

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. 4**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 14 september 2010 en het nader rapport d.d. 8 november 2010, aangeboden aan de Koningin door de minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 7 juli 2010, no. 10 001939, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot 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, met memorie van toelichting.<sup>2</sup>*

*Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (hierna: de richtlijn).<sup>3</sup> De richtlijn beoogt het grensoverschrijdend gebruik van mediation te bevorderen in burgerlijke en handelszaken. De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt opmerkingen over het verschoningsrecht van mediators, de nieuwe verjaringstermijn van drie jaar en het overgangsrecht.*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

<sup>2</sup> Per 1 september 2010 is in werking getreden de Wet tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State. Sinds die datum adviseert de Afdeling advisering, ook over bij de Raad van State voordien aanhangig gemaakte zaken.

<sup>3</sup> Richtlijn 2008/52/EG (PbEU L 136).

<sup>4</sup> Voorgestelde artikel II, onderdeel C en onderdeel F.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 7 juli 2010, nr. 10 001939, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 14 september 2010, nr. W03.10 0287/II, bied ik U hierbij aan.

#### *1. Verschoningsrecht mediators*

*Het wetsvoorstel kent aan mediators in civielrechtelijke zaken en in arbitrages een verschoningsrecht toe omtrent informatie die voortvloeit uit of verband houdt met een mediation.<sup>4</sup> Het is aan partijen om te*

*bepalen of de mediator een beroep kan doen op zijn verschoningsrecht. Het wetsvoorstel gaat verder dan de richtlijn eist: het verschoningsrecht is niet beperkt tot grensoverschrijdende zaken, maar geldt voor alle geschillen waarover voor de Nederlandse rechter een procedure wordt gevoerd of een arbitrage plaatsvindt. Dit betekent dat elke persoon die voldoet aan de definitie van mediator of die betrokken is bij het verlenen van mediation in de zin van de richtlijn<sup>1</sup>, verschoningsrecht toekomt. Voor deze ruime toekenning van het verschoningsrecht geeft de toelichting als reden dat 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.<sup>2</sup> De Afdeling merkt het volgende op.*

*a. De Afdeling acht de motivering om een verschoningsrecht in deze ruime omvang toe te kennen aan mediators niet toereikend. Het thans demissionaire kabinet heeft eerder laten blijken juist terughoudend te zijn met het toekennen van verschoningsrecht aan mediators.<sup>3</sup> Daarvoor werd een aantal redenen gegeven. Allereerst de principiële reden dat het verschoningsrecht een uitzondering is op de getuigplicht en slechts aan een beperkte groep beroepsbeoefenaren wordt toegekend die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding. De volgende omstandigheden hebben een belangrijke rol gespeeld bij de eerder getrokken conclusie om geen verschoningsrecht toe te kennen aan mediators: mediation is – vooralsnog – een ruim en niet steeds duidelijk afgebakend begrip, vindt in verschillende vormen plaats en de groep van mediators is weinig vastomlijnd waarbij ook «ad hoc» mediators voorkomen voor wie geen kwaliteitswaarborgen gelden. Deze argumenten zijn ook gebruikt in een recente uitspraak van de Hoge Raad.<sup>4</sup> De Hoge Raad heeft in het desbetreffende geval het verschoningsrecht expliciet uitgesloten, omdat dit volgens de Hoge Raad in het algemeen niet aan mediators toekomt. Erkenning van een verschoningsrecht voor mediators zou de groep van verschoningsgerechtigden aanzienlijk uitbreiden zonder voldoende waarborgen voor de kwaliteit van de mediators. In het wetsvoorstel wordt voor de begrippen «mediator» en «mediation» verwezen naar de richtlijn. Daarin zijn deze begrippen in algemene zin omschreven, waardoor deze begrippen weinig omljnd blijven.*

*Voorts is het argument naar voren gebracht dat in zijn algemeenheid er voor moet worden gewaakt dat het instrument van mediation en het beroep van mediator aan zware regulering ten prooi vallen. Regeling van de wettelijke geheimhoudingsplicht voor mediators draagt het risico in zich als katalysator voor verdere regulering rondom mediation te gaan werken, aldus de Minister van Justitie.<sup>5</sup> Bovendien is volgens de minister niet gebleken dat de praktijk van mediation daadwerkelijk belemmerd wordt door het ontbreken van een wettelijk verschoningsrecht.*

*De Afdeling merkt daarnaast op dat de laatste jaren de geheimhoudingsplicht van klassieke beroepsbeoefenaren (notarissen en advocaten) juist is beperkt.<sup>6</sup> Een ruimere toekenning van het verschoningsrecht aan mediators past daarbij niet.*

*De toelichting gaat niet in op vorengenoemde argumenten om geen breder verschoningsrecht toe te kennen aan mediators dan de richtlijn eist.*

*De Afdeling adviseert in de toelichting een overtuigende motivering te geven waarom het nu wel wenselijk is om het verschoningsrecht niet alleen in grensoverschrijdende zaken, maar in alle mediations aan mediators toe te kennen en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.*

<sup>1</sup> Artikel 3 van de richtlijn.

<sup>2</sup> Memorie van toelichting, Algemeen, punt 8 getiteld «Vertrouwelijkheid van de mediation».

<sup>3</sup> Zie Kamerstukken II 2006/07, 29 528, nr. 5, blz. 8–9, en kamerstukken II, 2003/04, 29 528, nr. 1, blz. 14.

<sup>4</sup> Hoge Raad 10 april 2009, LJN: BG9470.

<sup>5</sup> Kamerstukken II, 2003/04, 29 528, nr. 1, blz. 14.

<sup>6</sup> Doorbreking van geheimhoudingsplicht van notarissen en in sommige gevallen van advocaten is om verschillende redenen gebeurd: meldingsplicht ongebruikelijke transacties, versterking tucht en toezicht, aangekondigd is voorts om de geheimhoudingsplicht van notarissen te doorbreken t.b.v. gegevensverstrekking aan de Belastingdienst en het OM (zie o.m. Kamerstukken II 2009/10, 29 911, nr. 16).

*b. Het voorgestelde artikel 165, derde lid, Rv spreekt van «informatie die voortvloeit uit of verband houdt met een mediation over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan». Deze tekst is ontleend aan de richtlijn. De richtlijn noch de toelichting verduidelijken wat onder «informatie» moet worden verstaan. Ziet de informatie ook op gegevens die in het kader van een mediation zijn verschaft en die voor de besprekingen tussen partijen in het kader van een mediation relevant kunnen zijn geweest of ziet de informatie slechts op datgene wat naar aanleiding van de verschaft gegevens aan de orde is geweest tijdens de mediation? De Afdeling adviseert in de toelichting het begrip «informatie» te verduidelijken, hoewel in dit opzicht het laatste woord over de inhoud van dit begrip aan het Hof van Justitie is.*

#### 1. Verschoningsrecht mediators

a. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is het wetsvoorstel aangepast. Het wetsvoorstel bakent zoveel als mogelijk af in welke gevallen een mediator en enige persoon die bij deze mediation is betrokken, zich kan verschonen. 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 worden de gevallen van mediation waarin een beroep op het verschoningsrecht kan worden gedaan duidelijker omljnd. Niet-professionals die in een zaak bemiddelen, zullen niet snel een 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 aangegeven<sup>1</sup>.

De beperking van het verschoningsrecht tot gevallen waarin het vertrouwelijk karakter van de mediation uitdrukkelijk is overeengekomen, geldt zowel voor de grensoverschrijdende als voor de interne mediations. Ik acht dit gerechtvaardigd ook in het licht van de argumenten tegen een wettelijk verschoningsrecht genoemd door de Afdeling omdat het gaat om een beperkt verschoningsrecht voor een afgebakende groep gevallen. Met de aangepaste formulering komt een beroep op het verschoningsrecht slechts aan een mediator toe in gevallen die de bewijsovereenkomst benaderen. Deze 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. De memorie van toelichting is overeenkomstig aangepast.

b. Zoals de Afdeling terecht constateert, is het laatste woord over wat valt onder «informatie die voortvloeit uit of verband houdt met een mediation over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan» aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

De richtlijn beperkt het verschoningsrecht tot zaken waarover partijen naar het toepasselijk recht op de mediation zeggenschap hebben en tot informatie die voortvloeit uit of verband houdt met de mediation. Bij de afbakening van welke onderwerpen naar Nederlands recht ter vrije bepaling van partijen staan, kan worden aangeknoopt bij de uitleg van artikel 1 020, tweede lid, Rv inzake arbitrage. Dit artikel bepaalt dat zaken

<sup>1</sup> «Aangezien de bemiddeling/mediation geacht wordt plaats te vinden op een wijze die recht doet aan het vertrouwelijke karakter ervan, zorgen de lidstaten ervoor, tenzij de partijen anders overeenkomen, dat (...)» (artikel 7 lid 1 van de richtlijn)

die niet ter vrije bepaling van partijen staan, ook niet aan arbitrage kunnen worden onderworpen.

Indien de informatie onder dit bereik valt zal de mediator in beginsel een verschoningsrecht hebben. Het verschoningsrecht wordt beperkt door de uitzonderingen in verband met de openbare orde en de tenuitvoerlegging van de vaststellingsovereenkomst. Indien informatie bijvoorbeeld nodig is om fraude aan te tonen, zal dit snel onder de uitzondering vallen en zal de mediator dus moeten getuigen.

## *2. Nieuwe verjaringstermijn van drie jaar*

*Het voorgestelde artikel 3:319 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat door stuiting van de verjaring van een rechtsvordering door mediation een nieuwe verjaringstermijn van drie jaar begint te lopen. De toelichting meldt dat deze termijn aansluit bij de gebruikelijke nieuwe verjaringstermijn van drie jaar. Onduidelijk is echter waarop deze «gebruikelijke nieuwe verjaringstermijn van drie jaar» is gebaseerd. De Afdeling merkt op dat de verlenging van de verjaringstermijn na stuiting in het geval van bindend advies vijf jaar is.<sup>1</sup> Weliswaar hoeft de nieuwe verjaringstermijn in het geval van mediation niet dezelfde te zijn als voor bindend advies, maar in de toelichting dient de termijn van drie jaar nader te worden gemotiveerd. De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen.*

## *2. Nieuwe verjaringstermijn van drie jaar*

Overeenkomstig het advies van de Afdeling is de toelichting aangevuld. 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.

## *3. Overgangsrecht*

*Artikel III bepaalt dat voor mediations die zijn aangevangen voor de inwerkingtreding van de wet de huidige regeling van toepassing blijft. Volgens de toelichting is hiervoor gekozen omdat de nieuwe regeling andere rechtsgevolgen met zich brengt (verschoningsrecht, stuiting) waarmee in de mediationovereenkomst die is gesloten onder oud recht geen rekening behoeft te zijn gehouden.<sup>2</sup> De Afdeling acht deze motivering niet toereikend. De richtlijn voorziet niet in deze naar het oordeel van de Afdeling op zichzelf juiste overgangsregeling. De Afdeling adviseert daarom in de toelichting nader op de verhouding tot de richtlijn in te gaan en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.*

## *3. Overgangsrecht*

Overeenkomstig het advies van de Afdeling is in de toelichting nader ingegaan op de verhouding van de overgangsregeling en de richtlijn.

## *4. Voor een redactionele kanttekening verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.*

*De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

*De vice-president van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

<sup>1</sup> Artikel 3:319, lid 2, BW.

<sup>2</sup> Artikelsgewijze toelichting op artikel III.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

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

**Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W03.10 0287/II met een redactionele kanttekening die de Afdeling in overweging geeft.**

- In de transponeringstabel het begrip «behoeft geen implementatie» nader omschrijven (zie aanwijzing 344 Aanwijzingen voor de regelgeving, derde en vijfde lid, en het daar genoemde voorbeeld Kamerstukken II 2000/01, 27 649, nr. 3, blz. 22).