

Wat vinden mediators van advocaten?

Arbeidsmediators zijn positief over de bijdrage van advocaten aan mediation. En wat vinden ze dan bijvoorbeeld van de onderlinge taakverdeling, de geheimhouding en het ondertekenen van de mediation-overeenkomst en het effect van zure advocatenbrieven?



met Cordula Westpalm van Hoorn
arbeidsjurist te Haarlem
drs. Piet Jouken MA
bedrijfsocioloog te Helmond

Eind 2006 wisselden de leden van de NMI Groep Arbeidsmediation¹ ervaringen met advocaten uit, aan de hand van het resultaat van een vooraf gebouwen schriftelijke enquête in eigen kring. Begin dit jaar werd de praktijk getoetst met een rollenspel over twee praktijkvoorbeelden. De enquête maakte duidelijk dat de mediators de ervaring hebben dat advocaten over het algemeen een positieve en ondersteunende bijdrage leveren aan het mediationproces.² Incidentele nega-

tieve ervaringen schrijven de mediators voornamelijk toe aan de onbekendheid van advocaten met mediation.

De enquête leverde een aantal vragen op, die we hierna zullen bespreken.

- Welke afspraken maken mediators en advocaten over de taakverdeling?
- Noemt de mediator contact op met de advocaat en zo ja, wanneer?
- Vindt dit contact plaats met medeweten van de cliënt?
- Stimuleert de mediator partijen om een advocaat in te schakelen?
- Laat de mediator de advocaat de mediationsovereenkomst tekenen in verband met de geheimhoudingsplicht?
- Wat is de rol van advocaten bij een mediation?
- Wie maakt de vaststellingsovereenkomst?

Mediator en advocaat

De mediator is verantwoordelijk voor het mediationproces waarin partijen zelf de hoofdrol spelen en zoveel moge-

lijk zelf de uitkomst bepalen. De advocaat ondersteunt de cliënt daarbij alleen op verzoek. Niet alleen voor de advocaat maar ook voor de cliënt is het belangrijk deze taakverdeling vooraf goed af te spreken. De advocatenrol is immers anders dan in de rechtszaal.

Als de advocaat uit zijn of haar afgesproken 'rol' valt door als adviseur een hoofdrol te spelen, kan de mediator terugkomen op de gemaakte afspraken over de taakverdeling. De mediator vraagt dan aan de advocaat en zijn cliënt of deze nog achter de afspraken staan of dat zij die willen wijzigen. De mediator zal geen vertrouwen van de advocaat winnen als hij hem of haar terecht wijst of een wig drijft tussen advocaat en cliënt.

Mediators zijn er op voorbereid dat bij sommige advocaten nog weerstand bestaat tegen mediation. Door een open opstelling van mediators en door kennismaking met de praktijk van mediation neemt deze weerstand geleidelijk af. Is de ervaring.

De mediators zijn het erover eens dat er geen contact tussen mediator en advocaat moet zijn buiten medeweten van de cliënt om.

Betrokkenheid advocaat

Vaak starten mediations met partijen die nog geen advocaat in de arm hebben genomen. Met de volgende stelling waren bijna alle leden van de NMI Groep Arbeidsmediation het eens: 'Als er bij de aanvang van de mediation nog geen advocaten betrokken zijn, is het verstandig dat even zo te laten om de mediation niet onnodig te juridificeren. De mediator neemt in dat geval niet het initiatief om een advocaat uit te nodigen en zakt niet voor de eerste sessie dan gaat het er immers om de emoties op tafel te krijgen.'

De mediators onderschreven ook in grote meerderheid de volgende stelling: 'Als partijen tijdens de eerste bijeen-

¹ vaak bereid om mediatoren bij volgende zaken opstellen te laten zetten.

¹ Meer over Westpalm van Hoorn en de heer Jouken (www.wahg.nl) zijn beiden NMI-gecertificeerde mediators met een eigen praktijk.
² Dit nummer dankt we het bijdragen de volgende collega's voor hun bijdragen: Yvan Crommelin, Marie-Thérèse Olypienssens, Mir van der Wal en Paul van Wiering.
³ Een landelijke werkgroep van 10 mediators, gepubliceerd in *Arbeidsmediation* (www.groeparbeidsmediation.nl).
⁴ Dit onderzoek van het Landelijk Instituut Mediation naar Rechtspraak Mijde dat veel advocaten die voor de eerste keer deelnemen aan mediation, in positieve zin verrast zijn. Als ze eenmaal met mediation hebben kennisgemaakt, zijn ze

De mediator bemiddelt soms meer tussen de advocaten dan tussen de partijen



komst kenbaar maken dat zij in een eerdere fase advocaten hebben ingeschakeld, dan stimuleert de mediator partijen om hun advocaten gedurende de gehele mediation betrokken te houden ter advisering en ondersteuning.”

De persoonlijke aanwezigheid van de advocaat is vaak wettelijk in de afsluitingsfase van de mediation als de juridische afwikkelingen van het geschil behandeld worden.

Eén mediator heeft echter de ervaring dat het in sommige gevallen zeer goed werkt om de advocaten bij de start te betrekken. Het uit de vechtoestand halen van de advocaten en hun cliënten en het richten op ieders belangen heeft een positief effect op de mediation en op de advisering van de advocaten aan hun cliënten. Bij het volgende gesprek hoeven ze er dan niet meer bij te zijn omdat ze meer vertrouwen in de aanpak hebben gekregen.

Geheimhouding

Alle mediationovereenkomsten alsook het NMI Reglement kennen een geheimhoudingsclausule. De mediator bespreekt met partijen eerst de mediationovereenkomst waarna meestal de ondertekening plaatsvindt. De vertrouwelijkheid wordt door velen beschouwd als één van de kernpunten van de mediation. Wat doen mediators met de vertrouwelijkheid als er advocaten bij de mediation betrokken zijn?

Een meerderheid van de mediators is het eens met de volgende stelling: 'In de mediationovereenkomst wordt opgenomen dat partijen zelf verantwoordelijk zijn voor het in acht nemen van de vertrouwelijkheid door hun advocaten en andere personen die door partijen in de

“cirkel van vertrouwelijkheid” zijn opgenomen.’

De vraag werd opgeworpen of de juridische basis hiervan sterk genoeg is. Advocaten hebben een beroepsgeheim, maar dat betekent slechts dat een advocaat aan derden niets mag of hoeft te zeggen wat hij weet van zijn cliënt. Informatie die de advocaat van anderen hoort tijdens de mediationgesprekken valt daar niet onder. Veel mediators laten daarom advocaten die actief bij de mediation betrokken zijn, meekijken met de mediationovereenkomst. Komen de advocaten later in beeld dan laten mediators hen een aparte geheimhoudingsverklaring tekenen.

De geheimhoudingsclausule speelde onder andere een rol in een ontlastingsprocedure na een afgebroken mediation. Een werkgever die zijn advocaat de conceptvaststellingsovereenkomst uit de mediation heeft laten inbrengen in de ontlastingsprocedure die daarop volgde, is door de kantonrechter terecht op de vingers getikt.¹

Tijdens het rollenspel *Mediation Live* werd een voorbeeld uit de praktijk nagespeeld. Partijen en hun advocaten stonden recht tegenover elkaar inzake zin en haalbaarheid van een strikte geheimhouding.

Exit mediation

Onder arbeidsmediators is exit mediation een begrip. Nadat het besluit is gevallen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, kan er gekozen worden uit

drie onderhandelingsopties voor een afscheidsovereenkomst.

- De mediation wordt afgebroken en de advocaten nemen de zaak over. Het voordeel hiervan is de duidelijkheid, het nadeel dat de communicatieve en relationele resultaten van de mediation nadelig kunnen worden beïnvloed als daarna de afscheidsovereenkomst gescheiden van de mediation uitzonderd wordt.
- De mediation wordt niet beëindigd maar gaat in slaapstand. Het resultaat van de onderhandelingen wordt door de advocaten en partijen meegedeeld aan de mediator die het in de vaststellingsovereenkomst opneemt. Het voordeel is dat communicatieve, relationele en inhoudelijke resultaten niet worden gescheiden. Het nadeel van deze optie is dat de mediator zijn of haar kan greep op het proces kan verliezen.
- De mediation gaat gewoon door. De advocaten en partijen onderhandelen met elkaar onder leiding van de mediator. Het voordeel is ook hier dat de communicatieve, relationele en inhoudelijke resultaten niet worden gescheiden. En de mediator houdt greep op het proces. Maar: de kosten voor partijen zijn hoger.

In de slotfase van de exit mediation kan er nog veel misgaan. Bijvoorbeeld als een advocaat over het resultaat voor zijn cliënt oordeelt dat er 'veel meer uit te halen valt'. Op dat moment verschaft de aanpak van onderhandelen vanuit belangen (mediation) naar onderhandelen vanuit positie (juridische aanpak).

¹ JRM Mediation.

De onderlinge relatie tussen de advocaten van partijen is in dit finale stadium van mediation belangrijk. De mediator bemiddelt soms meer tussen de advocaten dan tussen de partijen. De ervaring van verschillende mediators is dat sommige advocaten zich niet realiseren welk effect zure en agressieve brieven die ze elkaar schrijven op cliënten hebben. Cliënten projecteren de brieven op elkaar. Over en weer kunnen zo snel (voe)oordelen ontstaan.

In deze situatie oordeelt de advocaat negatief over de mediation, gelet op de uitkomst, en ziet de mediator de inbreng van de advocaat als een verstoring van het proces. Voorop staat dat partijen een goede afweging moeten kunnen maken. De mediators zien daarom graag dat advocaten in de afrondingsfase (of eerder, indien partijen dat willen) bij de mediation aanwezig zijn. Dat kost partijen geld, maar nog altijd minder

.....

Advocaten realiseren zich soms niet dat cliënten de zure en agressieve brieven tussen advocaten op elkkaar projecteren

.....

dan de kosten van een procedure.

In elk geval zal de mediator de partijen adviseren om de conceptvaststellingsovereenkomst juridisch te laten checken, voordat zij hun handtekening zetten.

Wie stelt vaststellingsovereenkomst op?

De mediators zijn het er niet over eens wie het best de vaststellingsovereenkomst kan opstellen, mediator of advocaat. Er zijn mediators die de vaststellingsovereenkomst per se zelf willen redigeren. De advocaat als ervarings- en inhoudelijk deskundige kan bij het redigeren van de vaststellingsovereenkomst een belangrijke rol spelen. Maar er zijn ook mediators die het opstellen van de vaststellingsovereenkomst graag aan de advocaat overlaten.

Maar hoe dan ook zijn de mediators uit de NMI Groep Arbeidsmediation over het algemeen positief over de deelname en bijdrage van advocaten aan het mediationproces.