

Vergaderjaar 2010–2011

**32 555**

## **Aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken**

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **I Algemeen**

##### **1. Inleiding**

Op 21 mei 2008 is de mediationrichtlijn vastgesteld (Richtlijn2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken<sup>1</sup>). Dit wetsvoorstel dient ter implementatie van deze richtlijn, die op 21 mei 2011 geïmplementeerd moet zijn.

Mediation is in Nederland al geruime tijd een belangrijke methode van buitengerechtelijke geschiloplossing. Naast bindend advies, arbitrage, en rechtspraak heeft mediation zich een plaats verworven als een van de manieren waarop een geschil met hulp van een derde kan worden opgelost. Een belangrijk verschil met de andere methoden van geschiloplossing is dat bij mediation partijen onder leiding van de mediator zélf tot een oplossing van hun geschil komen. Bij bindend advies, arbitrage of rechtspraak wordt van de bindend adviseur, arbiter of rechter verwacht dat hij het geschil beslist. Verschillende geschillen vragen om verschillende oplossingsmethoden. Of mediation voor een bepaald geschil de aangewezen oplossingsmethode is, bepalen partijen zelf. Het Juridisch Loket of de rechter kan hen daarbij helpen. Dit kan door partijen te wijzen op het bestaan van mediation of door partijen mediation voor te stellen. In de afgelopen tien jaar is het belang van mediation voor de praktijk van geschiloplossing toegenomen. De Nederlandse overheid heeft daaraan bijgedragen door onder meer de financiering van het project «mediation naast rechtspraak» en het structureel maken van dit project, door de oprichting van het Landelijk Bureau Mediation naast rechtspraak (LBM), door invoering van de mediationtoevoeging, door subsidieverlening aan het Nederlands Mediation Instituut (NMI) en door in haar beleid mediation te ondersteunen met financiële prikkels.

Dit heeft geleid tot een geleidelijke groei in het aantal mediations per jaar. Zo is het aantal verwijzingen vanuit het Juridisch Loket naar een mediator in de periode 2006–2008 toegenomen van 1412 verwijzingen tot 2419 verwijzingen en laat het aantal verwijzingen vanuit de gerechten een groei zien van 2133 verwijzingen in 2006 tot 2708 verwijzingen in 2008<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> In het wetsvoorstel wordt verder gesproken over mediation en niet over bemiddeling, omdat dit de terminologie is die in Nederland in de praktijk wordt gehanteerd. Omdat de Nederlandse vertaling zowel in Nederland als in België wordt gebruikt, zijn in de richtlijn beide begrip opgenomen.

<sup>2</sup> Bron: WODC: Mediation monitor 2005–2008, p. 12–13.

Recent onderzoek van het Nederlands Mediation Instituut («De stand van Mediation in Nederland», 16 februari 2010) wijst op een landelijk cijfer van ca 40 000 mediations per jaar in Nederland die door NMI mediators in 2009 zijn uitgevoerd. In dat cijfer zijn buurtbemiddelingen en interne mediations onder de werking van het statuut van de interne mediator begrepen.

Met uitzondering van de wettelijke verankerde mediationtoevoeging is het Nederlandse mediationbeleid erop gericht geweest zoveel mogelijk ruimte aan mediation te bieden door zo min mogelijk regels te stellen.

Op Europees niveau is mediation voor het eerst in Aanbeveling van de Raad van Europa over Family Mediation<sup>1</sup> aan de orde gekomen. Deze aanbeveling bevat onder meer een soort gedragscode voor mediators. De gedragscode komt in belangrijke mate overeen met de uitgangspunten en normen die het NMI in zijn Gedragsregels hanteert voor de bij hem aangesloten mediators. Daarnaast is alternatieve geschilbeslechting in algemene zin opgenomen in het programma van Tampere<sup>2</sup>. De ontwerp-richtlijn dateert van oktober 2004. De richtlijn is op 21 mei 2008 vastgesteld.

Een ontwerp van het wetsvoorstel is besproken in de Ad hoc Werkgroep Mediationrichtlijn onder voorzitterschap van het NMI. In deze expertgroep hadden specialisten zitting op het gebied van mediation (o.a. NMv, vFAS, NMI), wetenschap en rechterlijke macht. Ook is het wetsvoorstel besproken in de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht. Met de gemaakte opmerkingen is zoveel als mogelijk rekening gehouden. Met betrekking tot het stellen van kwaliteitseisen aan mediators en het beperken van het verschoningsrecht tot grensoverschrijdende zaken zijn de gemaakte opmerkingen niet gevolgd. In de toelichting (paragraaf 8) zal dit worden gemotiveerd.

## **2. Mediationrichtlijn op hoofdlijnen**

De richtlijn heeft een ruim doel: het bevorderen van het grensoverschrijdend gebruik van mediation. De gekozen middelen om dit doel te bereiken zijn divers. De ruime definitie van de begrippen mediator en mediation dekken zoveel mogelijk vormen van mediation. Het bevorderen van de kwaliteit van mediators en het regelen van een zo soepel mogelijke afstemming tussen mediation en een gerechtelijke procedure nemen eventuele belemmeringen voor het gebruik van mediation zoveel mogelijk weg. De mogelijkheid voor de rechter om te verwijzen naar mediation (artikel 5 van de richtlijn) en de mogelijkheid tot het vastleggen van het resultaat van een mediation in een vorm waarin dit resultaat ten uitvoer gelegd kan worden (artikel 6 van de richtlijn) kunnen het gebruik van mediation ondersteunen. Verder bevat artikel 7 een regeling die voorkomt dat een mediator gedwongen wordt te getuigen over hetgeen aan hem is toevertrouwd in de mediation (verschoningsrecht). Artikel 8 bevat een regeling ter voorkoming van verjaring van rechtsvorderingen terwijl partijen in mediation zijn.

De richtlijn regelt niet de mediationprocedure zelf. Evenmin verplicht de richtlijn lidstaten tot een volledig uitgewerkte mediationregeling. De richtlijn is zo verwoord dat zij de lidstaten zoveel mogelijk vrij laat om mediation al dan niet in wettelijke regels vast te leggen en om aan de verplichtingen uit de richtlijn uitvoering te geven op de wijze die elke lidstaat het meest passend acht.

Voor de implementatie van de richtlijn in Nederland betekent dit het volgende. Tijdens de onderhandelingen over het richtlijnvoorstel bleek Nederland zonder een wettelijke regeling voor mediation een van de lidstaten te zijn met de meest succesvolle mediationpraktijk binnen de Europese Unie. De inzet van Nederland tijdens de onderhandelingen is er daarom – overeenkomstig het Nederlandse mediationbeleid – op gericht

---

<sup>1</sup> Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 21 januari 1998, no. R(98)1.

<sup>2</sup> Europese Raad in Tampere van 15 en 16 oktober 1999.

geweest maximale ruimte voor mediation te behouden en deze niet aan allerlei dwingend van bovenaf opgelegde regels te onderwerpen. Het huidige resultaat van de richtlijn dwingt niet tot ingrijpende wijzigingen van het bestaande mediationbeleid en de bestaande mediationpraktijk. Wel is op een aantal punten wettelijke regeling noodzakelijk. Het betreft naast de verwijzing naar mediation vooral de regeling inzake de vertrouwelijkheid van de mediation en de regeling inzake verjaring.

### **3. Toepassingsgebied van de mediationrichtlijn en implementatie**

De richtlijn is van toepassing voor alle lidstaten met uitzondering van Denemarken. Denemarken had op grond van een protocol bij het EG-verdrag een uitzonderingspositie voor maatregelen op basis van Titel IV van het EG-verdrag. Daaronder valt ook de samenwerking in burgerlijke zaken. Na het Verdrag van Lissabon heeft Denemarken deze uitzonderingspositie behouden op basis van het 22e Protocol betreffende de positie van Denemarken bij het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Dit brengt mee dat de richtlijn niet geldt voor Denemarken.

De richtlijn is van toepassing in burgerlijke en handelszaken tenzij deze betrekking hebben op rechten en verplichtingen waarover de partijen uit hoofde van het toepasselijke recht van mediation geen zeggenschap hebben. Bestuursrechtelijke en fiscale zaken en douanezaken vallen buiten het bereik van de richtlijn.

Het toepassingsgebied van de richtlijn is beperkt tot grensoverschrijdende geschillen. Grensoverschrijdend in de zin van de richtlijn is een geschil tussen partijen die elk in een andere lidstaat wonen op het moment dat zij mediation na ontstaan van het geschil overeenkomen, naar mediation worden verwezen of op grond van de wet tot mediation zijn verplicht (artikel 2, eerste lid, van de richtlijn). Specifiek voor de toepassing van de vertrouwelijkheids- en verjaringsregeling wordt een geschil ook als grensoverschrijdend beschouwd als na de mediation een gerechtelijke procedure plaatsvindt in een andere lidstaat dan waar partijen woonden toen zij mediation overeenkwamen, naar mediation werden verwezen of krachtens de wet tot mediation verplicht waren (artikel 2, tweede lid, van de richtlijn). Valt een geschil niet onder deze definitie van grensoverschrijdend, dan is de richtlijn hierop niet van toepassing.

Bij de implementatie van de richtlijn is ervoor gekozen het toepassingsbereik van de bepalingen niet te beperken tot grensoverschrijdende zaken maar deze ook van toepassing te laten zijn op niet-grensoverschrijdende (nationale) zaken. Dit heeft vooral gevolgen voor de regeling inzake de vertrouwelijkheid (artikel 7 van de richtlijn) en de verjaringsregeling (artikel 8 van de richtlijn) omdat die regelingen dan ook in procedures volgend op een niet-grensoverschrijdende mediation (nationaal) kunnen worden ingeroepen.

Deze keuze om de wettelijke bepalingen ter implementatie van de richtlijn vast te stellen voor alle geschillen waarover voor de Nederlandse rechter een procedure wordt gevoerd, is gemaakt omdat het onder omstandigheden tot rechtsongelijkheid zou kunnen leiden indien een partij of mediator in een grensoverschrijdend geschil zich wel op beschermende bepalingen zou kunnen beroepen, terwijl hij dit niet zou kunnen in een intern geschil. Zo is het bijvoorbeeld niet goed uit te leggen waarom na implementatie van de richtlijn een rechtsvordering bij een grensoverschrijdende mediation van rechtswege zou worden gestuit en bij een nationale (interne) mediation niet. Ook ligt het niet voor de hand dat een verschoningsrecht slechts wordt toegekend in grensoverschrijdende zaken en niet in nationale zaken.

Daar komt bij dat artikel 2, tweede lid, van de richtlijn met zich brengt dat een geschil dat aanvankelijk zuiver intern leek, achteraf alsnog grensover-

schrijdend in de zin van de richtlijn kan worden en dus onder het bereik van de vertrouwelijkheids- en verjaringsregeling in de richtlijn kan komen te vallen. Dit is het geval als partijen niet tot overeenstemming komen in de mediation of een geschil krijgen over de nakoming van de in de mediation gemaakte afspraken en een procedure starten bij een rechter in een andere lidstaat dan waar zij destijds woonden, bijvoorbeeld omdat een van partijen in de tussentijd verhuisd is. Ook is mogelijk dat de bijzondere bevoegdheidsgronden van afdeling 2 van de verordening Brussel I (nr. 44/2001)<sup>1</sup> of de exclusieve bevoegdheidsgronden in artikel 22 van deze verordening een bevoegde rechter aanwijzen in een andere lidstaat dan waar partijen wonen. Ook voor die gevallen is het wenselijk dat voor partijen vooraf duidelijkheid bestaat over de vraag of de mediator een verschoningsrecht toekomt.

#### **4. Definities**

De richtlijn hanteert een ruime definitie van de begrippen mediation en mediator. Een mediation is volgens artikel 3 onder a van de richtlijn elke gestructureerde procedure waarin twee of meer partijen bij een geschil zelf pogen om op vrijwillige basis met hulp van een mediator hun geschil te schikken. Voor de definitie maakt niet uit of de mediation plaatsvindt op initiatief van partijen zelf, na verwijzing door een rechter of op basis van een wettelijke verplichting of rechterlijk bevel tot het voeren van een mediationprocedure. Mediation door een rechter valt alleen onder de definitie als deze niet verantwoordelijk is voor de behandeling in rechte van het geschil en als het niet gaat om schikkingspogingen in de gerechtelijke procedure.

Een mediator is volgens de definitie van de richtlijn een derde die wordt verzocht een mediation te leiden op een doeltreffende, onpartijdige en bekwame wijze. De benaming of het beroep van deze derde doen daarbij niet terzake. Ook is niet van belang voor de definitie hoe de mediator is aangezocht of aangewezen.

#### **5. Kwaliteit van mediation**

Artikel 4 van de richtlijn gaat over de kwaliteit van mediation. De bepaling draagt lidstaten op de opstelling van gedragscodes en naleving ervan door mediators en organisaties die mediation verlenen alsmede de ontwikkeling van andere kwaliteitscontrole mechanismen te bevorderen. Lidstaten zijn vrij in de wijze waarop zij dit doen.

Binnen het Nederlandse stelsel wordt als uitgangspunt gehanteerd dat de beroepsgroep van mediators zelf zorgdraagt voor de borging van de kwaliteit op basis van vrijwilligheid. Mediators zijn dus niet verplicht zich aan te sluiten bij een beroepsorganisatie. In de praktijk speelt het NMI een belangrijke rol bij de kwaliteitsborging. Het NMI is een privaatrechtelijke organisatie, die is ontstaan vanuit de beroepsgroep om kwaliteitseisen te implementeren. Het NMI houdt een Register van Mediators bij. Mediators die een erkende mediation-basisopleiding hebben gevolgd en geslaagd zijn voor de kennistoets kunnen zich bij het NMI laten inschrijven. Zij zijn dan NMI Mediator (ook wel geregistreerd NMI Mediator genoemd). Mediators kunnen ervoor kiezen, zich daarna te laten certificeren. Zij leggen dan een assessment af. Hierin worden zij via rollenspelen getoetst op hun praktische vaardigheden. Als de mediator hiervoor slaagt, mag hij zich NMI Gecertificeerd Mediator noemen. De reden voor een mediator om zich te certificeren is vaak dat gerechten voor een doorverwijzing naar mediation de eis stellen dat een mediator NMI Gecertificeerd is.

De kwalificatie van een NMI Mediator draagt ertoe bij dat de mediator voldoet aan een pakket objectieve, transparante en proportionele kwaliteitseisen. Als onderdeel hiervan wordt onder meer vereist dat de mediator zich regelmatig laat (bij)scholen. Dit is conform de richtlijn, die

---

<sup>1</sup> Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Pb EG 2001, L 12.

lidstaten verplicht om de basis- en vervolgopleiding van mediators te bevorderen zodat aan partijen doeltreffende, bekwame en onpartijdige mediation wordt gewaarborgd.

Naast het bijhouden van het register heeft het NMI gedragsregels opgesteld voor de mediator en een reglement en modelovereenkomst voor mediations. Ook bestaat er een centrale klachtvoorziening voor klachten over mediators evenals een tuchtrechtvoorziening (Stichting Tuchtrechtspraak Mediators) waarbij naast NMI Mediators ook andere mediation organisaties zich hebben aangesloten. Verder is de Vereniging van familierecht advocaten en scheidingsbemiddelaars (vFAS) eveneens aangesloten op het systeem dat het NMI heeft ontwikkeld. Hierdoor opereert een groot segment van de mediationsector onder de vlag van het NMI, hetgeen voor partijen in de markt bijdraagt aan uniformiteit en eenduidigheid. Voor wat betreft het bedrijfsleven geldt dat het ADR Centrum voor het Bedrijfleven, Conflictmanagement & Mediation (ACB group) zich richt op zakelijke geschilbeslechting. Net als voor het NMI kent het ACB modelreglementen voor mediators (waaronder gedragscodes, een mediationregeling en aansluiting bij de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators).

Mediators die willen deelnemen aan mediationvoorzieningen binnen het rechtsbestel, dienen zich te laten inschrijven in het register van de Raad voor de Rechtsbijstand. Voor inschrijving in dit register gelden aanvullende voorwaarden, waaronder specifieke eisen met betrekking tot de opleiding tot mediator (NMI-gecertificeerd) en de beschikbaarheid van de mediator. Deze aanvulling is noodzakelijk vanwege de specifieke context waarbinnen deze mediations plaatsvinden. Met de invoering van de herziene Wet op de rechtsbijstand heeft de Raad een wettelijke bevoegdheid voor het beheer van dit register.

## **6. Beroep op mediation**

De richtlijn bevat geen regeling over de voorwaarden waaronder partijen een beroep op mediation doen. Artikel 5, eerste lid, van de richtlijn bepaalt enkel dat een rechterlijke instantie partijen in voorkomend geval, rekening houdend met alle omstandigheden, mediation kan voorstellen. Heeft het gerecht «makkelijk bij te wonen informatiebijeenkomsten over het gebruik van mediation» dan kan de rechter partijen ook daarvoor uitnodigen. In de Nederlandse rechtspraak is mede door het project «mediation naast rechtspraak» de doorverwijzingsmogelijkheid van de rechter algemeen aanvaard. Om hierover geen enkel misverstand te laten bestaan is de mogelijkheid om te verwijzen nu opgenomen in de artikelen 22a en 87 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), zie ook de toelichting op artikel II, onderdelen A en B.

Het is niet nodig om met zoveel woorden in de wet te bepalen dat de rechterlijke macht partijen kan uitnodigen deel te nemen aan een informatiebijeenkomst over het gebruik van mediation (artikel 5, eerste lid, tweede zin, richtlijn). Bij de doorverwijzing door de rechtspraak naar mediation wordt voorafgaand aan de doorverwijzing reeds informatie verstrekt. Daarnaast verstrekken de bureaus mediation en de mediation-functionarissen bij de gerechten informatie over de mogelijkheid van mediation aan partijen.

Het tweede lid van artikel 5 van de richtlijn bepaalt dat de richtlijn onverlet laat dat nationale wetgeving van een lidstaat verplichte mediation kent of het gebruik van mediation met stimulansen of sancties bevordert. Voorwaarde is dat dit partijen niet belet hun toegang tot de rechter uit te oefenen. Het Nederlandse recht kent vooralsnog geen verplichte mediation. Verplichte mediation past niet in het Nederlandse beleid inzake mediation zoals dit in de afgelopen jaren is vormgegeven.

## 7. Ten uitvoerlegging mediationresultaat

Artikel 6 van de richtlijn schrijft voor dat lidstaten het mogelijk maken om het resultaat van mediation in een uitvoerbare vorm vast te leggen. Het gaat erom dat partijen die als uitkomst van hun mediation hun wederzijdse rechten en verplichtingen in een overeenkomst neerleggen, niet eerst nog de gang naar de rechter hoeven te maken als een van hen deze overeenkomst niet naleeft. De behoefte hieraan zal vooral spelen bij overeenkomsten die een bepaalde duurverplichting of een periodieke betalingsverplichting als uitkomst van de mediation vastleggen. In dat geval kunnen partijen zich realiseren dat zij het weliswaar eens zijn over hun wederzijdse verplichtingen op het moment van het sluiten van de overeenkomst, maar dat dit in de toekomst mogelijk verandert. Partijen moeten er in dat geval voor kunnen kiezen hun resultaat van de mediation in executabele vorm vast te leggen. Dat wil zeggen, een vorm, zoals een vonnis of beschikking, die rechtstreekse tenuitvoerlegging mogelijk maakt, zonder rechterlijke tussenkomst. Mocht onverhoopt een van beide partijen haar verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst niet nakomen, dan kan de andere partij met de vaststellingsovereenkomst in executabele vorm rechtstreeks naar een tenuitvoerleggende instantie om deze ten uitvoer te laten leggen.

Uiteraard is tenuitvoerlegging van het resultaat van mediation alleen mogelijk voor zover het gaat om verplichtingen die zich lenen voor daadwerkelijke tenuitvoerlegging, zoals een verplichting tot betaling van een geldsom. Een verplichting tot het voortaan groeten van de wederpartij of het aanbieden van excuses (verplichtingen die denkbaar zijn als uitkomst van een mediation) zijn niet vatbaar voor tenuitvoerlegging. Vastlegging in een executabele vorm heeft daarvoor dus geen zin.

Artikel 6 van de richtlijn bepaalt dat vastlegging in executabele vorm alleen mogelijk is met instemming van beide partijen. Partijen moeten het er immers samen over eens zijn dat zij het wenselijk vinden hun verplichtingen in executabele vorm vast te leggen. Is een van partijen het hiermee niet eens, dan kan de andere partij bij niet nakoming een procedure bij de rechter beginnen om nakoming van de overeenkomst af te dwingen. Naar Nederlands recht kunnen partijen de uitkomst van hun mediation vastleggen in een vaststellingsovereenkomst. In de praktijk gebeurt dit ook. Als partijen daaraan behoefte hebben, kunnen zij deze vaststellingsovereenkomst in een notariële akte laten vastleggen, of, bij een mediation tijdens een gerechtelijke procedure, in een proces-verbaal, vonnis of beschikking. Komt een van partijen haar verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst niet na, dan kan de wederpartij met de notariële akte, het proces-verbaal of het vonnis of de beschikking rechtstreeks naar de gerechtsdeurwaarder. De gerechtsdeurwaarder kan de notariële akte, het proces-verbaal, het vonnis of de beschikking ten uitvoer leggen. In het eerste lid van artikel 6 van de richtlijn, laatste volzin, is bepaald dat de inhoud van de overeenkomst op verzoek van partijen uitvoerbaar moet kunnen worden gemaakt tenzij «de inhoud van die overeenkomst in strijd is met het recht van de lidstaat waar het verzoek is gedaan of het recht van die lidstaat niet in de uitvoerbaarheid voorziet». In titel 15 van Boek 7 (Vaststellingsovereenkomst) is onder meer bepaald dat een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldend is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde (artikel 7:902 BW). Daarmee bepaalt artikel 7:902 BW de grenzen van de toetsbare inhoud van het in artikel 6 van de richtlijn voorgeschreven resultaat van mediation. Door deze bepaling zal een vaststellingsovereenkomst die onder de reikwijdte van deze richtlijn valt, niet snel in strijd zijn met het Nederlands recht. De genoemde zinsnede behoeft om deze reden geen implementatie.

Voor schikkingen die tijdens een verzoekschriftprocedure worden gesloten, is nog niet geregeld dat de verbintenissen van partijen ook kunnen worden vastgelegd in een executabel proces-verbaal van de zitting in plaats van in een beschikking. Hieraan bestaat in de praktijk wel behoefte. Om dit mogelijk te maken wordt een aanvullende bepaling voorgesteld (artikel II, onderdeel D) ter implementatie van artikel 6, tweede lid, van de richtlijn.

## **8. Vertrouwelijkheid van de mediation**

De richtlijn ziet bescherming van de vertrouwelijkheid van mediation als een belangrijke voorwaarde om het gebruik van mediation te bevorderen. De richtlijn beoogt op dit punt de aansluiting tussen mediation en een opvolgende gerechtelijke of arbitrale procedure te regelen. In artikel 7 van de richtlijn is daarom een regeling opgenomen dat de mediator (of enig persoon die bij het verlenen van de mediation is betrokken) niet verplicht mag worden in een gerechtelijke of arbitrale procedure te getuigen over informatie die voortvloeit uit of verband houdt met de mediation. Daarop geldt een uitzondering als de getuigenis nodig is om dwingende redenen van openbare orde, vooral voor de bescherming van de belangen van kinderen of ter voorkoming van de aantasting van de lichamelijke of geestelijke integriteit van iemand. Een tweede uitzondering geldt als de openbaarmaking van de inhoud van de overeenkomst die het resultaat is van de mediation nodig is voor de tenuitvoerlegging daarvan. Partijen kunnen anders overeenkomen, bijvoorbeeld dat zij wel toestaan de mediator als getuige te horen.

Het Nederlandse recht voorziet op dit moment niet in een wettelijk verankerde vertrouwelijkheidsregeling of een wettelijk verankerd verschoningsrecht voor mediation. Gebruikelijk is om in een mediation-overeenkomst vertrouwelijkheid overeen te komen. Dat de rechter deze overeengekomen vertrouwelijkheid ook steeds in rechte honoreert, is niet gegarandeerd<sup>1</sup>. Artikel 7 van de richtlijn behoeft daarom implementatie in het Nederlandse recht. Daartoe stel ik een aanpassing voor van artikel 165 Rv voor dagvaardings- en verzoekschriftprocedures en van artikel 1041 Rv voor arbitrage.

In het licht van de definitie van mediator in artikel 2 van de richtlijn betekent artikel 7 dat aan een potentieel ruime groep personen een verschoningsrecht toekomt omtrent informatie die voortvloeit uit of verband houdt met de mediation, zij het beperkt tot het terrein van de rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan. Elk persoon die voldoet aan de definitie van mediator of die bij het verlenen van mediation in de zin van de richtlijn is betrokken, komt in beginsel dit verschoningsrecht toe. Dit geldt zowel voor een Nederlandse mediator als voor een mediator uit het buitenland. De richtlijn staat niet toe om specifiek voor de vertrouwelijkheidsbepaling nadere beperkingen zoals kwaliteitseisen te stellen aan mediators teneinde de groep aan wie het verschoningsrecht wordt toegekend te beperken. Artikel 7, tweede lid, van de richtlijn staat lidstaten slechts toe om strengere maatregelen voor de bescherming van de vertrouwelijkheid te nemen. Daarbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan uitbreiding van het verschoningsrecht tot partijen. In het wetsvoorstel wordt van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

In artikel II, Onderdeel C is bepaald dat «indien het vertrouwelijke karakter van een mediation uitdrukkelijk is overeengekomen» de mediator en degene die bij deze mediation is betrokken, zich kunnen verschonen. Hierdoor wordt de potentiële groep van mediations waarin een beroep op het verschoningsrecht kan worden gedaan, duidelijk omlind. Niet-professionals die in een zaak bemiddelen, zullen niet snel een

---

<sup>1</sup> Vergelijk Hoge Raad 10 april 2009, LJN: BG9470.

mediationovereenkomst sluiten waarin het vertrouwelijke karakter van de mediation is opgenomen (geheimhoudingsclausule). Professionals zijn echter gewend hiermee te werken. De verduidelijking is in overeenstemming met de richtlijn en in het bijzonder met het bepaalde in het eerste lid van artikel 7. In dit lid is met zoveel woorden het vertrouwelijke karakter van de mediation als reden voor het toekennen van het verschoningsrecht opgenomen.

Met de voorgestelde formulering komt een beroep op het verschoningsrecht slechts aan een mediator toe in gevallen die de bewijsovereenkomst benaderen. De formulering verplicht er niet toe om het instrument van mediation voor het overige gedetailleerd te reguleren. Bovendien betekent de beperking uit de richtlijn tot «zaken die ter vrije beschikking van partijen staan», dat mediators een veel minder vergaand verschoningsrecht hebben dan de klassieke beroepsbeoefenaren, voor wie deze beperking niet geldt. Om recht te kunnen doen aan de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen bij een mediation waarin het vertrouwelijk karakter ervan uitdrukkelijk is overeengekomen, wil ik voor deze gevallen, ook als zij intern zijn, de mediator een beperkt verschoningsrecht toekennen.

Opgemerkt wordt dat het verschoningsrecht zoals dat is opgenomen in artikel 7 van de richtlijn afwijkt van het verschoningsrecht zoals dat is opgenomen in artikel 165, tweede lid, Rv. Ten eerste is het verschoningsrecht veel minder vergaand omdat het beperkt is tot rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan. Daarnaast kunnen de partijen ingevolge artikel 7 van de richtlijn de mediator ontslaan van zijn geheimhoudingsplicht. De mediator kan dan geen beroep meer doen op het verschoningsrecht. De partijen bepalen dus of de mediator een beroep kan doen op zijn verschoningsrecht. Het huidige Nederlandse verschoningsrecht op basis van artikel 165, tweede lid, Rv laat het aan de verschoningsgerechtigde zelf over of hij een beroep wil doen op zijn verschoningsrecht.

De adviezen van de Ad hoc Werkgroep Mediationrichtlijn en de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht zijn niet gevolgd. De ad hoc Werkgroep Mediationrichtlijn zou de doelgroep willen beperken tot die mediators die voldoen aan bepaalde kwaliteitseisen. De Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht zou de implementatie van dit aspect van de richtlijn willen beperken tot grensoverschrijdende zaken.

De richtlijn biedt niet de mogelijkheid om het toekennen van het verschoningsrecht te beperken tot bepaalde mediators. Een lidstaat kan weliswaar ter bevordering van de kwaliteit van mediation op basis van artikel 4 van de richtlijn wettelijke kwaliteitseisen stellen maar beperkt daarmee niet de definitie van mediator en dus ook niet het toekennen van het verschoningsrecht. Het stellen van wettelijke kwaliteitseisen zou voor het verschoningsrecht dan ook geen wijziging betekenen.

De implementatie van het verschoningsrecht is ook niet beperkt tot grensoverschrijdende zaken. Zoals in paragraaf 3 uiteen is gezet, is ervoor gekozen de wettelijke bepalingen ter implementatie van de richtlijn niet te beperken tot grensoverschrijdende geschillen in de zin van de richtlijn maar deze vast te stellen voor alle geschillen waarover voor de Nederlandse rechter een procedure wordt gevoerd omdat het onder omstandigheden tot rechtsongelijkheid zou kunnen leiden indien een partij of mediator in een grensoverschrijdend geschil zich wel op beschermende bepalingen zou kunnen beroepen, terwijl hij dit niet zou kunnen in een intern geschil.

## **9. Gevolgen van mediation voor verjaring**

Een andere aspect van mediation dat in de richtlijn is geregeld, is het voorkomen van verjaring van rechtsvorderingen tijdens een mediation. Het verjaringsrisico zou partijen ervan kunnen weerhouden voor mediation te kiezen. Om dat te voorkomen verplicht artikel 8 van de richtlijn lidstaten ervoor te zorgen dat partijen die kiezen voor mediation, daarna niet worden belet een gerechtelijke of arbitrale procedure aanhangig te maken over hun geschil doordat de verjaringstermijnen tijdens de mediation zijn verstreken. Lidstaten zijn vrij in de wijze waarop zij voorkomen dat een rechtsvordering tijdens mediation verjaart. Naar Nederlands recht is verjaring van een rechtsvordering door stuiting via een schriftelijke aanmaning of mededeling eenvoudig te voorkomen (artikel 3:317 BW). In zoverre bestaat geen behoefte aan een wettelijke regeling van verjaring en mediation. Bezwaar tegen de huidige Nederlandse regeling is dat partijen die mediation overeenkomen, zich er niet steeds van bewust zullen zijn dat zij hun rechtsvorderingen over en weer moeten stuiten als deze dreigen te verjaren. Zij zijn doende hun geschil op te lossen met hulp van een mediator en verwachten mogelijk niet de rechtsvordering die het onderwerp van de mediation is, op dat moment kan verjaren.

De huidige Nederlandse regeling is ontoereikend in het licht van de verplichting van artikel 8 van de richtlijn om ervoor te zorgen dat een rechtsvordering niet tijdens mediation verjaart. Het wetsvoorstel bevat daarom ter implementatie van artikel 8 van de richtlijn een aanpassing van artikel 316 en 319 van Boek 3 BW. Zie hierover nader artikel I, onderdelen A en B.

## **10. Voorlichting over mediation**

Artikel 9 van de richtlijn draagt lidstaten op om te bevorderen dat er voor het grote publiek informatie beschikbaar is over de manier om in contact te treden met mediators en organisaties die mediation aanbieden. De richtlijn noemt daarbij vooral internetsites als mogelijk informatiemiddel. Ook in Nederland wordt veel belang gehecht aan een goede voorlichting over mediation. In het verleden is hierbij met name als uitgangspunt gehanteerd dat een adequate en neutrale informatievoorziening nodig is over de (voor- en nadelen van) verschillende mogelijkheden van geschiloplossing. Hierbij is met name gekeken wat mediation heeft te bieden, naast rechtspraak, advocatuur, arbitrage en geschillencommissies voor het oplossen van conflicten.

De samenleving wordt langs verschillende kanalen geïnformeerd over het bestaan van mediation. Zo heeft er onder meer een algemene publieksvoorlichting door het ministerie van Justitie, de gesubsidieerde rechtsbijstand en de rechtspraak plaatsgevonden. Daarnaast vervult het Nederlands Mediation Instituut een actieve rol in de voorlichting over mediation. Op de website van het Nederlands Mediation Instituut (<http://www.nmi-mediation.nl/index.php>) is onder meer informatie te vinden over de mediation procedure, de rol van de mediator, het kwaliteitsbeleid en praktische informatie over waar een mediator is te vinden en welke specialisme hij of zij bekleedt. Bij dit laatstgenoemde onderwerp speelt het register van het NMI een belangrijke rol. Op dit moment is sprake van een verdere professionalisering van het centrale register van NMI-mediators door de voortdurende ontwikkeling van de kwaliteitseisen. Als gevolg van deze professionaliseringsslag zal het voor alle afnemers mogelijk worden informatie te verkrijgen over het vinden van een passende mediator.

Ook op de website van de rechterlijke macht is waardevolle informatie opgenomen over mediation (zie: <http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Mediation+naast+rechtspraak/>). Partijen, advocaten en

mediators kunnen hier informatie vinden over onder meer mediation naast rechtspraak. Ook is een model mediationovereenkomst opgenomen.

## 11. Administratieve lasten

Het wetsvoorstel bevat geen nieuwe administratieve lasten voor de burger of het bedrijfsleven.

## 12. Transponeringstabel

Artikel richtlijn	geïmplementeerd in
Artikel 1, eerste lid	Bepaling betreft doel richtlijn, heeft naar zijn aard geen implementatie
Artikel 1, tweede lid	Beperking tot grensoverschrijdend: niet geïmplementeerd; Artikel II, onderdeel C, artikel 165, tweede lid, Rv (beperking tot verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan)
Artikel 1, derde lid	Bepaling betreft definitie lidstaat, heeft naar zijn aard geen implementatie
Artikel 2	Bepaling betreft definitie grensoverschrijdende geschillen, niet geïmplementeerd
Artikel 3	Artikel I, onderdeel A, artikel 3:316, vierde lid, BW en Artikel II, onderdeel C, artikel 165, vierde lid, Rv
Artikel 4	Bepaling betreft bevorderen kwaliteit, heeft geen implementatie
Artikel 5, eerste lid	Artikel II, onderdeel A, artikel 22a Rv, onderdeel B, artikel 87, eerste lid Rv en onderdeel E, artikel 818, tweede lid Rv
Artikel 5, tweede lid	Bepaling betreft mogelijkheid om gedwongen mediation te introduceren, heeft naar zijn aard geen implementatie
Artikel 6, eerste lid	Uitvoeringsbepaling, heeft geen implementatie omdat mogelijk (vaststellingsovereenkomst)
Artikel 6, tweede lid	Artikel II, onderdeel D, artikel 279, derde lid, Rv
Artikel 6, derde lid	Uitvoeringsbepaling, heeft naar zijn aard geen implementatie
Artikel 6, vierde lid	Uitvoeringsbepaling, heeft naar zijn aard geen implementatie
Artikel 7, eerste lid	Artikel II, onderdeel C, artikel 165, derde lid, Rv
Artikel 7, tweede lid	Niet geïmplementeerd
Artikel 8, eerste lid	Artikel I, onderdeel A, artikel 3:317, derde lid, BW, onderdeel B, artikel 3:319, derde lid BW en Artikel II, onderdeel F, artikel 1 041, tweede lid, Rv
Artikel 8, tweede lid	Uitvoeringsbepaling, heeft naar zijn aard geen implementatie
Artikel 9	Bepaling betreft voorlichting, heeft naar zijn aard geen implementatie
Artikel 10	Uitvoeringsbepaling, heeft naar zijn aard geen implementatie
Artikel 11	Evaluatiebepaling, heeft naar zijn aard geen implementatie
Artikel 12	Omzettingbepaling, heeft naar zijn aard geen implementatie
Artikel 13	Inwerkingtredingsbepaling, heeft naar zijn aard geen implementatie
Artikel 14	Bepaling betreft geadresseerden, heeft naar zijn aard geen implementatie

## II Artikelen

### Artikel I

#### *Onderdeel A (artikel 316)*

De voorgestelde wijzigingen van artikel 3:316 BW dienen in samenhang met onderdeel B (artikel 319) ter implementatie van artikel 8 van de richtlijn: partijen mogen niet belet worden een gerechtelijke procedure of arbitrage met betrekking tot hun geschil aanhangig te maken door het verstrijken van verjaringstermijnen tijdens de mediation.

In het voorgestelde nieuwe lid 4 van artikel 316 is bepaald dat de rechtsvordering die onderwerp is van een mediation tussen de vorderingsgerechtigde en de wederpartij, door die mediation wordt gestuit. Het gaat dus niet om alle potentiële rechtsvorderingen tussen partijen maar slechts om die rechtsvorderingen die onderwerp zijn van de mediation en waarover wilsovereenstemming tussen partijen bestaat dat deze onderwerp zijn van de mediation. Het eenzijdig inbrengen van een vordering is niet voldoende om die rechtsvordering te stuiten. Ten overvloede wordt opgemerkt dat het gaat om rechtsvorderingen waarvoor nog geen eis is ingesteld. Het eerste lid van artikel 316 regelt immers reeds de stuiting door het instellen van een eis. Tevens is in het vijfde lid (nieuw) een verwijzing naar de definitie van mediation uit de richtlijn opgenomen. De definitie geeft een afbakening over wat wel of niet onder mediation moet worden verstaan.

#### *Onderdeel B (artikel 319)*

Om duidelijk te maken wat de gevolgen van de stuiting van rechtswege ingevolge artikel 3:316 lid 4 BW zijn, is een nieuw derde lid aan artikel 3:319 BW toegevoegd. Zodra een mediation is geëindigd, begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen van in beginsel een drie jaar. De verjaringstermijn kan echter langer zijn dan drie jaar indien van de oorspronkelijke verjaringstermijn van de rechtsvordering op het moment dat de mediation is beëindigd, nog meer dan drie jaar resten. Op dat moment geldt namelijk de oorspronkelijke verjaringstermijn. Voor de duur van de verjaringstermijn is aangesloten bij hetgeen is bepaald in artikel III van de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade (Stb. 2010, 221) omdat de situaties vergelijkbaar zijn. Het nieuwe artikel 942 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek stuit bij verzekering tegen aansprakelijkheid de verjaring door iedere onderhandeling tussen de verzekeraar en de tot uitkering gerechtigde of de benadeelde en kent een nieuwe verjaringstermijn van drie jaren toe. Het doel van de stuiting van de rechtsvordering door mediation is om partijen niet in het mes te laten lopen van de verjaring waardoor de mediation onder druk zou kunnen komen te staan. Partijen kunnen het initiatief nemen om de mediation te beëindigen door dit schriftelijk mede te delen aan de wederpartij waardoor het duidelijk is op welk moment een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen. Indien geen schriftelijke mededeling wordt gedaan, eindigt de mediation nadat een half jaar geen van de betrokkenen enige handeling in de mediation heeft verricht, van rechtswege. Het zou te veel rechtsonzekerheid met zich meebrengen indien pas na een langere termijn de mediation als beëindigd zou mogen worden beschouwd. Overigens kan worden opgemerkt dat het wel de bedoeling is dat de mediation voortvarend wordt opgepakt. Bij een reguliere mediation zal het niet snel gebeuren dat door «niets doen» de mediation wordt beëindigd.

## **Artikel II**

#### *Onderdelen A en B (artikelen 22a en 87 Rv)*

De voorgestelde artikelen implementeren artikel 5 van de richtlijn. Ze geven de rechter de bevoegdheid om partijen mediation voor te stellen. Het mediationvoorstel van de rechter heeft tot doel om partijen in onderling overleg tot overeenstemming te laten komen. De rechter kan het voorstel in alle gevallen en in elke stand van de procedure doen. Het voorstel tot mediation heeft geen dwingend karakter en partijen zijn dus niet verplicht om in te gaan op het voorstel.

Wanneer partijen op advies van de rechter voor mediation kiezen, dienen zij in principe zelf de kosten van de mediation voor hun rekening te nemen. Minder draagkrachtigen kunnen aanspraak maken op een tegemoetkoming in de kosten (mediationtoevoeging). Voor de duidelijkheid is deze bevoegdheid van de rechter op twee plaatsen in het voorstel opgenomen: in de afdeling die de algemene voorschriften voor procedures geeft (afdeling 3 van de eerste titel van Boek 1) en in de afdeling die de algemene bepalingen geeft van de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg (eerste afdeling van de tweede titel van Boek 1). Het voorgestelde artikel 22a is van toepassing op zowel op dagvaardings- als verzoekschriftprocedures. In de dagvaardingsprocedure zal in de praktijk een voorstel tot mediation echter veelal worden gedaan tijdens een comparitie en met name in die situaties dat een schikking tijdens de comparitie niet haalbaar lijkt. Het is daarom wenselijk dat de bevoegdheid niet alleen bij de algemene voorschriften in artikel 22a Rv met zoveel woorden wordt opgenomen, maar ook in artikel 87 Rv (schikkingscomparitie).

#### *Onderdeel C (artikel 165)*

Het voorgestelde artikel implementeert artikel 7 van de richtlijn. Aanpassing van de wet op dit punt is noodzakelijk, omdat naar huidig Nederlands recht een mediator geen verschoningsrecht toekomt. Dit is recentelijk nog bevestigd door de Hoge Raad (HR 10 april 2009, LJN: BG9470). De Hoge Raad overwoog dat vanwege het grote belang van de waarheidsvinding slechts in bijzondere gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op de getuigplicht van artikel 165 lid 1 Rv. Over mediation/mediators overwoog de Hoge Raad dat mediation een ruim en niet steeds afgebakend begrip is en plaatsvindt in verschillende vormen en onder verschillende voorwaarden, terwijl de groep van mediators weinig vastomlijnd is, waarbij naast mediators die op grond van het voldoen aan bepaalde opleidings- en andere kwaliteitseisen door een mediationorganisatie als zodanig zijn gecertificeerd, ook «ad hoc» mediators voorkomen voor wie geen kwaliteitswaarborgen gelden. De richtlijn is alleen van toepassing op geschillen over rechten en verplichtingen waarover partijen naar het toepasselijk recht op de mediation zeggenschap hebben, met andere woorden, die ter vrije bepaling van partijen staan (artikel 1 lid 2 richtlijn). Gaat het om onderwerpen die niet ter vrije bepaling van partijen staan, dan is de richtlijn daarop niet van toepassing en het verschoningsrecht dus evenmin. Bij de afbakening van welke onderwerpen naar Nederlands recht ter vrije bepaling van partijen staan, kan worden aangeknoopt bij de uitleg van artikel 1020, tweede lid, Rv inzake arbitrage. Dit artikel bepaalt dat zaken die niet ter vrije bepaling van partijen staan, ook niet aan arbitrage kunnen worden onderworpen.

Ter verduidelijking aan welke mediators of enig persoon die bij het verlenen van een mediation is betrokken een verschoningsrecht toekomt, is bepaald dat zij zich slechts kunnen verschonen indien partijen uitdrukkelijk het vertrouwelijke karakter van een mediation zijn overeengekomen. Dit is in lijn met de definitie zoals de richtlijn deze hanteert; het gaat immers om een gestructureerde procedure. Dit kan ook worden afgeleid uit de definitie van grensoverschrijdende geschillen. Zie hiertoe artikel 2, eerste lid, onder a, van de richtlijn. Anders dan bij een verschoningsrecht van bijvoorbeeld een advocaat of notaris, kunnen betrokkenen bij een mediation afspreken dat de mediator wel mag getuigen. In dat geval kan de mediator zich niet op het verschoningsrecht van artikel 165, derde lid, Rv beroepen. Met het oog hierop is de zinsnede «tenzij partijen anders overeenkomen» opgenomen. Evenals in artikel 3:319 BW is een verwijzing naar de richtlijn met betrekking tot de definitie van mediation en mediator opgenomen.

Indien partijen schriftelijk een mediation zijn overeengekomen, zal over het algemeen aan het vereiste van een uitdrukkelijk overeengekomen mediation zijn voldaan. In voorkomende gevallen kan een mediation echter ook mondeling worden overeengekomen en het is aan de partij die dit stelt om te bewijzen dat de mediation uitdrukkelijk is overeengekomen. Onder «uitdrukkelijk het vertrouwelijke karakter van een mediation zijn overeengekomen» wordt in ieder geval verstaan dat beide partijen bewust voor mediation inclusief geheimhoudingsclausule hebben gekozen. Het is mogelijk dat binnen een procedure door een van de partijen wordt gesteld dat zij helemaal nooit met een mediation heeft ingestemd en dat er naar haar oordeel ook feitelijk geen mediation heeft plaatsgevonden. Dergelijke misverstanden kunnen bijvoorbeeld ontstaan als in het kader van een geschil wordt bemiddeld door een kennis in plaats van een professionele mediator. Een dergelijke informele bemiddeling zal om deze reden niet als een mediation kunnen worden aangemerkt, zodat in dat geval geen beperking geldt voor de getuigplicht van deze persoon die een poging tot bemiddeling heeft gedaan.

#### *Onderdeel D (artikel 279)*

Artikel 6 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat partijen bij de mediation kunnen verzoeken om de bereikte schriftelijke overeenkomst uitvoerbaar te maken. Tevens is bepaald dat de inhoud van de overeenkomst door een rechter of andere bevoegde instantie uitvoerbaar kan worden verklaard bij vonnis, arrest of authentieke akte. In Nederland is dit op verschillende manieren mogelijk. Een tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst kan op verzoek van partijen worden vastgelegd in een notariële akte, waardoor deze in Nederland ten uitvoer kan worden gelegd op grond van artikel 430 lid 1 Rv. Daarnaast is het mogelijk om in een dagvaardingsprocedure het proces-verbaal in executorialle vorm op te maken (artikel 87 lid 3 Rv) indien in het kader van een schikkingscomparitie een schikking tot stand komt. Voor de verzoekschriftprocedure is dit niet geregeld. Om het mogelijk te maken dat het proces-verbaal ook in een verzoekschriftprocedure in executorialle vorm kan worden opgemaakt in die gevallen waarin hangende de procedure een schikking wordt bereikt bijvoorbeeld na mediation, is aan het vierde lid van artikel 279 een volzin toegevoegd.

#### *Onderdeel E (artikel 818)*

De voorgestelde artikelen 22a en 87 (artikel II, onderdelen A en B) geven de rechter in algemene zin de bevoegdheid om partijen mediation voor te stellen. Artikel 818, tweede lid, dat een specifieke verwijzingsmogelijkheid bevat voor echtscheiding, kan om deze reden vervallen.

#### *Onderdeel F (artikel 1041)*

Artikel 7 van de richtlijn vereist niet alleen dat tijdens een procedure over een burgerlijke of handelszaak een mediator niet kan worden verplicht een getuigenis af te leggen, maar ook tijdens arbitrage. Het voorgestelde artikel verklaart de regeling van de artikel 165 lid 3 en 4 (nieuw) van overeenkomstige toepassing op arbitrage.

### **Artikel III (overgangsrecht)**

Voor mediations die zijn aangevangen voor de inwerkingtreding van de wet blijft de huidige regeling van toepassing (eerbiedigende werking). Het gaat om het feitelijk aanvangen van mediation. Dit zal vaak tot uitdrukking komen in het sluiten van een mediationovereenkomst, maar dit hoeft niet. Partijen die voor de inwerkingtreding van de wet een mediation zijn

aangevangen, hebben dit gedaan met bepaalde verwachtingen en met als uitgangspunt de toentertijd vigerende wetgeving. De nieuwe regeling brengt andere rechtsgevolgen met zich mee (verschoningsrecht, stuiting) waarmee in de mediationovereenkomst die is gesloten onder oud recht, geen rekening behoeft te zijn gehouden. Om deze reden is gekozen de huidige regeling te eerbiedigen.

In de formulering is niet gekozen voor het «overeenkomen van een mediation» omdat in contracten een mediationclausule kan zijn opgenomen reeds lang voordat de mediation daadwerkelijk aanvangt. Als de mediation aanvangt op basis van de mediationclausule na de inwerkingtreding van de wet is er geen bezwaar deze onder de nieuwe wetgeving te behandelen.

Het overgangsrecht is niet in strijd met doel van de richtlijn: het bevorderen van het grensoverschrijdend gebruik van mediation. Als uitgangspunt geldt dat wanneer er geen overgangsrechtelijke bepalingen in de te implementeren Europese regelgeving zijn opgenomen, de lidstaten zich aan het geschreven recht moeten houden. Dit heeft als consequentie dat na het verstrijken van de implementatietermijn geen nationaal overgangsrecht kan gelden (HvJ EG, 9 augustus 1994, C-396/92 (Bund Naturschutz), Jur. 1994, p. I-03717.)

Een uitzondering op deze regel dat na het verstrijken van de implementatiedatum geen overgangsrecht meer mag gelden als daarin niet wordt voorzien door de Europese regelgeving zelf, kan echter worden afgeleid uit een uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Haarlemmerliede en Spaarnwoude (HvJ EG, 18 juni 1998, C-81/96 (B&W van Haarlemmerliede en Spaarnwoude e.a.), Jur. 1998, p. I-3929). Hier bepaalde het Hof dat uit het oogpunt van het rechtszekerheidsbeginsel op procedures waarvoor vóór de implementatiedatum van de betrokken richtlijn een vergunningsaanvraag was gedaan het oude recht van toepassing bleef, ondanks dat in de richtlijn hierover niets expliciet geregeld was. Ter onderbouwing hiervan stelde het Hof: «Het gaat niet aan dat procedures die op nationaal niveau reeds gecompliceerd zijn en die formeel zijn ingeleid vóór het verstrijken van de termijn tot omzetting van de richtlijn, worden verzaamd en vertraagd ten gevolge van specifieke eisen die door de richtlijn worden voorgeschreven, en dat daardoor reeds ontstane situaties worden gemaakt.» (r.o. 24). Dit is dus een geval van eerbiedigende werking, dat de lidstaten de mogelijkheid lijkt te bieden in dergelijke gevallen, buiten de richtlijn om, overgangsrecht op te stellen voor lopende procedures. Van deze uitzondering wordt gebruik gemaakt.

De minister van Veiligheid en Justitie,  
I. W. Opstelten