

## ARTIKELEN

# Over wat advocaten moeten weten van mediation en nog veel meer

## Boekbespreking *Toolkit Mediation Advocacy*

*Ellen van Beukering*

### Inleiding: de relevantie, focus en opzet van het boek

De *Toolkit Mediation Advocacy* richt zich voornamelijk op het verschaffen van de kennis en vaardigheden die nodig zijn om een cliënt te adviseren over de juiste wijze van geschilafdoening en de begeleiding van de cliënt bij het gekozen traject. Mediation als ADR/EDR-methode en de beheersing van de kunst om een cliënt optimaal bij te staan in een mediationtraject staan daarbij centraal, maar ook andere methoden van geschilafdoening komen aan bod. Het belang van deze thema's is evident. De overheid zet sterk in op een hoogwaardig systeem van geschilbeslechting dat voor elk type geschil een passende voorziening biedt. Ook de (rechts)praktijk richt zich steeds meer op geschilbehandeling op maat.<sup>1</sup> Het wordt voor advocaten en andere adviseurs derhalve steeds belangrijker goed te kunnen adviseren over wanneer welk geschilbehandelingstraject toe te passen. Moet er worden gekozen voor onderhandelen, procederen voor de overheidsrechter of arbitrage of wellicht voor een combinatietraject? En als eenmaal is gekozen voor een bepaald traject, is het zaak dat een cliënt zo goed mogelijk wordt bijgestaan. Dit betekent met name voor advocaten dat het klassieke palet van vaardigheden – adviseren, procederen en transacties begeleiden – dient te worden uitgebreid met onderhandelings- en mediationvaardigheden. Vooral bij de meer coöperatieve geschilbehandelingsmethoden – zij het dat dit (tot op zekere hoogte) ook geldt in het kader van het procederen voor de overheidsrechter – zal een advocaat immers vele soorten belangen van zijn cliënt moeten kunnen behartigen. Naast juridische kunnen dan bijvoorbeeld ook financieel-economische, relationele of communicatieve aspecten een rol spelen. Hoe mediationvaardiger een advocaat is, des te professioneler en effectiever een mediationtraject kan verlopen.

1 In de literatuur staat het thema Mediation Advocacy eveneens steeds meer in de belangstelling. In Nederland licht behalve Schonewille ook Diederer het onderwerp uitgebreid toe. Zie met name A.M.F. Diederer, *To plead or not to plead*. De advocaat als begeleider van zijn cliënt in het mediationtraject, Rotterdam: NMI kennisreeks, Nederlands Mediation Instituut 2006.

Een feit is ook dat advocaten steeds meer met mediation te maken zullen krijgen, als gevolg van geschillenregelingen in contracten, de wens van cliënten, *corporate policy* van bedrijven of de doorverwijzingsvoorziening naar mediation bij de Nederlandse gerechten. Ook de Richtlijn Mediation in burgerlijke en handelszaken, waarover het Europees Parlement en de Raad zeer onlangs een akkoord hebben bereikt, zal op termijn haar effecten hebben. Praktische handleidingen, die advocaten en andere adviseurs wegwijs maken in het nieuwe vakgebied Mediation Advocacy, zijn daarom zeer welkom.

Mijn verwachting is dan ook dat de *Toolkit Mediation Advocacy* van hoofdauteur Manon Schonewille een belangrijke bijdrage zal gaan leveren aan de inbedding van Mediation Advocacy in de rechtspraktijk. Schonewille heeft haar sporen verdiend als deskundige op het terrein van ADR/EDR (Alternative Dispute Resolution/Early of Effective Dispute Resolution) en auteur. Een eerdere Toolkit van haar hand, de *Toolkit Mediation*, met veel informatie over interventies, technieken en praktische knowhow, blijkt een belangrijk naslagwerk voor de praktijk en menig opleidingstraject te zijn. Ook de nieuwe Toolkit richt de focus op praktijkvaardigheden, maar is daarnaast breder van opzet doordat zij onder meer ook aandacht besteedt aan de formele en juridische context. Waardevolle bijdragen van gezaghebbende coauteurs maken dat de Toolkit een fraaie bundeling is van diverse expertises en invalshoeken op het terrein van Mediation Advocacy. Het boek is niet alleen interessant voor advocaten, bedrijfsjuristen en andere adviseurs, maar voor eenieder die met (potentiële) conflict- of onderhandelingssituaties te maken krijgt.

De Toolkit kent vier delen, waarbinnen de belangrijkste thema's die in het kader van een effectieve geschilafdoening spelen, gegroepeerd staan. Het verdient aanbeveling bij het lezen van (onderdelen van) dit omvangrijke boek het routingsysteem te volgen. Sommige thema's komen namelijk meerdere keren aan bod, maar dan in een andere context of op een verdiepend niveau.

De delen zien er, grof geschetst, als volgt uit:

### **Over Deel I. Keuze methoden en voorbereiding**

Deel I gaat voornamelijk over de keuze voor een methode van geschiloplossing. Dat bij dit thema zo uitgebreid wordt stilgestaan, zal samenhangen met het feit dat het voor een effectieve en efficiënte geschilbeslechting belangrijk is een bewuste keuze te maken voor de beste wijze van geschilafdoening in een specifiek geschil. Interessant is dat de Toolkit dit punt mede bespreekt als managementthema. In het kader van het beheersen van de risico's, waaraan een onderneming bloot staat bij conflicten, wordt het steeds belangrijker gevonden om conflicten waar het kan te voorkomen (door middel van efficiënt conflictmanagement) en, als dat niet kan, zo veel mogelijk controle te behouden over de wijze waarop een geschil wordt opgelost. Ad Kil diept het thema risicoanalyse verder uit en bespreekt

daarbij tevens wat de rol van de advocaat als risicomanager bij het oplossen van geschillen is. Wil een advocaat of andere adviseur op het onderhavige terrein goed adviseren, dan zal hij in ieder geval kennis moeten dragen van de meest gangbare vormen van alternatieve c.q. effectieve geschiloplossing.

De Toolkit laat een uitgebreid scala van procedures/strategieën zien waaruit (conflict)partijen kunnen kiezen voor het omgaan met en oplossen van conflict- en probleemsituaties. De methoden variëren van een informele discussie waarbij de betrokkenen volledig zelf beslissen hoe ze het geschil/probleem willen oplossen, tot door een *neutral* begeleide onderhandelingsprocessen (zoals mediation en deal(-breaking)-facilitation), hybride processen (zoals mediation-arbitration-trajecten) en formele processen waarin een derde vaak eenzijdig de knoop doorhakt (overheidsrechtspraak, arbitrage en bindend advies). Hoewel ik niet denk dat alle besproken processen in Nederland al serieus ingang hebben gevonden – zo aarzel ik bijvoorbeeld bij Flip-Flop Arbitration en High-Low Arbitration –, is het voor adviseurs, gezien de toenemende vraag naar maatwerk in de geschilafdoening, mijns inziens zeer raadzaam op de hoogte te zijn van het toenemende aanbod van methoden van geschiloplossing.

Bij het adviseren over de juiste geschilaanpak zal het voornamelijk aankomen op deskundigheid en ervaring. Richtlijnen kunnen echter een welkome steun bieden. De Toolkit verschafte die ondersteuning aan de hand van conflict- en ADR/EDR-scans, waarin men algemene kenmerken van diverse trajecten, indicaties pro en contra toepassing van een bepaalde methode (met een accent op mediation) en een kosten-batenanalyse aantreft. Raadpleging van dit onderdeel lijkt mij, gezien de gedetailleerdheid van de informatie, zelfs voor ervaren adviseurs nuttig.

Deel I eindigt met een bespreking van enkele thema's rondom het initiëren van een mediationtraject. De belangrijkste onderwerpen die daarbij aan bod komen, zijn: de verschillende manieren waarop een mediation, mede gelet op het vrijwillige karakter van deze geschilaanpak, kan worden geïnitieerd, mogelijke blokkades bij bedrijven en advocaten ten aanzien van mediation en richtlijnen voor het doorbreken daarvan, alsmede juridische valkuilen: eventuele aansprakelijkheid voor onjuiste advisering omtrent mediation (welke aansprakelijkheid zich overigens (nog) zelden zal voordoen), de mogelijkheid van verjaring/verval van vorderingen en het risico van het tussentijds verdwijnen van verhaalsobjecten, en hoe daarmee om te gaan. Jacques de Waart besteedt aandacht aan de selectie van de mediator. Een onderwerp waarbij mijns inziens terecht apart wordt stilgestaan. De persoon van de *neutral* is immers belangrijk, daar deze een zeer voorname factor voor succes (of mislukking) kan zijn.

## **Over Deel II. Procesbewaking, hoe blijft een mediation op de rails, en Deel III. Technieken**

Deel II bespreekt hoe een cliënt op de beste manier in een mediation kan worden bijgestaan. De rol van de advocaat is dan fundamenteel anders dan bij procederen. Bij advocaten die nog aarzelingen hebben ten aanzien van mediation, speelt vaak

(mede) een rol dat zij bang zijn de controle over de zaak te verliezen. De Toolkit laat zien dat deze vrees niet terecht is en dat advocaten bij mediation wel degelijk een belangrijke rol kunnen en moeten blijven spelen.

Gestart wordt met de constatering dat mediation andere succes- en faalfactoren heeft dan een rechtsgang. In dat licht wordt benadrukt dat het belangrijk is dat de advocaten van partijen goed kunnen samenwerken en dat advocaat en cliënt een hecht team vormen, waarbij de cliënt de mediationpartij is en de advocaat coach en adviseur. Vervolgens worden de taken van de advocaat in de verschillende fasen van het mediationtraject toegelicht. Uitvoerige checklists geven daarbij de concrete actie- en aandachtspunten aan voor de premediationfase, de openings- en exploratiefase, de optie- en onderhandelingsfase en de afsluitingsfase. In de voorbereidingsfase kunnen advocaten bijvoorbeeld een actieve regiefunctie vervullen en naast een risicoanalyse van de zaak en bepaling van de BATNA/BAZO ('Beste Alternatief Zonder Overeenkomst') alvast bijdragen aan het in kaart brengen van de achterliggende belangen van de cliënt en de wederpartij.

Tijdens de mediation zal de advocaat vaak vooral een begeleidende rol kunnen spelen. Soms zal een actieve bijdrage gewenst zijn, bijvoorbeeld bij het zoeken naar creatieve oplossingen voor het geschil (bij voorkeur door middel van 'het vergroten van de koek', zodat alle partijen potentieel meer kunnen krijgen). Een zakelijke oplossing, waarbij zo veel mogelijk tegemoetgekomen wordt aan de gerechtvaardigde wederzijdse belangen van partijen, is mijns inziens een zeer belangrijk voordeel dat met mediation mogelijk behaald kan worden. De uitkomst hoeft niet per se binnen de traditionele juridische kaders te passen en daarmee is er bij mediation sprake van een verruiming van de remedies om tot een geschiloplossing te komen. Mijn indruk is dat er een grote behoefte bestaat aan (gepubliceerde) voorbeelden van in mediation bereikte win-winoplossingen. Ik zou dan ook willen suggereren in een volgende druk verschillende (praktijk)cases uit te werken (voor zover de vertrouwelijkheid dat toelaat), die illustreren op welke wijze een niet (louter) juridische oplossing in bepaalde situaties duidelijke voordelen kan bieden boven de traditionele geschilbeslechting.

De Toolkit vermeldt dat de advocaat juist bij het zoeken naar creatieve oplossingen een actieve rol kan vervullen, omdat hij door zijn werk waarschijnlijk al veel verschillende oplossingen voor soortgelijke problemen heeft gezien. Dat zal zeker vaak het geval zijn, maar ook anderszins zal een advocaat in de optie- en onderhandelingsfase een belangrijke rol kunnen spelen, bijvoorbeeld door mee te bepalen of nog extra inhoudelijke expertise (van buitenaf) nodig is of bij het ontwikkelen van objectieve maatstaven waaraan een oplossing mogelijk moet voldoen. In de afsluitingsfase kan ook de klassieke advocatenrol aan bod komen, met name bij de zorgvuldige vastlegging van de gemaakte afspraken, waarbij het recht op diverse manieren zijn invloed kan hebben. Kortom: Mediation Advocacy doet een appèl op vele professionele vaardigheden van de advocaat/adviseur.

Deel III biedt een groot scala aan mediation- en onderhandelingsstechnieken. De beschreven interventies zijn behalve voor de mediator en eenieder die zelf onderhandelt, uiteraard ook voor de advocaat relevant. Het is voor de advocaat, mede

in verband met zijn rol in het mediationproces, immers belangrijk te weten welk instrument een mediator toepast en met welk oogmerk. Bovendien kan een advocaat met deze instrumenten ook verder zijn voordeel doen, bijvoorbeeld bij een (lastig) gesprek of een onderhandeling. Besproken worden, grof geschetst, interventies en technieken die kunnen worden ingezet bij herstel van de communicatie of relatie tussen partijen, bij het wegnemen van andere beletselen voor de geschiloplossing, bij het achterhalen van de werkelijke belangen van partijen of bij het optimaliseren van het onderhandelings- en besluitvormingsproces. Aangezien een uitgebreidere behandeling van de diverse technieken en interventies in de eerdere Toolkit van Schonewille haar nut voor praktijk en opleidingsdoeleinden heeft bewezen, ligt het in de rede dat ook de op Mediation Advocacy toegespitste versie als zeer waardevol zal worden ervaren.

### Over Deel IV. *Capita Selecta*

In dit laatste deel komen diverse boeiende en voor de praktijk nuttige thema's aan bod. Ik zal een aantal daarvan toelichten, waarbij ik mij vooral richt op bijdragen van de coauteurs van de Toolkit. Piet Wackie Eysten opent met een bijdrage over de juridische en administratieve aspecten van mediation in Nederland. Op heldere en beknopte wijze laat hij tal van formele aspecten, met bijbehorende jurisprudentie, de revue passeren, zoals geschilbeslechtingsclausules, waarin een belangrijke rol voor mediation is weggelegd, en de juridische betekenis van de mediationovereenkomst tot en met de vaststellingsovereenkomst, met daarbij aandacht voor de vier V's van mediation (vrijwilligheid, vrijblijvendheid, vertrouwelijkheid en verschoningsrecht). Maar bijvoorbeeld ook de (NMI en ACB-) Gedragsregels voor mediators en het klacht- en tuchtrecht vinden bespreking. De bijdrage eindigt met een korte weergave van enkele trends en internationale ontwikkelingen, waaronder de realisatie van de eerdergenoemde EU-mediationrichtlijn.

Vanuit internationaal perspectief zijn voorts de bijdragen van Luc Demeyere interessant. Hij bespreekt ten eerste de stand van zaken van mediation in België, voornamelijk op basis van de nieuwe Belgische wet uit 2005 inzake bemiddeling. België kent dus een formeel wettelijk kader voor mediation. Dit in tegenstelling tot Nederland, waar de regering tot nu toe het (mijns inziens discutabele en gezien de recente ontwikkelingen rondom de EU-mediationrichtlijn niet meer – geheel – te handhaven) standpunt heeft ingenomen dat een formele regeling de flexibiliteit van mediation maar zou beperken en de verdere ontwikkeling ervan zelfs zou kunnen belemmeren. Alleen al dit verschil prikkelt de nieuwsgierigheid naar de recente stand van zaken omtrent de ontwikkelingen van mediation in België en in ander internationaal verband.

In toenemende mate zullen burgers en bedrijven ook internationaal gaan opereren en te maken krijgen met grensoverschrijdende geschillen. Ook dan zal ADR, en met name internationale mediation, in een behoorlijk aantal situaties voordelen kunnen bieden. Demeyere heeft in dit kader een interessante checklist

ontworpen, met specifieke aandachtspunten voor het oplossen van grensoverschrijdende geschillen.

Jacques de Waart ten slotte gaat in op de bijzondere aspecten van meerpartijenmediations. Bij mediation kunnen alle direct of indirect betrokkenen bij een geschil tegelijkertijd aan het mediationtraject deelnemen. Meerpartijenmediations zijn doorgaans complex. De Waart bespreekt de vereiste specifieke aanpak, waaronder de rol van en aandachtspunten voor de advocaat bij dit type mediations.

### Slot

In de inleiding van deze boekrecensie sprak ik al de verwachting uit dat de *Toolkit Mediation Advocacy* een serieuze bijdrage zal gaan leveren aan de inbedding van Mediation Advocacy in de rechtspraktijk en lichtte ik ook al kort toe waarom ik dit verwacht. Mijn bespreking van de uitgebreide praktische en theoretische know-how die het boek biedt (met behulp van veel praktische checklists en modellen) moge de lezer ervan hebben overtuigd dat Mediation Advocacy een nieuw vakgebied is, dat het waard is om erin te investeren. Effectieve en efficiënte geschilbeslechting is nu al een belangrijk thema voor de rechtspraktijk en zal dat, mede gezien de toenemende verjuridisering van onze maatschappij, ook blijven.

De besproken Toolkit is een fraaie, praktische handleiding die Mediation Advocacy duidelijk in ons rechtssysteem positioneert. Het boek laat tegelijkertijd zien dat het denken over en werken aan effectieve en efficiënte geschilafdoening nog volop in ontwikkeling is. Er is nog veel ruimte voor uitwerkingen, bijvoorbeeld aan de hand van beschrijvingen van praktijkcases zoals ik hiervoor al suggereerde voor een volgende druk van de Toolkit, maar ook voor verdere verdiepende literatuur op dit vlak. Een complex terrein derhalve, met nog diverse uitdagingen!

Manon Schonewille (red.), Luc Demeyere, Ad Kil, Jacques de Waart en Piet Wackie Eysten, *Toolkit Mediation Advocacy. De kunst uw cliënt bij te staan in mediation en bij andere methoden van conflictoplossing*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, 468 p.