

De kunst om een cliënt bij te staan in mediation

Door John Bosnak

Het zou algemeen bekend moeten zijn: de moderne advocaat moet niet alleen een bekwaam jurist zijn, hij moet zijn cliënt ook op adequate wijze kunnen bijstaan bij andere wijzen van conflictoplossing. Mediation is daar een van.

En of een advocaat het nu onzin vindt of niet: *mediation is a fact of life*. Het is goed dat de Nederlandse Orde van Advocaten de stagiaires hierop voorbereidt: een dag van de basisopleiding is gewijd aan mediation en met name aan de kunst om cliënten op de juiste manier daarbij terzijde te staan.¹ Ook op sommige universiteiten en hogescholen wordt mediation als studievak aangeboden, maar in hoeverre daarbij de specifieke vaardigheden van de advocaat die betrokken is bij een mediationstraject worden aangeleerd, is niet bekend. Het zou wel zo moeten zijn, want het is duidelijk dat het bijstaan van een cliënt in mediation een heel andere attitude en andere vaardigheden van de advocaat vergen dan rechtsbijstand in een contentieuze procedure.

In de Verenigde Staten bestaat zo'n opleiding al lang; er bestaat zelfs al jaren een levendige *representation in mediation competition* georganiseerd door de American Bar Association (ABA): eerst regionale voorronden, dan een landelijke finale.²

Eerste ICC mediationcompetitie

Dit jaar werd er voor het eerst een *Mediation Moot Court* gehouden in internationaal verband, georganiseerd door de International Chamber of Commerce (ICC) en de ABA in het hoofdkwartier van de eerstgenoemde organisatie in Parijs (14-16 januari 2006). Gedurende drie dagen streden daar dertien teams van juridische faculteiten uit Canada, Frankrijk, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten tegen elkaar. De deelnemers moesten als raadslieden en partijen ten overstaan van professionele mediators optreden en daarbij conform de ICC ADR Rules³ een casus oplossen, opgesteld door een speciale commissie van mediationdeskundigen. Nu zijn internationale Moot Courts op het gebied van arbitrage (de Weense Willem Vis Moot Court), Europees recht (European Law Moot Court) en internationaal publiekrecht (Washington Jessup Moot Court) al jarenlang een bekend verschijnsel, waarin ook Nederlandse universiteiten participeren. Maar dit was de eerste keer dat een soortgelijke competitie

werd gehouden in het kader van mediation – zonder Nederlandse deelname.

Paradox

Op het eerste gezicht lijkt het nogal paradoxaal om 'pleitwedstrijden' van twee teams tegen elkaar te houden in het kader van een mediation. Maar dat is tegelijkertijd de uitdaging: aan de deelnemers de taak om de paradox op te heffen en door middel van probleemoplossend vermogen en overtuigingskracht de beste prestatie te leveren. Dat hoeft niet per se te resulteren in overeenstemming tussen partijen; het gaat erom, dat een team (cliënt en raadsman) de beste beoordeling krijgt van de jury. De taak van de cliënt-raadsman teams (die als één geheel worden beoordeeld) is als volgt omschreven in de regels:

The judging criteria are applied to the performance of the attorney-client team – not just the performance of the attorney. The judging criteria are designed to reward those participants who use an effective combination of representative skills and the problem-solving approach in the mediation. The problem-solving approach is defined as one in which negotiators learn about each other's interests and BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement), brainstorm options and select and shape a solution that meets their interests. Participants are not expected to sacrifice their client's interests in order to be collaborative.⁴

Taak van de jury

De juryleden moeten de teams beoordelen aan de hand van een negental criteria: duidelijke motivering van de keuze voor mediation ten opzichte van andere wijzen van conflictoplossing c.q. beslechting; de presentatie; het teamwork tussen raadsman en cliënt; de manier waarop probleemoplossend wordt gewerkt; de wijze waarop informatie wordt verzameld en met de wederpartij wordt gecommuniceerd; de wijze waarop creatieve opties worden gegenereerd; de wijze waarop gebruikgemaakt wordt van de mogelijkheden die het mediationproces biedt en de wijze waarop de standpunten van cliënt, zowel de juridische als de niet-juridische, naar voren worden gebracht. Voor aanvang van de behandeling van de zaak moesten de teams ieder een *representation plan* aan de juryleden aanbieden. Daarin moest worden vermeld waarom men had gekozen voor mediation, het hoe en waarom van de verdeling van rollen en verantwoordelijkheden

tussen raadsman en cliënt, een beschrijving van de belangen die men in de mediation wilde realiseren, een beoordeling van de mogelijke belangen van de wederpartij en ten slotte een uiteenzetting van de onderhandelingsstrategie die men wilde volgen om deze doeleinden te bereiken. Ook aan deze criteria, met name in hoeverre zij gedurende de mediation konden worden gerealiseerd, moesten de juryleden toetsen. De primaire taak van de professionele mediators was om een zo groot mogelijke mate van *team performance* van partijen te bevorderen gedurende de hele exercitie. Daarbij dienden zij uitsluitend faciliterend op te treden; dit eiste nogal wat zelfbeheersing bij sommige mediators, met name die uit de Angelsaksische cultuur. Daar is evaluerende, sturende activiteit van de mediator, met name in zakelijke disputen, niet ongebruikelijk.

Opvallend was het hoge professionele niveau waarop deze studenten hun rol vervulden. Daarbij was duidelijk dat teamvorming tussen de advocaat en de cliënt bij mediation inderdaad een zeer essentieel aspect is.⁵ Zij moeten elkaar ieder op hun eigen gebied aanvullen: dat van de emotionele en zakelijke belangen bij de cliënt als conflicteigenaar, de juridische en tactische aspecten bij de advocaat als jurist, coach, steun en toeverlaat en onderhandelingsdeskundige. Meestal werd op de juiste wijze gebruikgemaakt van de reglementair eenmalig geboden gelegenheid tot caucus (apart gesprek met de mediator).

Geen Nederlandse teams

Voor mij was het, als mediator en jurylid, telkens weer een plezier om te constateren hoe een advocaat in het mediationproces een duidelijke meerwaarde kan bieden aan de cliënt, mits beiden zich deugdelijk voorbereiden. Daarbij speelt het gezamenlijk van tevoren opstellen van het *representation plan* een belangrijke rol.

Het is duidelijk dat, meer nog dan bij de traditionele pleitwedstrijden in internationaal verband, de taal een handicap is voor degenen die het Engels niet als moedertaal beheersen. Bij contentieuze procedures kunnen de pleitnotities en andere stukken zorgvuldig worden voorbereid en voorgedragen. Bij mediation komt het juist aan op improvisatievermogen en het beheersen van subtiliteiten in het taalgebruik om precies weer te geven wat je bedoelt en om te voorkomen dat een bepaalde uiting verkeerd wordt begrepen. Het is duidelijk dat een *native speaker* hier een voorsprong heeft. Met name de aanwezige mediators/juryleden van niet-Engelstalige landen beraden zich over de wijze waarop dit probleem kan worden opgelost. Dat neemt niet weg dat de teams uit Frankrijk en Duits-

land het uitstekend deden; het is dan ook jammer dat bij deze eerste sessie nog niet werd geparticipeerd door Nederlandse teams, omdat wij toch bekend staan om onze goede beheersing van vreemde talen, met name van het Engels.

In de bij deze TC geleverde special wordt in het artikel 'The role of lawyers in referring parties to mediation' geconcludeerd dat *advocacy in mediation* als vak moet worden geïntroduceerd bij de universitaire studie. Daarin zou een training als deze goed passen. Ik ben dan ook van mening dat juridische faculteiten hier te lande deze handschoen moeten oppakken. Volgend jaar is er weer een kans: van 16 tot 19 februari 2007 wordt de *2nd ICC International Commercial Mediation Competition* gehouden.⁶

Noten

1. Ik ben het eens met Martin Brink (*ADR Actueel* 2005, nr. 7, p. 9) dat dit te weinig is; ik ben het niet met hem eens waar hij stelt dat beginnende advocaten verplicht een complete mediationopleiding zouden moeten volgen. Dat zou een opleiding moeten zijn, gericht op het optreden als advocaat bij mediation.
2. In het artikel over de taak van de advocaat bij mediation eindigden de auteurs M. Pel en P.A. Wackie Eysten met de toen nog retorische vraag: "Wanneer zal de eerste vergelijkbare competitie in Nederland plaatsvinden?" (*Advocatenblad*, nr. 10, p. 380).
3. www.iccadr.org.
4. Voor meer over deze problem solving approach, zie Harold I. Abramson: *Mediation Representation: Advocating in a Problem-Solving Process*, NITA 2004.
5. Zie voor achtergrondinformatie over de beleving van een van de teams de weblog van de deelnemers van de University of California, Hastings College of Law: www.hastings-mediatesparis.blogspot.com.
6. Voor informatie: iccmediationcompetition@iccwbo.org.

(advertentie)

Mediation in arbeidsconflicten

van de auteurs mr H.F.M. van de Griendt en mr E. Schutte



Publieksprijs:

€ 23,50 (losse verkoop)
€ 18,80 (bij abonnement)

NMI-geregistreerd mediators:

€ 16,50 (losse verkoop)
€ 13,20 (bij abonnement)

(prijzen zijn inclusief BTW, exclusief verzendkosten)

Bestel portvrij:

DM bureau USN, NMI Kennisreeks
Antwoordnummer 51092, 3501 VC Utrecht

**Bestel, of geef u meteen op als abonnee via
www.nmi-mediation.nl**