


'Mediation komt eraan!'



Al jaren getuigen velen ervan hoe goed mediation wel niet is, voor partijen, rechters én advocaten. Toch is het aantal mediations, die zich nog vooral in familie- en arbeidszaken afspelen, vooralsnog relatief klein. Beloftes genoeg, maar welke juridische en tuchtrechtelijke obstakels moeten er worden genomen? De hoogste tijd voor een congresverslag, een juridische analyse, een interview, een enquête en een recensie.

'Mediation is a fact of life, maar geen haarlemmerolie'

De advocaat moet iets met mediation. Ook als hij zelf geen mediator is, moet hij zijn cliënt kunnen adviseren als die de zaak moet voorleggen aan een mediator. Dat was de boodschap bij de presentatie van een mediation-‘toolkit’ voor advocaten.



.....
Lex van Almelo
journalist
.....

Het Amerikaanse bedrijf Giant Soup is met zijn *123 Soup* wereldwijd marktleider op het gebied van instantsoepen. Het bedrijf wil dat de Nederlandse producent van *123 Superglans* een andere naam kiest voor zijn supersnelle pannensponsjes. Bovendien moet het reclamespotje van de buis, waarin een vuile soeppan in een handomdraai wordt gereinigd met het vermaledijde pannensponsje.

Tijdens de eerste zitting bij de mediator blaast de advocaat van Giant Soup meteen hoog van de toren. De advocaat van *123 Superglans* zwijgt en laat de marketingdirecteur het woord voeren. In een voorbereidend gesprek voor de tweede sessie zegt de advocaat tegen zijn cliënt: 'Verplaats je eens in de positie van de tegenpartij.' En: 'Stel dat de mediation mislukt, wat dan?' Zo wordt in dit voor gesprek duidelijk wat de werkelijke behoeften zijn van de cliënt. Bij *123 Superglans* is dat snel duidelijkheid, omdat het werkt aan een nieuwe reclamecampagne waarin *123* een belangrijke rol speelt. Giant Soup wil als marktleider de regie houden over het gebruik van merken met *123*. Het loopt goed af bij

deze fictieve mediation, die eind juni werd gespeeld door enkele advocaten. De strekking van het toneelstukje is dat je ook grote commerciële zaken via mediations kunt afdoen. En dat de advocaat daarbij het juridische denkraam moet durven verlaten.

Hamer zoekt spijker

'Het is verleidelijk om als de hamer jouw enige instrument is alles te behandelen als een spijker,' heeft de Amerikaanse psycholoog Abraham Maslow ooit gezegd. Hij werd gretig geciteerd door advocaat John Bosnak en directeur Manon Schonewille van ACBMediation om te illustreren dat advocaten te veel de neiging hebben om conflicten te zien

als een juridisch probleem. Schonewille zei bij de presentatie van haar boek *Toolkit Mediation Advocacy* (zie elders in dit nummer): ‘Mediation is a fact of life. Je kunt er als advocaat niet omheen. Maar het is geen haarlemmerolie en niet geschikt voor alle conflicten.’

Mediation komt steeds meer op de advocaten af. Rechters gaan structureel doorverwijzen naar mediators. En steeds vaker wordt in algemene voorwaarden en contracten een mediationclausule opgenomen, aldus Bosnak en Schonewille. Daarbij komt dat de advocaat volgens de Gedragsregels toch al zoveel mogelijk moet aansturen op een minnelijke schikking. De advocaat die zijn cliënt goed wil bijstaan, moet dus beschikken over mediationvaardigheden.

De advocaat moet een ‘professional solution deliverer’ (sic) worden, vindt Marry de Gaay Fortman. ‘De advocatuur mag de boot niet missen en moet daarom belangrijke nieuwe ontwikkelingen als *mediation advocacy* omarmen.’

De Belgische advocaat Patrick Van Leynseele ziet commerciële perspectieven in mediation. *Collaborative lawyering* is schikken buiten de rechter om en *cooperative lawyering* is de belofte daarop aan te sturen. ‘Niets nieuws dus,’ aldus Van Leynseele. Wel nieuw is dat de advocaat zijn diensten aanbiedt als oplosser van interne conflicten bij bedrijven. Als een soort ombudsmanadvocaat.

Minder mediations

Oud-algemeen deken Els Unger temperde de hooggespannen verwachtingen enigszins. Het is weliswaar van groot belang dat advocaten beschikken over de kennis en vaardigheden om de cliënt te ondersteunen als het tot mediations komt. Maar zo vaak komt het volgens haar nog niet tot een mediation. Tussen april 2005 1 januari 2007 zijn 2700 zaken doorverwezen naar een mediator. Maar op een totaal van 1,8 miljoen rechtszaken is dat niet veel. En tussen de regels door lijkt Unger er hevig aan te twijfelen of rechters en juridische loket-

ten in 2008 inderdaad 10.000 zaken zullen doorverwijzen naar mediators, zoals de minister van Justitie voorspelt.

Feit is dat het aantal uitgevoerde mediations volgens het Nederlands Mediation Instituut in 2005 is gedaald. De NMI-cijfers staan los van de doorverwijzing door rechters en juridische loketten, maar geven een goede aanwijzing over het aantal autonome mediations. Tot 2004 liep dit aantal snel op tot 6927, terwijl het er in 1998 nog maar 329 waren. In 2005 zakte het aantal echter terug tot 5172; bijna precies evenveel als in 2003. Het merendeel van de mediations gaat over familieconflicten (43,7%) en werk (36,3%). Minder dan één op de tien mediations gaat over zakelijke conflicten (9%). De overheid, die mediation propageert, geeft met 3,5% het slechte voorbeeld. Volgens het NMI slagen acht van de tien mediations (81,6%). Bij het doorverwijzingsexperiment eindigde slechts 63% in gehele of gedeeltelijke overeenstemming.

Advocaten – mediators soms wel, soms niet onder advocatentuchtrecht

Het werk van de advocaat-scheidingsbemiddelaar behoort tot de advocatuurlijke beroepsuitoefening, dat van de advocaat-mediator in civiele en handelszaken niet, aldus Wackie Eysten. Het verschoningsrecht is ook vooral bij die eerste werkzaamheden van belang.

.....
mr. P.A. Wackie Eysten
 oud-advocaat en mediator te Den Haag

Onder de veelzeggende kop *Mediation even in de wacht* heeft Els Unger ons in haar dekanale column van 20 april 2007 laten weten

dat de Algemene Raad ‘voorlopig geen uitspraak [zal] doen over de positie van de mediërende advocaat.’¹ En niet alleen óns: het is op een vraag van het ministerie van Justitie van twee jaar geleden dat de Algemene Raad met dit – mijns inziens teleurstellende – antwoord komt.

.....
¹ *Advocatenblad* 2007, p. 211.

Wat is de rechtvaardiging daarvan?

De (voormalige) deken geeft twee redenen. In de eerste plaats, schrijft zij, zijn de mediators zelf ‘zeer verdeeld over de vraag van het ministerie’. Dat lijkt eerder een aansporing om er dan als Orde een mening over te geven als het ministerie daarom vraagt. Het doet denken aan wat Heer Bommel placht te zeggen wanneer hij met een lastige vraag werd geconfronteerd: ‘Zeg jij ook ’ns wat, Tom Poes!’

De tweede reden is dat de jurisprudentie over de advocaat-mediator niet is uitgekristalliseerd. Dat is inderdaad zo. Maar weet het ministerie dat dan niet? En zou dat nu niet juist de reden kunnen zijn geweest om er het oordeel van de meest betrokken beroepsgroep over te vragen?

Op dezelfde voet?

Waar gaat het eigenlijk om? De vraag van het ministerie, in de weergave van de deken, is 'in hoeverre de Orde ook advocaat-mediators vertegenwoordigt'. Ik waag het te betwijfelen of deze weergave de lading helemaal dekt. De Orde vertegenwoordigt alle advocaten (art. 17 lid 1 Advocatenwet), dus ook de advocaat-mediators. Zó gesteld is de vraag dus weinig interessant. Bedoeld zal waarschijnlijk zijn of een advocaat, wanneer hij² als mediator optreedt, het beroep van advocaat uitoefent, zodat de op advocaten en hun beroepsuitoefening toepasselijke regels (gedragsrechtelijke en andere) op hem van toepassing zijn. Dat is een interessante vraag, bijvoorbeeld met betrekking tot het professionele verschoningsrecht van de advocaat, maar daartoe niet beperkt. Daargelaten of de desbetreffende jurisprudentie nu al dan niet is 'uitgekristalliseerd' (wanneer is dat ooit het geval?), er is toch wel enige jurisprudentie, waaraan voor de huidige stand van de wetenschap enkele conclusies zijn te verbinden.

De Raad van Discipline te Amsterdam is van oordeel dat de advocaat die als mediator optreedt niet het beroep van advocaat uitoefent.³ Zijn handelen als mediator wordt beheerst door eigen regels en kan tuchtrechtelijk worden getoetst aan voor hem als mediator geldende gedragsregels. Voor (geregistreerde) mediators gelden de gedragsregels van het instituut waarbij zij zijn aangesloten, ACBMediation of het NMI. Hun optreden kan worden getoetst door de Tuchtcommissie (en in hoger beroep door het College van Beroep) van de Stichting Tuchtrecht Mediators (STM). Het handelen van een mediator behoort daarom in beginsel niet tot het terrein van het advocatentuchtrecht, behoudens indien en voor zover de advocaat zich als mediator zódanig misdraagt dat hij het vertrouwen in de advocatuur schaadt. De Raad volgt hier dezelfde redenering die geldt voor

Tot het beroep van advocaat behoort niet alleen wat daartoe vanouds behoort, maar ook 'wat volgens de behoeften van de samenleving daartoe is gaan behoren'



de advocaat die als curator optreedt.⁴ In een meer recente uitspraak heeft de Raad deze beslissing herhaald.⁵

Toevalligerwijs deed het Hof van Discipline op diezelfde dag, 19 december 2005, uitspraak in het hoger beroep van een beslissing van de Raad van Discipline te 's-Gravenhage.⁶ Het ging in die zaak over een advocaat die tijdens een schorsing die hem was opgelegd als mediator was opgetreden. De schorsing als advocaat betekende niet, vond de Haagse Raad van Discipline, dat betrokkene niet als mediator mocht optreden. Evenals de Amsterdamse Raad was hij van oordeel dat het handelen van een mediator door eigen regels wordt beheerst en niet behoort tot het advocatuurlijke werkterrein. Optreden als zodanig is dus 'niet strijdig met een opgelegde schorsing

als advocaat'. De geschorste advocaat-mediator ging vrijuit. Het hof was het daar niet mee eens. 'Een schorsing houdt niet alleen in,' zo overwoog het hof, 'dat het niet is toegestaan de aan een advocaat en procureur voorbehouden werkzaamheden te verrichten, maar de schorsing geldt ook andere werkzaamheden die tot de praktijk van een advocaat en procureur "kunnen" behoren (...). Onder werkzaamheden die tot de praktijk van een advocaat (kunnen) behoren dienen (...) in beginsel ook mediationwerkzaamheden te worden gerekend, nu deze werkzaamheden tegenwoordig door advocaten in het kader van hun praktijk (kunnen) worden verricht.'

Het hof verwijst in dit verband nog naar een oude uitspraak, waarin het had overwogen dat de uitoefening van het beroep van advocaat niet alleen omvat wat daartoe vanouds behoort, maar ook wat 'volgens de behoeften van de samenleving daartoe is gaan behoren'.⁷ Het hof acht deze oude beslissing nog steeds actueel: 'Mediation is de afgelopen tijd wel in toenemende mate gaan behoren tot de uitoefening van het beroep van advocaat.' Volgens het Hof van Discipline valt de advocaat-mediator dus wél onder het bereik van het advocaten(tucht)recht.

Op enigszins gespannen voet met deze opvatting van het hof staat diens eigen uitspraak van een jaar eerder, waarbij het ging om toepassing van de Samenwerkingsverordening.⁸ Van de kantoornaam van een advocatenkantoor ging de suggestie uit dat het een samenwerkingsverband betrof van advocaten en mediators die geen advocaat waren. Dat mag niet, aldus het hof. Volgens art. 3 Samenwerkingsverordening mag een samenwerkingsverband alleen worden aangegaan als de praktijk van iedere deelnemer in hoofdzaak is gericht op de uitoefening van de rechtspraktijk. Dit laatste geldt niet voor de mediation-praktijk, vond het hof. Een samenwerkingsverband tussen advocaten en mediators-niet-advocaten is dus onder vigeur van de huidige Samenwerkingsverordening niet toegestaan. Hier stelt het hof mediators dus juist weer niet op

² Het gebruik van de mannelijke vorm heeft hier noch elders discriminatoire pretenties.
³ RvD Amsterdam, 5 februari 2001, *Advocatenblad* 2002, p. 186; zie ook *Tijdschrift voor Arbitrage (TvA)* 2001, p. 121.

⁴ Vaste rechtspraak sinds Hof van Discipline (HvD), 19 juni 1989, 1149 (niet gepubliceerd).
⁵ RvD Amsterdam, 19 december 2005, *Advocatenblad* 2007, p. 154, zie ook *TvA* 2006/2, p. 67
⁶ *Advocatenblad* 2007, p. 255.

⁷ HvD 12 augustus 1957, *Advocatenblad* 1958, p. 327.
⁸ HvD 20 december 2004, *Advocatenblad* 2006, p. 152.

één lijn met advocaten. Maar hoe zit het dan met de geschorste advocaat die geen mediationwerkzaamheden mocht verrichten? Inderdaad, uitgekristalliseerd is de jurisprudentie nog niet.

Dunne scheidslijn

Enkele opvallende uitspraken van de Geschillencommissie advocatuur verdienen in dit verband onze aandacht. Lijnrecht tegenover de hiervoor weergegeven opvatting van de Amsterdamse Raad van Discipline staat de uitspraak van de Geschillencommissie van 9 oktober 2002.⁹ Een advocaat die (in een echtscheiding) als bemiddelaar optreedt verliest niet de hoedanigheid van advocaat, oordeelt de Commissie. De voor advocaten geldende (gedrags)regels zijn onverminderd van toepassing, zeker als de advocaat-bemiddelaar handelingen verricht die niet te onderscheiden zijn van het optreden als advocaat, zoals het indienen van een echtscheidingsverzoek.

Een eerdere uitspraak van de Geschillencommissie kan als een voorloper op deze beslissing worden gezien en illustreert misschien nog duidelijker de uiterst dunne scheidslijn tussen de advocaat die beide echtelieden bijstaat en de scheidingsbemiddelaar. Ik doel op de uitspraak van de Geschillencommissie van 18 juni 2001, waarin de Commissie zich bevoegd achtte de declaratie van een advocaat te matigen, omdat deze onvoldoende duidelijk had gemaakt of hij als mediator zou optreden, dan wel als advocaat van beide partijen 'met gebruikmaking van mediationstechnieken'.¹⁰ Dat verschil is met het blote oog ook nauwelijks waar te nemen. Van recenter datum is de uitspraak van de Geschillencommissie van 15 november 2006, waarin de Commissie zich (dan ook) zonder enige aarzeling bevoegd achtte te oordelen over een advocaat die in een echtscheiding als 'bemiddelaar', respectievelijk 'als gezamenlijk advocaat voor twee partijen' was opgetreden.¹¹

Scheidingsbemiddeling is advocatuurlijk

Hoe weinig 'uitgekristalliseerd' deze

9 *Advocatenblad* 2003, p. 224.

10 *Advocatenblad* 2002, p. 90.

11 *Advocatenblad* 2007, p. 253.

jurisprudentie ook moge schijnen, er is misschien toch wel een lijn in te onderkennen. De scheidslijn tussen advocaat-mediators die wél en die níét als advocaat onder het gedragsrechtelijke regime voor de advocatuur (behoren te) vallen, loopt mijns inziens daar waar de 'gewone', de 'algemene' mediator zich onderscheidt van de advocaat-scheidingsbemiddelaar.¹² Deze laatste verricht in de praktijk de typisch advocatuurlijke echtscheidingswerkzaamheden. De scheidingsbemiddeling is – om het Hof van Discipline te citeren – 'volgens de behoeften der samenleving gaan behoren' tot de werkzaamheden die zij, in beginsel als advocaat, verrichten. De scheidingsbemiddeling maakt een intrinsiek onderdeel uit van hun praktijkuitoefening als advocaat. Hun werk als zodanig zie ik als een uitbreiding van hun advocatuurlijke beroepsuitoefening en ik zie geen enkele rechtvaardiging om hen vanwege de toepassing van mediationstechnieken bij dat werk buiten het bereik van de advocatuurlijke gedrags- en tuchtregels te brengen. Maar waarom dan niet ook de mediators die in zakelijke geschillen bemiddelen tussen commerciële ondernemingen? Het antwoord is eenvoudig: omdat dat werk véél minder verwantschap heeft met de beroepsuitoefening van de advocaat, de partijdige belangenbehartiging. Dat wordt niet anders door het feit dat advocaten, naast anderen, als mediator opereren. In tegenstelling tot het werkterrein van de scheidingsbemiddelaar, is het optreden als mediator in civiele en handelszaken immers geenszins tot advocaten beperkt. Men raadplege slechts de cv's van mediators op de website van het NMI.

Waarheidsvinding versus verschoningsrecht

Maar heeft dit dan geen ongerijmde consequenties voor het verschoningsrecht? Hoe te rechtvaardigen dat aan advocaten-scheidingsbemiddelaars wél en aan advocaten-mediators in handelszaken

níét het functionele verschoningsrecht van de advocaat toekomt?

De grondslag van het verschoningsrecht ligt in het rechtsbeginsel dat bij de vertrouwenspersonen die over het verschoningsrecht beschikken 'het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden'.¹³ Is de mediator zo'n vertrouwenspersoon? Gaat het bij hem om 'bijstand en advies'? Is het een zwaarwegend maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk om bijstand en advies tot een mediator moet kunnen wenden zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene? En zo ja, weegt dat belang dan zwaarder dan de waarheidsvinding in rechte? Niet altijd, zou ik willen antwoorden. In civiele en handelszaken, die lang niet in dezelfde mate ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer als echtscheidingen, zal voorsnog in de regel het maatschappelijk belang van de waarheidsvinding prevaleren. Maar met betrekking tot de zoveel persoonlijker problematiek van een echtscheiding en daarmee samenhangende kwesties als voogdij, omgangsregelingen en dergelijke is verdedigbaar dat de balans verschuift, en dat de persoonlijke levenssfeer wordt beschermd door het 'kogelvrije vest van het beroepsgeheim', zoals het functionele verschoningsrecht ooit door prof. mr. L.H.A.J.M. Quant zo fraai is getypeerd.

Scheidslijn

Op basis van de huidige praktijk zou ik er dus voor willen pleiten dat op advocaten-scheidingsbemiddelaars de voor advocaten geldende gedrags- en andere regels onverminderd van toepassing zijn. Voor advocaten die, incidenteel, buiten dat terrein als mediator optreden, zouden die regels wat mij betreft niet hoeven te gelden, behoudens de door de Amsterdamse Raad al toegepaste marginale toetsing, zoals die ook geldt voor curatoren.¹⁴

12 Dit onderscheid uit zich bijvoorbeeld ook in het feit dat de Nederlandse Orde van Advocaten twee afzonderlijke specialisatieverenigingen (er)kent, de Vereniging van Familierechtadvocaten en Scheidingsbemiddelaars en de Nederlandse Vereniging van Mediation Advocaten.

13 HR 25 september 1992, NJ 1993, 467, nt. HJS (Van Eijk/Tomol).

14 HvD 19 juni 1989, 1149. Vgl. ook HvD 15 december 2000, 2980, *Advocatenblad* 2002, p. 97.