over gedegen juridisch advies beschikken”. De NVvR geeft de minister met klem in overweging het ontwerp op dit punt aan te passen op de hiervoor voorgestelde wijze.

Tuchtrecht

Met betrekking tot de voorgestelde bepalingen die zien op het tuchtrecht is de NVvR van mening dat het uit het oogpunt van de rechtszekerheid wenselijk is ter zake van de volgende punten een regeling op te nemen:

- het aanvullen van de klacht nadat deze is ingediend;
- het uiterste tijdstip waarop een klacht kan worden uitgebreid (met name of dat nog mogelijk is in hoger beroep);
- de vraag of de tuchtrechter ambtshalve de klacht mag uitbreiden.

De NVvR adviseert de minister het wetsvoorstel op deze punten aan te passen, dan wel te verduidelijken waarom een regeling ter zake van deze punten niet noodzakelijk of wenselijk is.



Voorgestelde wijzigingen in de Awb

De voorgestelde wijzigingen in de Awb waardeert de NVvR positief. Zoals terecht in de toelichting op het wetsvoorstel vermeld, zijn in de afgelopen jaren goede ervaringen opgedaan met conflictoplossing in het bestuursrecht door middel van mediation. Het betreft zowel het voorkomen van geschillen als het oplossen van eenmaal gerezen geschillen, waarbij met name een informele conflictoplossende benadering in de bezwaarschriftfase goed blijkt te werken.

Ter zake van de aanvulling op de algemene bepalingen omtrent het verkeer tussen burger en overheid in hoofdstuk 2 Awb, het nieuwe artikel 2:4a, is de NVvR van mening dat dit terecht een uitgangspunt van behoorlijk bestuur wordt genoemd en geen (rechtens afdwingbaar) beginsel van behoorlijk bestuur.

Op grond van het voorgestelde artikel 7:3a Awb kan het bestuursorgaan belanghebbenden in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation (eerste lid). Dat een weigering om mediation toe te passen dient te berusten op een deugdelijke motivering (artikel 3:46 Awb), is volgens de NVvR alleen juist als er van wordt uitgegaan dat een dergelijke beslissing een besluit is in de zin van (artikel 1:3 van) de Awb. In de toelichting wordt verder vermeld dat een dergelijke weigering in het kader van een bezwaarschriftprocedure niet vatbaar is voor bezwaar of beroep, nu zij de procedure ter voorbereiding van een besluit betreft (artikel 6:3 Awb). Dat veronderstelt dat een beslissing van een bestuursorgaan omtrent een verzoek tot mediation op een rechtsgevolg is gericht, en dus een besluit als bedoeld in artikel 1:3 Awb. Is het al dan niet in gang zetten van een mediationstraject een *rechtsgevolg*? Dat zou ertoe kunnen leiden dat beslissingen van bestuursorganen omtrent verzoeken tot mediation buiten een aanvraag- of bezwaarschriftprocedure wel vatbaar zouden zijn voor bezwaar en beroep en dat lijkt de NVvR een ongewenste en contraproductieve juridisering. Eventueel zou expliciet in artikel 1 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak (op grond van artikel 8:5 Awb) kunnen worden bepaald dat dergelijke beslissingen niet appellabel zijn. De NVvR geeft de minister in overweging de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak op dit punt aan te passen.

In het verlengde van het bovenstaande lijkt het de NVvR zinvol om in de memorie van toelichting aanvullend op te merken dat, nu het steeds gaat om een inspanningsverplichting, aan de nakoming daarvan door het bestuursorgaan geen rechtsgevolgen kunnen worden verbonden. Met name ten aanzien van deze inspanningsverplichting in de bezwaarschriftprocedure lijkt dit van belang, ook om ongewenste en contraproductieve juridisering te vermijden. Ook dient volgens de NVvR vermeden te worden dat in een eventueel beroep tegen de beslissing op bezwaar gediscussieerd wordt over de nakoming van de inspanningsverplichting. Dergelijke discussies staan immers haaks op het streven het beroep zoveel mogelijk op het inhoudelijke conflict te concentreren en tot finale geschilbeslechting te komen.

De NVvR kan instemmen met het geven van een wettelijke basis aan de nieuwe zaaksbehandeling door middel van het nieuwe artikel 8:41a Awb. Dat geldt evenzeer voor de keus om vanwege wetssystematische redenen deze nieuw voorgestelde bepaling op te nemen als artikel 8:41a (waarin het beginsel van finale geschilbeslechting is neergelegd) en het bestaande artikel 8:41a te vernummeren tot artikel 8:41b.



Ter zake van artikel 8:41a is de NVvR overigens van mening dat, als de Vreemdelingenwet zodanig wordt gewijzigd dat de nieuwe bepalingen in hoofdstuk 7 Awb niet van toepassing zijn op bezwaarprocedures op grond van de Vreemdelingenwet, het voor de hand ligt om artikel 8:41a (nieuw) ook buiten toepassing te verklaren op beroepsprocedures op grond van deze wet. De NVvR adviseert dit aan te passen in het wetsvoorstel.

Mediation, of andere pogingen tot minnelijke geschilbeslechting, kunnen ook in de beroepsfase of in de fase van het hoger beroep tot vertraging leiden. De NVvR beveelt daarom aan dat de wetgever zich beraadt over de vraag of het nieuwe artikel 8:41a van toepassing moet zijn op procedures met (zeer) korte termijnen voor de behandeling van het beroep, bijvoorbeeld de Crisis- en herstelwet (6 maanden), of het opnemen, evenals in de bezwaarfase, van een mogelijkheid tot opschorting van de uitspraaktermijn wegens (een poging tot) minnelijke geschilbeslechting, bijvoorbeeld van de termijn van één jaar in beroepen omtrent vaststelling van bestemmingsplannen. De NVvR beveelt aan het wetsvoorstel op deze punten aan te passen, dan wel in de memorie van toelichting aan te geven waarom dat niet nodig of ongewenst is.

De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR,

1/0


A.V. van den Berg
voorzitter a.i.

