

Mediation, advisering en het nieuwe civiele procesrecht

Richard Verkijk

onderzoeker, advocaat en mediator,
Universiteit Maastricht

Vanaf vandaag, 1 april, kan elke rechtbank zaken gaan doorverwijzen naar mediation. Daarom moeten civiele advocaten op de hoogte zijn van uitgangspunten en praktijk van mediation. Vandaar in dit stuk enkele veelgestelde vragen over mediation en rechtspraak, en vragen over de aansprakelijkheid van de advocaat die verkeerd adviseert.

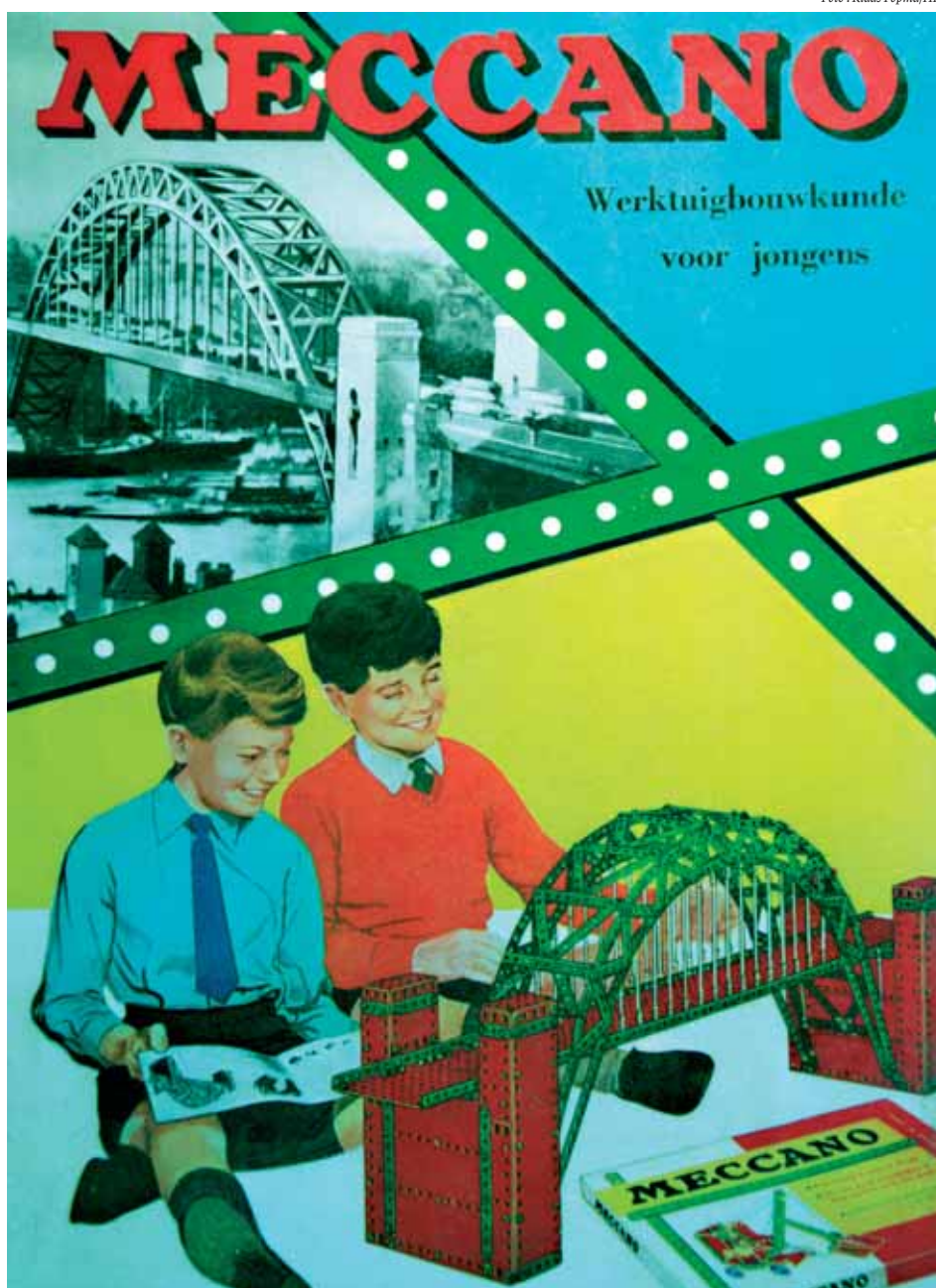
Advocaten en mediation, dat is niet *altijd* een goede combinatie. Advocaten staan hun cliënten niet makkelijk af aan een mediator en de aanwezigheid van advocaten bij mediations maakt de kans op succes niet groter. Zij zijn geneigd de juridische kanten van een zaak op te zoeken en dáár, in de juridische sfeer, oplossingen te vinden, door te procederen of te onderhandelen 'in the shadow of the law' (Mnookin). Denken in termen van rechten wordt daarentegen door mediators meestal niet hoog aangeslagen.

Vanaf 1 april aanstaande zetten alle rechtbanken een voorziening op om zaken te kunnen doorverwijzen naar een mediator. De rechtbanken zullen doorverwijzen naar gecertificeerde mediators, die bovendien nog aan een pakket aanvullende kwaliteitseisen moeten voldoen.¹ Minister Donner van Justitie denkt bovendien voor een periode van vijf jaar aan een vaste, niet al te hoge subsidie in de kosten van mediation. Het zou gaan om een bedrag van € 200.² Daarnaast komt er een aparte mediationtoevoeging op basis van de Wet op de rechtsbijstand. Daarin komt een aparte titel over mediation. In beginsel wordt de systematiek gevolgd van de Wrb, alleen wordt de eigen bijdrage gehalveerd.

Mag een advocaat gebruikmaken van de uit mediation verkregen vertrouwelijke informatie, gezien ook de nieuwe waarheidsplicht?

Na een mislukte mediation, als partijen toch gaan procederen, wordt art. 21 Rv bijzonder interessant. Art. 21 Rv gebiedt partijen om de feiten volledig en naar waarheid naar voren te brengen. Advocaten hadden al

Foto : Klaas Fopma/HFH



moeite met die bepaling, omdat die in sommige opzichten in strijd kan komen met hun geheimhoudingsplicht. Bij mediation wordt toepassing van deze bepaling nog interessanter. Art. 21 Rv zal vaak een dode letter blijven, omdat de achtergehouden informatie onbekend is bij de wederpartij. Dat verdient als die informatie dankzij een mislukte mediation wel bekend is geworden, maar dus vertrouwelijk moet worden behandeld. Wat als de wederpartij een suggestief beroep doet op art. 21 Rv, zonder zelf de vertrouwelijkheid te schenden?

In het verlengde van de informatieplicht ligt de bewijslevering. Het kan riskant zijn om de wederpartij als partij-getuige op te roepen. Dat risico wordt wat kleiner als de advocaat dankzij de mediation weet wat de wederpartij zou moeten zeggen, als hij de waarheid spreekt. Het is dan makkelijker om de juiste vragen te stellen om de informatie te produceren waar de advocaat al vertrouwelijk over beschikte.

Mag een advocaat nu gebruikmaken van de uit mediation verkregen informatie? In dit kort bestek kan ik de problemen slechts schetsen. De advocaat dient de dilemma's aan de cliënt uit te leggen en de cliënt te adviseren over diens grenzen aan aansprakelijkheid. Verder kan hier onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds informatie die vertrouwelijk is op grond van de professionele geheimhoudingsplicht van de advocaat (of die van de andere advocaat) en anderzijds de vertrouwelijkheid die kan worden vastgelegd in de mediationovereenkomst. Zeker als de advocaat zelf ook bij aanvang van de mediation heeft toegezegd informatie vertrouwelijk te behandelen, kan worden aangenomen dat hij onrechtmatig handelt en eventueel wanprestatie pleegt als hij de verkregen informatie inzet om een tactische voorsprong te krijgen. Dit handelen zou bovendien tuchtrechtelijk verwijtbaar zijn. Het zal uiteraard niet een-

voudig zijn aan te tonen dat de advocaat handelt op basis van de vertrouwelijke informatie.

Als de advocaat in de mediationovereenkomst geen vertrouwelijkheid heeft toegezegd en bijvoorbeeld pas later bij de zaak is betrokken, staat het hem of haar eerder vrij de informatie te benutten waar de cliënt mee komt. De cliënt heeft immers een eigen beslissingsruimte, en de advocaat hoeft die verantwoordelijkheid niet over te nemen maar moet zijn eigen afwegingen maken. Hier bevindt zich onmiskenbaar een grensvlak tussen wat ethisch toelaatbaar is en wat niet, maar dat er een mediation is geweest, dwingt de advocaat er niet toe te procederen met één hand gebonden op de rug.

De advocaat die bij de mediation toezegde om informatie vertrouwelijk te behandelen, handelt onrechtmatig als hij die informatie later inzet voor een tactische voorsprong

Komt het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM) niet in gevaar als rechters naar mediation verwijzen?

Dat zal niet snel gebeuren.³ Er mogen drempels zijn op de weg naar de rechter, als die maar niet zo hoog zijn dat daarmee de toegang tot de rechter niet meer effectief is. Voorbeelden: griffierecht, verplichte procureursbijstand. Pas als er bijkomende omstandigheden zijn, zoals zeer hoge kosten voor

mediation, druk op een partij om in te stemmen met een overeenkomst die hij eigenlijk niet wil of als er veel tijdsverlies is, komt het recht op toegang tot de rechter in gevaar. In sommige omstandigheden zullen ook persoonlijke omstandigheden van een cliënt een rol spelen, bijvoorbeeld als een vrouw er echt niet tegenkan om met haar ex-man te worden geconfronteerd – of andersom.

Kan in geval van een mediationclausule in een arbeidsovereenkomst de werknemer worden verplicht mediation te proberen?

Dwingend recht kan vanzelfsprekend niet door mediationclausules opzij worden gezet. Verder is er in de jurisprudentie wel wat variatie te vinden.

Ondanks een mediationbeding is de werkgeefster ontvankelijk in haar verzoek nu art. 7:685 BW bepaalt dat ieder der partijen *te allen tijde* bevoegd is zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden (PRG 2003, 6008 Ktr. Almelo 14 november 2002 – curs. toegevoegd). Dus ook indien tussen partijen een mediationtraject is afgesproken. Deze Almelse motivering is niet steekhoudend: bij arbitrageclausules is een ontbindingsverzoek immers niet-ontvankelijk, ondanks de geciteerde letter van de wet.

Genuanceerder is Rechtbank Amsterdam 16 oktober 2002, NJ 2003, 87: de mediationclausule is niet op één lijn te stellen met een arbitraal beding en een overeenkomst tot bindend advies. Maar de rechtbank ontwaart wel een inspanningsverplichting om mediation te proberen. De rechtbank gaat niettemin in casu toch voorbij aan het mediationbeding, want de gedaagde beriep zich pas in de procedure op het mediationbeding, en bovendien is mediation een vrijwillig proces waaruit partijen zich dus altijd kunnen terugtrekken. Dit laatste lijkt vooral een pragmatische overweging.⁴

1 Zie *ADR Actueel* december 2004, NMI-berichten. Bij het lopende project Mediation naast rechtspraak werden NMI-registratie en ervaring als voldoende kwaliteitseisen beschouwd.

2 Zie de notitie *Mediation in het rechtsbestel* d.d. 19 april 2004, Tweede Kamer 2003-2004, 29 528, nr. 1; de Tweede Kamer is akkoord na het overleg met de

minister van Justitie, van 20 januari jl.

3 Zelfs als partijen verplicht worden een poging tot mediation te doen, betekent dat m.i. nog niet dat art. 6 EVRM wordt geschonden. Voor de opvatting van de Minister van Justitie, zie zijn antwoorden op Kamervragen over de notitie *Mediation en het rechtsbestel* (noot 2) d.d. 14 september jl.,

<http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/96B385DD-7042-4D3E-967E-8A9EDC109F1B/0/notitiebijbriefkamermediationenhetrechtsbestel20040914.pdf> p. 3.

4 Vergelijkbaar oordeelt Rb. Haarlem, 2 juni 2002, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl/LJN/AQ2615.

In een zaak met een *minitrial*-beding gaat de Rechtbank Arnhem er bijna klakkeloos van uit dat eiser niet-ontvankelijk is (geen arbeidszaak). Het gaat het hier ook om een niet-bindende vorm van ADR; misschien zou Rechtbank Arnhem ook een beroep op een mediationclausule honoreren (Rb. Arnhem 14 januari 2004, *LJN AO3003*).⁵

De omgekeerde situatie is ook interessant. Het wordt beloond als een werkgeefster aanbiedt mediation te proberen. De werkneemster, die ontbinding vraagt van de arbeidsovereenkomst, kan dit niet zomaar naast zich neerleggen (*PRG 2000/5568* Ktr. Eindhoven 20 oktober 2000). De werkneemster krijgt tegengeworpen dat zij te weinig heeft gedaan om de arbeidsrelatie te verbeteren, zoals bijvoorbeeld ingaan op het voorstel van de werkgeefster om het geschil voor te leggen aan een mediator. Zij krijgt geen vergoeding.⁶

Hoe zit het met aansprakelijkheid voor advisering in dezen?

De advocaat adviseert in het kader van de overeenkomst van opdracht met de cliënt. Het enkele feit dat een advocaat verkeerd adviseert, schept nog geen civielrechtelijke aansprakelijkheid. Er is pas sprake van aansprakelijkheid op grond van verzuim – bij beroepsbeoefenaren een beroepsfout – als ‘een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in de gegeven omstandigheden het advies niet zou hebben gegeven’.⁷ Een bekwaam advocaat houdt onder meer de literatuur en jurisprudentie bij. Een advocaat kan tuchtrechtelijk worden veroordeeld zonder dat dit tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leidt. Omdat echter civielrechtelijk de maatstaf van ‘een redelijk handelend vakge-

noot’ het criterium is, zal tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen jegens de cliënt (zoals verkeerd adviseren) een factor zijn bij de bepaling van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Een advies is een beredeneerde aanbeveling om een bepaalde keuze te maken, tot handelen of nalaten.⁸ Hieronder valt mijns inziens ook dat de advocaat de cliënt de keuze laat. Bijvoorbeeld: ‘Er zijn verschillende mogelijkheden, namelijk ... *et cetera*. Daarvan zijn dit (...) de voor- en nadelen, en de kansen op succes. Nu bent u zodanig geïnformeerd dat u zelf kunt kiezen.’ Dat is niet anders omdat de advocaat *dominus litis* is en dus verantwoordelijkheid draagt voor het entameren van de volgende (processuele) actie. Dat de advocaat *dominus litis* is, bete-

Een ‘redelijk bekwaam advocaat’ die een procesadvies geeft, moet medegezien de aansprakelijkheid op de hoogte zijn van voordelen en nadelen van mediation

kent in dit verband alleen dat hij of zij niet verplicht is aanwijzingen van de cliënt op te volgen.⁹

Kortom, een redelijk bekwaam advocaat die een procesadvies geeft, moet op de hoogte zijn van voordelen en nadelen, kansen en risico’s van mediation. Zeker nu er bij elke

rechtbank een verwijspunt wordt ingericht, zullen advocaten regelmatig worden geconfronteerd met de keuze voor of tegen mediation.

Wat als de cliënt mediation gaat proberen en daardoor een vervaltermijn verstrijkt?

Een advocaat kan aansprakelijk zijn als door een mediationpoging een vervaltermijn verstrijkt, maar deze aansprakelijkheid kan worden voorkomen door de cliënt op het risico te wijzen en – zonodig zelfs zelfstandig – het nodige te doen om die nadelige consequenties te voorkomen. Het informeren van de cliënt moet in beginsel schriftelijk worden vastgelegd, gelet op de vaste rechtspraak daarover van het Hof van Discipline.

Is de (adviserende) taak afgesloten als de cliënt eenmaal tot mediation heeft besloten?

De advocaat dient mede te bewaken dat de afspraken over vertrouwelijkheid van de mediation duidelijk zijn. Gedurende het mediationtraject zal de advocaat de cliënt bovendien gevraagd en ongevraagd van juridisch advies moeten dienen. De aanwezigheid van de advocaat bij de mediation zelf wordt door de rechter beschouwd als een waarborg dat de cliënt geen onverstandige dingen doet.¹⁰

Ten slotte is het een belangrijke waarborg dat de advocaat een eventuele vaststellingsovereenkomst van tevoren toetst, en deze toetsing ook van tevoren bedingt. De advocaat kan bijvoorbeeld in de mediationovereenkomst de clausule laten opnemen dat er pas een bindende afspraak is als deze op papier staat én als de advocaat heeft bericht dat de cliënt zich eraan gebonden acht. ●

5 P. van Schelven, ‘Mediationregeling in IT-contract gepasseerd. De procesrechtelijke sanctie volgens de Rechtbank Arnhem’, *TMD* 2004, p. 40.

6 Net als de werkneemster in *PRG 1998/5069* Ktr. 16 september 1998: ‘Zo vermag de kantonrechter niet in te zien waarom Van Santen niet, ook niet enige tijd na haar ziekmelding, is ingegaan op het voorstel van De Jong om de problemen in een mediationprocedure bespreekbaar te maken.’

7 Vgl. de noot van Vranken bij HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 420, (nalatig advocaat).

8 Ik volg hierin J.M. Barendrecht, ‘De schimmige status van het advies, Naar een privaatrechtelijke regeling van de verplichtingen van adviseurs’, *NJB* 1999, p. 1361, ondanks de kritiek van S.C.J.J. Kortmann, *Het professioneel juridisch advies*, Preadvies NJV, Kluwer, Deventer 2004.

9 Omdat de advocaat, als *dominus litis*, zelfstandig moet nagaan welke mogelijkheden de cliënt heeft, zou zelfs betoogd kunnen worden dat (mede ter voorkoming van aansprakelijkheid) de advocaat in bepaalde gevallen mediation ter sprake moet brengen.

10 Hof Amsterdam 18 december 2003, *NJF* 2004, 164: ‘Naar aangenomen mag worden, waren juist de advocaten van partijen aanwezig teneinde hun cliënten bij te staan, te voorzien van deskundig advies en te behoeden voor het nemen van onjuiste beslissingen.’