

Uit:
"Praktisch Opgelost:
Mediation als methode van
conflicthantering"
SDU uitgevers 1998

VII De advocaat als mediator

Mr J.M. Bosnak

1 Vooraf

Het navolgende artikel is een vergaarbak van onderwerpen die verband houden met conflictbemiddeling en die nog niet aan de orde zijn gekomen in deze bundel of nog nader uitgewerkt moeten worden.

Een serie gedachten, aaneengeregen door een dun koordje, te weten het uitgangspunt, dat achter onze dijken de bodem bij uitstek vruchtbaar is voor de ontwikkeling en bloei van consensus, dus conflictbemiddeling.

2 De A van ADR

Conflictbemiddeling is hier niet 'alternatief'.

Als wij bemiddeling een vorm van 'alternatieve' geschillenoplossing noemen, dan spreken wij vanuit de Amerikaanse rechtscultuur. Voor de Nederlandse situatie draaien wij de zaak om. Niet de minnelijke oplossing van conflicten, maar het rechterlijk ingrijpen is de uitzondering op de regel, - dát is dus het alternatief.

Ik verwijs naar de bijdrage van Doeleman in deze bundel,¹ die constateert dat slechts een zeer gering deel van de door advocaten behandelde geschillen voor de rechter komt. Vervolgens terugredenerend kan ervan uitgegaan worden dat lang niet alle juridische geschillen aan een advocaat worden voorgelegd; en ten slotte, vooraan in de rij: er wordt meestal niet gekozen voor een juridische oplossing in een geschil.

Miek Berends schrijft daarover in haar proefschrift, dat ook nog elders in dit artikel aan de orde zal komen:²

'De keuze voor een enkel "juridische" oplossing is slechts één van meerdere mogelijkheden. Van alle claims georiënteerd op sociale regels leidt waarschijnlijk slechts een klein deel tot conflicten, terwijl van het geheel van de al dan niet conflictueuze claims eveneens slechts een klein deel op enig moment in haar bestaan in het juridische systeem, bijvoorbeeld de advocatuur, belandt.'

Zij onderscheidt in het voorportaal van de juridisering een drietal geschilbeslechttingsvormen die het meest voorkomen: *laten zitten* (lumping it); *terugtrekken* (exit) en *eigen richting* (self-help)³. Zij constateert dat de geschilbeslechttingsmogelijkheden en de keuzes die betrokkenen maken varia-

bel zijn, afhankelijk van een groot aantal, met name niet-juridische, factoren.⁴ Voor professionele rechtshelpers is het goed om vanuit de wetenschap bevestigd te zien wat zij in feite intuïtief zouden moeten weten maar wellicht door beroepsdeformatie zijn vergeten: de conflicten die zij ter behandeling aangeboden krijgen vormen slechts een topje van de ijsberg; de overgrote meerderheid krijgen zij nooit te zien.

Aan conflictvoorkoming en -oplossing zoals in dit boek behandeld, is dus niets alternatiefs.

Dat is altijd al zo geweest.⁵ Sinds de mens mondig is, dopt hij zijn eigen boontjes; een derde wordt er pas dan bijgehaald wanneer hij er met zijn 'conflict-partner' zelf niet uit kan komen. Historisch is overigens de eerste keer wanneer twee strijdende partijen hun conflicten bindend door een derde laten oplossen, een moment van groot belang. Was het aanvankelijk zo dat bij een onopgelost conflict degene met de grootste macht gelijk kreeg, nadat het primaat van de rechtsorde was ingesteld, was het een geschilbeslechter die voor partijen de knoop doorhakte. De 'primitieve' wijze van conflictoplossing had en heeft met de rechtsstatelijke echter gemeen, dat beide systemen ervan uit gingen c.q. gaan dat partijen tegenover elkaar staan en er alleen maar één overwinnaar, één verliezer is.

In zoverre bestaat er dus geen verschil tussen de strijd met de knuppel en die met de 'regelen des rechts'.

Zoals hierboven al vermeld, is (gelukkig) een dergelijke oplossing uitzondering. Zou dat niet het geval zijn, dan zouden onmiddellijk de stoppen van het rechtssysteem doorslaan.

Er kan nog steeds vanuit worden gegaan, dat de doorsnee-mens liever in vrede leeft, en in beginsel dus ook aan een minnelijke regeling de voorkeur geeft. Dat is dus niet alleen in het belang van het individuele welbevinden van de mens, maar ook in het algemeen belang. Zo denken wij daar in Nederland althans in grote meerderheid over.

Toch is er een aparte categorie conflicten, waarin, op grond van datzelfde algemeen belang, beter geen compromissen gesloten kunnen worden. Daarin moet een voor allen geldende interpretatie van zo'n 'regel des rechts' worden gegeven.

In zo'n geval moet de Wijze het verlossende woord spreken, zodat de goegemeente weet waar men zich aan te houden heeft. Jammer is alleen dat, voorzover zo'n fundamentele rechtsvraag niet wordt beantwoord via optreden van de Consumentenbond, Organisaties voor Gelijke Rechten en andere Collectiviteiten, deze conflictbeslechting over de ruggen van de justitiabele moet gaan. In 'De Hoge Raad van onderen'⁶ worden daarvan onthutsende voorbeelden gegeven.

Er zijn schrijvers die conflictbemiddeling als beslechttingsmethode afwijzen

omdat dit afbreuk zou doen aan de jurisprudentie-scheppende taak van de rechter. De Roo en Jagtenberg citeren het uitgangspunt van deze 'legalists' in hun dissertatie 'Settling labour disputes in Europe':⁷

'Law expresses important public values which should never be compromised. Therefore, only court based adjudication is held to be an appropriate method of dispute settlement, at least for disputes over rights.'

Deze theorie lijkt me enigszins te vergelijken met vivisectie: 'operatie geslaagd, patiënt overleden'.

De proponenten van deze theorie zijn in elk geval geen practici.

De Roo en Jagtenberg menen dan ook, dat eerder normatieve aannames dan empirisch onderzoek aan deze gedachten ten grondslag liggen.

Bovendien: deze theoretici kunnen gerust zijn: ook als mediation een grote vlucht neemt, blijven er hier te lande voldoende *Prinzipienreiter* over om bij te dragen aan de rechtsvorming. Het zijn de cliënten die zeggen: 'meester, ik betaal veel liever uw declaratie dan de vordering van die schurk'. Dat zijn prettige cliënten, mits met mate gedoseerd. Zij zorgen ervoor dat de advocaat procedures kan blijven voeren en zijn *Fingerspitzengefühl* handhaaft c.q. verder ontwikkelt. Dit onderscheidt hem immers van andere juristen en maakt hem bij uitstek geschikt de overige justitiabelen te begeleiden bij het voorkomen van rechtsgedingen. Bijvoorbeeld als mediator.

'A conciliator needs fighting experience' luidt dan ook de eerste stelling van De Roo en Jagtenberg bij hun proefschrift.

3 De advocaat-mediator: een contradictio in terminis?

Mediation betreft dus die geschillen die niet door het voorportaal van de juridische beslechting komen.

Wat is er dan zo aantrekkelijk aan mediation voor juristen en, vreemder nog, voor advocaten - zij die zich immers bij uitstek bezighouden met het beklimmen van het hiervoor gereleveerde topje van de ijsberg?

Hoe komt het dat de meeste mediators juristen zijn, en een groot deel daarvan advocaten? Lijden zij aan een chronisch tekort aan zelfkennis en -kritiek of hebben zij een 'groeimarkt' ontdekt waarop zij zich uitsluitend op commerciële motieven werpen, nu zij zich op hun traditionele markten bedreigd voelen door de aanstormende concurrentie?

Het zijn niet de minsten die hen inderdaad minder geschikt achten.

Karskens:⁸

'Als jurist is de advocaat eigenlijk helemaal niet geschikt voor zo'n bemiddelende rol, omdat de regels en procedures van de rechtsorde zijn eigen vlees en bloed zijn.'

McGillavry:⁹

'Daarbij in aanmerking genomen dat de advocaten in de meeste gevallen meevibreren met het ruziemodel dat de partners beheerst, betekent dit dat advocaten een mogelijke schikking kunnen blokkeren terwijl cliënten daar zelf daar eigenlijk al aan toe zijn.'

De Roo:¹⁰

'Het is maar zeer de vraag of advocaten/notarissen de beste conflictbemiddelaars zullen zijn. Ik denk hier slechts aan het steeds moeten wisselen van rol.'

Mijn stelling is, dat de Nederlandse advocaat juist bij uitstek geschikt is als mediator, mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. In zoverre is dit artikel een vervolg op de bijdrage van Doeleman in deze bundel.

Evenals hij dat doet, ga ik ervan uit, dat mijn stelling niet opgaat voor de confrère of collega die ongeacht de zaak, altijd begint met vanuit de heup te schieten.

Natuurlijk, soms is het nodig om fors in te zetten om de balans in evenwicht te brengen.

Maar in beginsel houdt een rechtgeaard advocaat, die het belang van zijn cliënt vooropstelt, deze al snel voor: 'ik procedeer graag voor u, het is mijn vak, maar liever nog zie ik u zich met uw vak bezighouden: zaken doen, zo mogelijk ook met de tegenpartij, en niet procederen.

Waarop is mijn stelling nu gebaseerd?

Laat ik beginnen met een onverdachte bron: Miek Berends weerlegt in haar al genoemde dissertatie het algemeen geldende misverstand van de escalerende advocaat. Zij constateert:

'Hoewel de zaken die de advocaat te behandelen krijgt procesgericht zijn, komt het niet vaak tot een procedure, zeker geen volledige.'¹¹

Hoe dat komt, zou als volgt worden verklaard.

Mijn uitgangspunt is, dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen de aanpak van een advocaat en die van een jurist in het algemeen - en ik beperk mij nu tot de vermogensrechtelijke praktijk.

Zo'n jurist is iemand die het geheel van interacties tussen groepen en individuen beschouwt binnen het bestaande begrippenkader van wet en jurisprudentie. Als adviseur tracht de jurist de wensen van zijn cliënt in te passen in dat kader. Gaat het om interacties tussen cliënt en anderen, dan wordt deze inpassing geconcretiseerd in een contract.

In een conflictsituatie is de advocaat de jurist die voor de cliënt het ultieme wapen (of voor gedaagden: het ultieme schild) kan hanteren: de dagvaarding (of de conclusie van antwoord/ eis in reconventie). Hij moet de wensen en verwachtingen van zijn cliënt zo duiden dat de rechter de overtuiging krijgt

dat *deze* interpretatie inderdaad de juiste is, die van de weder-partij onjuist. Een andere mogelijkheid is er niet - tenzij partijen (bijvoorbeeld ter gelegenheid van een comparitie) alsnog de onderhandelingen hervatten. Naarmate een advocaat meer ervaring opdoet, bekruipt hem steeds meer het onbevredigende gevoel, dat zijn instrumentarium te beperkt is. Maar al te vaak merkt hij, dat partijen in hun eigen, subjectieve beleving van de feiten, beiden oprecht menen het grootste gelijk te hebben. Alleen: het is maar één van partijen die het gelijk ook *krijgt*. Vaak komt dat door bewijsnood. Het verliezen van een zaak omdat de bewijswaardering nèt de andere kant opging, is (extra) onbevredigend. In de bundel *Overheidsrechter gepasseerd*¹² schrijven Kerkmeester en De Mulder:

‘Voor conflictbeslechting door een overheidsrechter geldt in het algemeen dat de genomen beslissing een alles-of-niets karakter heeft. De door een eiser ingediende vordering wordt in zijn geheel toe- of afgewezen. Een rechter kan de vordering niet matigen om reden dat hij er onzeker van is de juiste beslissing te hebben genomen. Wanneer bijvoorbeeld voor 70% zeker is dat de eiser “gelijk heeft”, zal dit niet leiden tot een toewijzing van 70% van de eis. Het gevolg hiervan is het verschijnsel dat de ‘instabiliteit van de oplossing’ wordt genoemd. Een kleine wijziging in bijvoorbeeld de waardering van een bewijsmiddel, kan leiden tot een grote wijziging in de uitspraak. Dit onzekerheidsaspect kan voor procespartijen bijzonder onplezierig zijn.’

Had de student, die zich aan het voorbereiden was voor een loopbaan in de advocatuur, op de universiteit nog de indruk gekregen, dat de daar aange-reikte juridische gereedschapskist, (van botte bijl tot lancet) een adequate uitrusting vormt voor een gedegen beroepsuitoefening, reeds spoedig merkt hij dat in de praktijk de inhoud van zijn ‘toolkit’ ontoereikend is.

In de normale procedures (die welke zich binnen de gebruikelijke juridische kaders afspelen), zal de advocaat daarmee moeten leven - hoewel mediation-technieken ook in die gevallen het werk verrijken.

Daarnaast kan de advocaat zich echter als mediator-pur-sang uitleven, waarbij hij niet hoeft te opereren binnen het juridisch keurslijf. Hij voelt dat als een *verademing*.

Kortom, de goedgetrainde advocaat is niet alleen geschikt als mediator, hij/zij vindt het bovendien buitengewoon aantrekkelijk omdat het een welkome aanvulling is op zijn traditionele beroepsuitoefening. Het is alsof hij iets heeft gevonden wat ontbrak. Ook hij is immers deel van de Nederlandse samenleving, waar compromis regel en conflict uitzondering is.

4 Voetangels en klemmen

Een jurist, en in het bijzonder een advocaat, heeft, alvorens te bemiddelen, veel te leren en vooral af te leren.

In zijn even beknopte als praktische boekje *De jurist als bemiddelaar*¹³ citeert Loonstra met instemming De Roo en Jagtenberg: 'Wie wil bemiddelen moet veel afleren'; en Minkjan: 'Een goedwillende, maar onervaren jurist kan verwoestend werken op schikkingsopties in een commercieel dispuut'. Terecht bepleit Doeleman in onze bundel dat de advocaat-bemiddelaar minstens 10 jaar ervaring moet hebben.

Daaraan moet nog worden toegevoegd dat hij/zij zich bovendien intensief dient te bekwamen in de specifieke vaardigheden van het bemiddelingsambacht. Met name juristen moeten heel wat beroepsdeformatie afleggen. Dat is het eerste wat zij leren op een goede mediation-training. Zij zijn immers gewend om te adviseren en beslissingen voor te leggen aan hun diensten - ja zelfs wordt vaak van de jurist verwacht dat hij voor de cliënt beslist.

Bij mediation is dat een doodzonde.

Het druist in tegen de fundamentele regel dat partijen zelf beslissen en dat zij dat niet aan een ander moeten overlaten.

Dat is de meerwaarde van mediation boven elke andere vorm van conflict-oplossing¹⁴.

Dat betekent dat de bemiddelaar *als adviseur* een passieve houding moet aannemen. Hoeveel mag/moet hij daarin gaan? De adviescommissie ADR van de Nederlandse Orde van Advocaten¹⁵ stelt:

'Hij is als bemiddelaar geen adviseur of belangenbehartiger van één of meer partijen. Hij ondersteunt slechts partijen door informatie en procesbegeleiding in het vinden van een oplossing.'

Ik ben van mening dat in het verstrekken van informatie de mediator de uiterste terughoudendheid moet betrachten. Hij zal zich moeten beperken tot informatie over vaststellingsovereenkomsten in het algemeen. In voorkomende gevallen zal hij partijen erop moeten wijzen, dat hun afspraak geenszins vrijblijvend is. Zij strekt hun tot wet.

Wel is het een voordeel wanneer juridische kennis en praktijkervaring aanwezig zijn, omdat er, met name over dit aspect, nogal wat juridische problemen op de loer liggen. Zo kan ik het met De Roo en Jagtenberg¹⁶ niet eens zijn, waar zij stellen dat 'een apert onredelijke onderhandelings- of schikkingsafpraak steeds alsnog aan rechterlijke toetsing onderworpen kan worden'. Indien zij daarmee beogen een beroep te doen op vernietiging op grond van BW 7:904.1 ('indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid on-

aanvaardbaar zou zijn, is die beslissing vernietigbaar') zal zo'n toetsing tot niets leiden. Dit artikel ziet immers op een bindende beslissing *van een partij of van een derde*. De vaststellingsovereenkomst na mediation is evenwel een beslissing van *beide partijen tezamen*.

Ook vernietiging wegens dwaling van een vaststellingsovereenkomst is maar zeer beperkt mogelijk.¹⁷

In voorkomende gevallen mag de mediator wèl informatie verstrekken over bepaalde regels van dwingend recht. Hij mag, nee hij moet er immers op wijzen dat afspraken die *naar inhoud of strekking in strijd komen met de goede zeden of de openbare orde* (BW 7:902 laatste zinsnede) nietig zijn. Sterker nog: hij zal partijen niet behulpzaam mogen zijn met het opstellen van zo'n vaststellingsovereenkomst.

De mediator zal partijen in voorkomende gevallen moeten verwijzen naar adviseurs. Deze situatie kan zich ook voordoen wanneer één van de partijen duidelijk de zwakkere is. De mediator moet dan aan de andere partij uitleggen dat hij evenwicht tussen partijen nodig heeft om zijn neutraliteit te behouden.

Het spreekt vanzelf dat dit een uiterst heikele materie is, waarin de mediator met de grootste behoedzaamheid moet manoeuvreren.

Tenslotte: een eigenschap die een mediator nodig heeft en die wellicht moeilijk aan te leren is, is bescheidenheid¹⁸. Idealiter moeten partijen die hun conflict zelf oplossen, weinig van de katalyserende werking van de mediator merken.

Ik kom terug op het leren en afleren.

Daartoe worden uit het buitenland, voornamelijk vanuit de Angelsaksische praktijk, een aantal technieken aangereikt die binnen de Nederlandse cultuur een gunstig klimaat vinden om te kunnen gedijen.

Het absorberen van buitenlandse invloeden is ons immers niet vreemd.

5 Mediation, juridisering en rechtscultuur

In deze bijdrage wordt conflictbemiddeling uitsluitend geplaatst binnen de Nederlandse context. Voor de Verenigde Staten met hun 'litigation explosion' is de situatie anders: daar leeft immers de diepgewortelde gedachte dat 'everyone has his day in court'. Buitengerechtelijke conflictbeslechting is daár dan ook met recht alternatief te noemen.

In Nederland is dat anders.

Waar Schuyt¹⁹ constateert dat op vele gebieden in Nederland juridisering

plaatsvindt (hij bedoelt daarmee, dat in het ordenen van sociale relaties het primaat van het sociale verschuift naar het juridische) relativeert Bruinsma dit verschijnsel²⁰. Deze vergelijkt onder andere de rechtsculturen van de Verenigde Staten en Japan als uitersten op de juridiseringsschaal. Het noemt in dit verband Nederland het Japan van het westen: 'because of its non-legalistic leanings Dutch legal culture favours a pragmatic public administration, a mild penal climate and an informal civil justice.'

Ik voeg daaraan toe dat in Europa de Bondsrepubliek ten opzichte van Nederland aan de andere kant van de schaal staat. Zo vermeldt de Deutsche Anwalt-Verein dat advocaten circa 70% van de zaken zonder beroep op de rechter afdoen.²¹

Vergelijk dat eens met de twee à drie procent van de conflicten, die hier vanuit de advocatuur tot de rechter doordringen;²² verdisconteer daarbij de maatschappelijke filters vóórdat men hier te lande de bijstand van een advocaat inroept en die in Duitsland niet bestaan;²³ dan is 30% veel.

Het verbaast dan ook niet dat men in Duitsland probeert een verplichte mediation-procedure in te voeren, als voortraject voor bagatelprocedures.

De conclusie is dat in Nederland mediation onder te brengen valt in een reeds lang bestaande traditie van buitengerechtelijke geschillenbeslechting.²⁴

Wij zijn niet voor niets het land van onvertaalbare begrippen zoals 'gedoogbeslissingen', het 'regelen' van zaken; 'georganiseerd (al of niet tripartite) overleg', kortom: het poldermodel.

Mediation from behind the dykes.

Niets nieuws onder de zon dus.

Mr J.M. Bosnak (1944) is partner bij Derks Star Busmann Hanotiau Advocaten. Hij heeft een algemene civielrechtelijke praktijk met als bijzondere aandachtspunten Bouwrecht, Aanbestedingsrecht en Internationaal Contracten- en Procesrecht. Op dit laatste gebied heeft hij gepubliceerd. Daarnaast treedt hij op als mediator, bij voorkeur op bovengenoemde gebieden. Ook hierover publiceerde hij.

Bosnak was lid van het College van Afgevaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten en van de Raad van Toezicht in het arrondissement Arnhem.

Hij is adviseur van de Europese Commissie voor het Grotius-Programma, een EU-project voor subsidiëring van juridisch postdoctoraal onderzoek en scholing.

Daarnaast is hij lid van de Raad van Bestuur van het Internationaal Juridisch Instituut te 's-Gravenhage.