

Een nieuwe rol voor de advocaat

**Monique van de Griendt
en Eva Schutte**

Leden van de werkgroep Mediation van de Orde van Advocaten, NMI-gecertificeerde mediators en oud-advocaat en advocaat.

De advocaat zal zijn cliënt moeten adviseren of mediation de voorkeur geniet boven een procedure en cliënt desgewenst begeleiden (coachen) tijdens de mediation.¹ Is het wenselijk of noodzakelijk dat de relatie met de andere partij in stand wordt gehouden, dan is dit een duidelijke indicatie voor het kiezen van mediation. Het belang van een spoedige oplossing van het conflict, bijvoorbeeld als partijen los van elkaar een snelle nieuwe start willen maken, kan bij de afweging een rol spelen. Verder zal de advocaat met zijn cliënt het 'beste alternatief zonder onderhandelen' moeten nagaan. In dit kader zullen ook de risico's van een procedure moeten worden ingeschat en zal moeten worden bedacht wat een verloren procedure voor de cliënt betekent.

Mediation is slechts mogelijk indien alle partijen voor deze wijze van conflictoplossing kiezen. Het kan zo zijn dat één van de partijen nog niet overtuigd is van de wenselijkheid van mediation. Ook hier kan een belangrijke rol voor de advocaat zijn weggelegd. Deze zal het gezamenlijk belang dat partijen hebben bij een oplossing door middel van mediation kunnen aangeven. Daarvoor is nodig dat de advocaat het conflict ook vanuit de andere partij beschouwt en aldus tevens de belangen van de andere partij nagaat. Voorzover mogelijk zal eveneens het 'beste alternatief zonder onderhandelen' van de andere partij moeten worden gezien. Ook

Rechters kunnen vanaf vandaag actief doorverwijzen naar mediation. Advocaten zullen zich daarom moeten verdiepen om cliënten goed te kunnen informeren en eventueel te begeleiden. Er moet verder gekeken worden dan alleen het belang van de cliënt, er wordt met mediation immers een oplossing beoogd die recht doet aan de belangen van alle partijen. De praktische kant van mediation wordt belicht door Van de Griendt en Schutte. Verkijk beantwoordt vervolgens enkele juridische vragen, onder andere over de aansprakelijkheid van de adviserende advocaat.

Een actieve houding van de advocaat in een bepaalde fase kan polariserend werken

dit aspect kan immers meespelen bij de beslissing voor mediation te kiezen.

DE AANWEZIGHEID VAN DE ADVOCATEN BIJ DE MEDIATION

Zijn partijen het eens over de keuze voor mediation dan zal moeten worden besproken in hoeverre de aanwezigheid van de advocaten bij de mediationbijeenkomsten gewenst is. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat advocaten vaak terughoudend zijn om met cliënten mee te gaan naar een mediationbijeenkomst. Ten onrechte, de aanwezigheid van advocaten bij de mediation werkt vaak positief. Dit is uiteraard wel afhankelijk van de opstelling van die advocaten. Staan zij afwijzend of terughoudend tegenover de mediation, dan zal dit negatief kunnen uitwerken. Zijn de advocaten echter bereid zich constructief op te stellen, dan kan dit partijen het bekende duwtje in de rug geven. Het is in ieder geval niet wense-

lijk dat slechts één van beide partijen zich laat bijstaan tijdens de mediation. Dit kan leiden tot onevenwichtigheid. Uiteraard zal ook het kostenaspect een rol kunnen spelen bij de afweging of de advocaten al dan niet aanwezig moeten zijn. Er kan ook worden afgesproken om niet iedere bijeenkomst bij te wonen.

Bij het rechtbankproject in Arnhem werd de deelname van advocaten, in ieder geval bij de eerste bijeenkomst gestimuleerd. Vaak werden de volgende bijeenkomsten zo gepland dat advocaten in elk geval telefonisch stand-by waren. Dit zorgde voor draagvlak bij de belangrijke achterban, die de advocaat is.²

HOE VIND JE EEN GOEDE MEDIATOR?

In overleg met de andere partij zal een mediator moeten worden (aan)gezocht. Een eerste voorwaarde voor kwaliteit is dat de mediator staat geregistreerd bij het NMI (Nederlands Mediation Instituut). Dit betekent dat de mediator de opleiding heeft gevolgd bij een door het NMI erkend opleidingsinstituut. Sinds afgelopen jaar is er een tweede kwaliteitsaspect toegevoegd door het NMI. Mediators met de nodige ervaring of diegenen die een extra examen hebben afgelegd, mogen de titel 'gecertificeerd mediator' voeren.

Verder zijn er, naast het NMI, verschillende beroepsorganisaties waarbij mediators

zijn aangesloten. Zo zijn in familierecht gespecialiseerde mediators vaak aangesloten bij de VFAS (Vereniging van Familierechtadvocaten en Scheidingsbemiddelaars) en mediators die zich richten op conflictoplossing binnen het bedrijfsleven bij het ADR-Centrum voor het Bedrijfsleven (het ACB). Ook kan bij diverse rechtbanken een lijst worden opgevraagd van aan die rechtbanken verbonden mediators.

DE ROL VAN DE ADVOCAAAT TIJDENS MEDIATION

Als de advocaat aanwezig zal zijn bij de mediation, is het belangrijk dat de advocaat tijdens de voorbereiding met zijn cliënt, aandacht besteedt aan de rolverdeling. De advocaat is tijdens een mediation geen procesver-

tegenwoordiger die op de voorgrond treedt. Hij heeft een andere, meer coachende rol. De advocaat dient aan zijn cliënt uit te leggen dat de mediator in beginsel het woord zal richten tot beide partijen en dat de advocaat zich wat meer op de achtergrond zal houden. Doet hij dit niet dan loopt de advocaat het risico dat zijn cliënt andere verwachtingen heeft van zijn bijstand en wellicht teleurgesteld raakt in de bijstand van zijn advocaat.

In de voorbereidingsfase voorafgaand aan de mediation kan een advocaat eventueel contact opnemen met de mediator om te bespreken wat de mediator van hem verwacht. Het spreekt voor zich dat dit geen gesprek mag zijn over de inhoud, maar kort contact kan bijdragen tot een goed verloop van de mediation gesprekken.

Foto: Patrick Post



Een mediator bouwt bruggen

Zoals hierna zal blijken is een mediation in een viertal fasen verdeeld. De rol van de advocaat kan in die verschillende fasen verschillen.

Startfase

Advocaten vervullen een belangrijke rol doordat zij als adviseur het van start gaan van de mediation kunnen vergemakkelijken. Zij hebben de cliënt goed geïnformeerd zodat deze beter beslagen ten ijs komt. Zij kunnen bij incidenten aan het begin van de mediation, wanneer partijen nog moeten wennen aan de mediation, een ondersteunende rol spelen.

In de startfase van de mediation zal de mediator met partijen de mediationovereenkomst bespreken. De NMI-mediators zullen vaak het NMI-model en het NMI-reglement hanteren. Het staat partijen vrij om over de inhoud van deze overeenkomst te onderhandelen. Het is de rol van de advocaat om te kijken of dat nodig is. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat ter versterking van het geheimhoudingsbeding, wordt onderhandeld over het opnemen van een boetebeding. Ook kan worden onderhandeld over wie de kosten van de mediator betaalt, of hoe deze kosten worden verdeeld. Als advocaten bij de mediation betrokken zijn, dan is het gebruikelijk dat zij de mediationovereenkomst meeteekenen.

Wellicht is het in bepaalde zaken nodig specifieke bepalingen op te nemen. Bijvoorbeeld in een mediation tussen een centrale cliëntenraad en een directie van een zorginstelling wordt in de mediationovereenkomst een extra bepaling opgenomen die regelt hoe de informatievoorziening tussen de centrale cliëntenraad en de lokale cliëntenraden zal lopen. De geheimhoudingsbepaling in het NMI-model is in dit geval niet toereikend. De advocaat heeft daarom een actieve rol waar het de mediationovereenkomst betreft.

Het is goed dat tijdens het eerste gesprek aandacht wordt besteed aan de rolverdeling.

1 Zie P.A. Wackie Eijsten, M. Pel, 'Mediationtips voor de advocaat', *Advocatenblad* 10 (18 mei 2001), p. 378-380.

2 Vergelijk 'Advocaten in mediations', *ADR Actueel*, augustus 2002, nr. 5.

Indien de mediator daar zelf niet bij stil staat, kan de advocaat er een vraag over stellen: 'Wat verwacht u van mij als advocaat?'

De exploratiefase

In de exploratiefase tracht de mediator de ins en de outs van iedere zaak te doorgronden. Waar gaat de zaak over, wat zijn de standpunten, wat zijn de achterliggende belangen, wat zijn de gemeenschappelijke belangen, welke emoties spelen een rol en wie oefent op de achtergrond invloed uit? In deze fase zal de mediator zich vooral tot partijen richten en zal de advocaat een terughoudende opstelling dienen te hebben. Een actieve houding van de advocaat in deze fase van het proces kan polariserend werken. Het gevaar is dan dat het conflict toch (verder) juridiseert.

Wel is het belangrijk dat de advocaat zijn cliënt ondersteunt. Vaak gaat van het feit dat de advocaat naast zijn cliënt zit al een coachend effect uit. Cliënten ervaren dat als extra steun waardoor ze rustiger worden. Voor een advocaat is het even wennen aan deze rol, omdat zij gewend zijn op de voorgrond te treden.

Wanneer partijen twisten over de feiten, kunnen advocaten de mediator behulpzaam zijn door de feiten gestructureerd ter tafel te brengen. Indien de mediator een aantal relevante feiten niet bespreekt is het belangrijk dat de advocaat hier aandacht voor vraagt. Dat kan hij zelf doen of via zijn cliënt. Zoals bij een zitting, kan een advocaat aan de mediator vragen om de bijeenkomst even te schorsen om met zijn cliënt te overleggen.

De mediator zal vaak de exploratiefase afsluiten met een opsomming van alle belangen van partijen en de gemeenschappelijke belangen. Een advocaat kan in dit stadium van het mediationproces de mediator helpen met het goed formuleren van deze belangen en het controleren dat er niet een wordt vergeten.

De advocaat moet stil staan bij uitvoerbaarheid en afdwingbaarheid van de vaststellingsovereenkomst

De onderhandelingsfase

De onderhandelingsfase is onderverdeeld in twee subfasen. De mediator zal starten met het genereren van opties door aan partijen te vragen mogelijke opties voor de oplossing van het geschil te noemen. Het is nog niet de bedoeling dat over deze opties inhoudelijk wordt gediscussieerd. Ook al is het in beginsel beter als de opties uit partijen zelf voortkomen, een advocaat kan in deze fase helpen om eventuele ideeën die hij zelf voor de oplossing heeft als optie naar voren te brengen. De creativiteit van een advocaat kan stimulerend werken.

Als de opties zijn gegeneerd, zal het loven en bieden beginnen. Dit zal gebeuren door de partijen met behulp van de mediator. De advocaat heeft in deze fase van het proces een bewakende taak. Hij dient zich ervan te vergewissen dat zijn cliënt niet iets overeenkomt wat nadelig voor hem is, zonder dat deze zich dat realiseert. Voorbeeld: in arbeidsrechtelijke geschillen dient de advocaat erop toe te zien dat door de overeenstemming de uitkeringsrechten van zijn cliënt geen gevaar lopen. De advocaat dient ervoor zorg te dragen dat over alle relevante punten afspraken worden gemaakt, zoals hoe om te gaan met de procedure en de eventuele verdeling van de griffierechten die al zijn gemaakt.

De afrondingsfase

Het belangrijkste in de afrondingsfase is het opstellen van de vaststellingsovereenkomst. Niet iedere mediator is jurist en kan een vaststellingsovereenkomst opstellen. En ook jurist mediators zien er vaak van af om dat te doen. De advocaat kan voorstellen om de vaststellingsovereenkomst op te stellen. Belangrijk is dat de inhoud van de vaststellingsovereenkomst concreet is zodat deze, indien noodzakelijk, kan worden geëxecuteerd. Immers, niet iedere afspraak die in een mediation wordt overeengekomen, is geschikt om ten uitvoer te worden gelegd. Een advocaat dient zich dat goed te realiseren. Het is aan de advocaat om stil te staan bij de uitvoerbaarheid en eventuele afdwingbaarheid.

In de praktijk zijn er verschillende mogelijkheden om een titel te verkrijgen voor wat in de mediation is overeengekomen. Bij een mediation verricht in het kader van een rechtbankverwijzing³ is het mogelijk om de vaststellingsovereenkomst als bijlage aan het proces-verbaal van comparitie van partijen te hechten. Hiervan krijgt men dan een grosse, die eventueel ten uitvoer kan worden gelegd. Een andere mogelijkheid is om de vaststellingsovereenkomst bij de notaris in een akte te laten vastleggen.

CONCLUSIE

Nu mediation een vaste vorm zal krijgen in ons rechtsbestel zullen advocaten steeds vaker geconfronteerd worden met mediation. Om hun cliënten goed te kunnen adviseren, dienen zij te weten wat mediation is en een adequate afweging te maken of de zaak van hun cliënt een goede kans heeft om in mediation te worden opgelost. Voorts dienen advocaten zich bewust te zijn van de (andere) rol die zij hebben als zij bij de mediation aanwezig zijn. ●

3 Bij sommige Rechtbanken wordt in een tussenvonnis waarbij een comparitie wordt bepaald een brochure over mediation bij het tussenvonnis gevoegd. De advocaten worden verzocht die informatie voor de zitting met hun cliënten te bespreken.