

VU Research Portal

Hoe denken Zuidas-advocaten over mediation?

Smeehuijzen, JL

published in

Nederlands- Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement
2016

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Smeehuijzen, JL. (2016). Hoe denken Zuidas-advocaten over mediation? Advocaten van de grote zakelijke kantoren (NL) geïnterviewd over mediation. *Nederlands- Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Hoe denken Zuidas-advocaten over mediation?

Advocaten van de grote zakelijke kantoren (NL) geïnterviewd over mediation*

Lodewijk Smeehuijzen

Inleiding

In de literatuur wordt geconstateerd dat zakelijke mediation¹ relatief weinig wordt gebruikt.² Vaak wordt die observatie gevolgd door de stelling dat mediation eigenlijk *vaker* gebruikt zou moeten worden, omdat het geacht wordt grote commerciële voordelen te hebben. Dat is niet alleen een in de literatuur veelgehoorde opvatting. Ook in verschillende passages van de memorie van toelichting bij het (inmiddels ingetrokken) wetsvoorstel Mediation staan passages van die strekking.³

Wie de verklaringen voor het achterblijven van mediation leest, blijft wat onbevredigd achter. Genoemd worden onder andere de onbekendheid met mediation als geschiloplossend middel, het gebrek aan transparantie en kwaliteit, en de aanwezigheid van andere aanbieders op de markt van geschiloplossing, zoals 'advocaten die geen belang (denken te) hebben bij doorverwijzing of te veel nadelen (menen te) zien in het middel'. Andere oorzaken die men noemt, zijn onvoldoende kennis en vaardigheden op het gebied van modern conflictmanagement en een gebrek aan proactieve mediators.

Hoe plausibel wellicht sommige van die verklaringen ook zijn, een antwoord op de volgende vraag geven zij toch maar beperkt: als mediation inderdaad grote com-

* De auteur dankt de geïnterviewden voor hun tijd en moeite, de studenten van de Master Ondernemingsrecht aan de Zuidas voor het afnemen van de interviews, Jeroen Tjaden, Lisa de Boer en Noortje van Ophem voor hun nadere werkzaamheden en Arno Akkermans en Jacobien Rutgers voor hun commentaar op een eerdere versie van dit stuk.

- 1 Zie over zakelijke mediation in het algemeen o.a. het themanummer 'Mediation' van *Ondernemingsrecht*, 2016, nr. 1; de special 'Business Mediation' van het Tijdschrift Conflictantering, 2014, nr. 2; E. van Beukering, Zakelijk conflictmanagement in breed perspectief, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2010 (14) 1; A.J.A.J. Eijsbouts & M.L. Schonewille, Zakelijke mediation, in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 454-465; P. van der Veld, Mediation in zakelijke geschillen, *V&O* 2012/9, p. 141-145. Het nieuwe tijdschrift *Nederlandse Mediation (NM)* behandelt geanonimiseerde mediations, waaronder zakelijke mediations. Er zijn inmiddels twee verenigingen voor zakelijke mediation: Vereniging zakelijke mediation en de Vereniging corporate mediation.
- 2 Manon Schonewille, Business mediation onderzocht, *Tijdschrift Conflictantering*, 2014, nr. 2, p. 9. Ingelse schrijft wel dat mediation in zaken voor de Ondernemingskamer de laatste jaren *vaker* voorkomt (De Ondernemingskamer en alternatieve geschillenbeslechting, *Ondernemingsrecht* 2016/8, p. 1). Ingelse was in de periode waarover hij spreekt voorzitter van de Ondernemingskamer.
- 3 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2012/13, 33722, nr. 3, p. 4.

Lodewijk Smeehuijzen

merciële voordelen heeft, waarom zetten ondernemingen het middel dan niet veel breder in? Ondernemingen weten natuurlijk heel goed dat juridische procedures financieel en anderszins schadelijk en onwenselijk zijn. Hun voortbestaan hangt af van vruchtbare commerciële relaties en het vinden van de juiste besparingen. Waarom happen ze niet toe?

Een interessant domein in dit verband is de Amsterdamse Zuidas-advocatuur. Vrijwel alle vooraanstaande nationale en internationale zakelijke advocatenkantoren hebben hier inmiddels hun hoofdvestiging. De Zuidas-advocatuur vormt de top van de Nederlandse zakelijke geschillenpiramide. Particulieren en het midden- en kleinbedrijf zijn binnen deze kantoren nauwelijks vertegenwoordigd. Het archetypische Zuidas-geschil speelt zich af tussen middelgrote en grote ondernemingen.

Voor onderzoek naar een realistisch verwachtingspatroon over zakelijke mediation is die Zuidas-advocatuur dus interessant. Het is nog niet zo eenvoudig om aan dit domein bruikbare empirische gegevens te onttrekken. Een van de manieren om meer te weten te komen, is het houden van interviews. Dit artikel is het verslag van interviews met 'Zuidas-advocaten'.⁴ Het stuk wordt afgesloten met een aantal beschouwingen naar aanleiding van de interviews.

Onderzoeksofzet en resultaten van de interviews

In de interviews is de advocaten gevraagd naar (i) hun ervaringen met mediation, (ii) hun overwegingen om wel mediation te adviseren en (iii) hun overwegingen om geen mediation te adviseren. Ook hebben de interviewers zelf de advocaten een aantal overwegingen voorgehouden met de vraag hierop te reageren (iv).

De interviews hadden een zogenoemd semigestructureerd karakter. Per te bespreken thema was een aantal kernvragen en verdiepingspunten geformuleerd. De interviews zijn woordelijk uitgetypt. Ze zijn afgenomen door studenten van de Master Ondernemingsrecht aan de Zuidas (VU/UvA). Ze zijn geanalyseerd door de auteur van dit artikel.

Wat de geïnterviewde groep betreft het volgende. Studenten is gevraagd tijdens hun stage van zeven weken op een van de kantoren op de Zuidas op een *corporate litigation*-sectie twee senior advocaten te vinden om te interviewen. Er is geen nadere aanwijzing aan de studenten gegeven. Dat heeft geresulteerd in zeventien interviews. Om een kandidaat te vinden hebben studenten, zo is gebleken, veelal eerst in hun directe omgeving op het kantoor gevraagd (bijvoorbeeld aan een kamergenoot) wie zij zouden kunnen benaderen. Op basis van die 'tips' hebben zij mensen benaderd. Het zou zo kunnen zijn, dat daardoor binnen de groep van geïnterviewden enigszins oververtegenwoordigd zijn degenen die binnen de betrokken kantoren bekend staan als advocaten met een zekere ervaring of affiniteit met mediation.

4 Zie voor de visie van een Zuidas-advocaat in het bijzonder A.R.J. Croiset van Uchelen, De hype van mediation gerelativeerd, *Ondernemingsrecht* 2016/3.

Alvorens de resultaten te beschrijven eerst twee opmerkingen over de beperkingen van het onderhavige onderzoek. Geïnterviewd zijn advocaten. De geschillen waarmee ondernemingen zich tot advocaten wendden, hebben een zekere 'verharding' doorgemaakt. Veelal hebben partijen eerst geprobeerd er zonder juridische bijstand uit te komen. Het is goed mogelijk dat in dat eerdere stadium de kansen van succesvolle mediation heel anders liggen dan in het stadium waarbij advocaten betrokken zijn. Anders gezegd: wat in het bijzonder geldt voor mediation en de Zuidas-advocatuur zegt maar gedeeltelijk iets over mediation en zakelijke geschillen in het algemeen.

Dat de geïnterviewden advocaat zijn, is op nog een andere manier van belang. Advocaten vormen zelf een belangrijk onderdeel van de geschillenbeslechtingdynamiek. Zij hebben hun eigen motieven, belangen en professionele attitude. Dat betekent niet dat hun perspectief niet relevant is. Het betekent wel dat men hun uitspraken met inachtneming van hun hoedanigheid op waarde moet schatten. Op het ene punt speelt dat sterker dan op het andere. Het speelt bijvoorbeeld nauwelijks als een advocaat zegt dat mediation als beperking heeft dat alle betrokkenen het moeten willen. Het speelt heel sterk als het gaat om de vraag of het advocatuurlijke verdienmodel advocaten minder snel mediation doet adviseren.

In het navolgende worden de resultaten van de interviews beschreven met behulp van citaten. Ze zijn een typerende beschrijving van een breder terugkerend thema. Waar behulpzaam wordt op de beschreven resultaten gereflecteerd onder het kopje 'Discussie'.

Ervaringen met mediation

Frequentie toepassing

Als gezegd, wordt algemeen aangenomen dat zakelijke mediation nog geen al te grote vlucht heeft genomen, maar harde cijfers zijn er niet. Om het cijfermatige beeld wat te verrijken is de geïnterviewden gevraagd in hoeverre mediation in hun praktijk een rol speelt. Het antwoord luidde vrijwel steeds dat die rol (erg) beperkt is. Men gaf antwoorden als:

'Tot nu toe heb ik een keer zijdelings een mediation meegemaakt.'

'In 15 jaar tussen de een en vijf gevallen.'

'Ik heb er een paar gedaan.'

'10 tot 15 keer meegemaakt.'

'3 in de afgelopen 5 jaar.'

De hoogst genoteerde frequentie was: 'Niet zo heel veel, tussen de 10, 15 á 20%.'

Lodewijk Smeehuijzen

Ook advocaten bij wie men een hogere frequentie zou verwachten, bijvoorbeeld doordat zij op kantoor bekend staan als degenen die het meest met mediation doen, is het percentage laag:

‘Ik denk een keer of 10. Wat op zich, als je bedenkt dat ik [tussen de 12,5 en 17,5] jaar dit vak uitoefen, niet zo heel erg veel is.’

In een aantal gevallen zeiden de geïnterviewden dat de aandacht voor mediation wel is toegenomen, maar dat men dat in de praktijk niet terugziet:

‘Wordt al sinds de jaren 90 geroepen, maar nog weinig verschil.’

‘Ik vind dat we het niet zo vaak gebruiken. In het verleden, een paar jaar terug, leek het vaker voor te komen. Terwijl dat niet de ontwikkeling is.’

‘Er wordt steeds meer een push naar gedaan en het komt vaker ook wel in contracten. Gewoon dat de algemene opinie zich in die hoek heeft ontwikkeld. Dat mediation volwassen is geworden en niet alleen maar gaat over ruziënde buurmannen, maar ook wel voor professionele partijen van toegevoegde waarde kan zijn. Ondanks dat heb ik het niet vaker gezien.’

De volgende geïnterviewde constateert enige toename:

‘Ik heb het idee dat het langzamerhand meer wordt voorgesteld. (...) Ik ben ook pro mediation geworden. De eerste keer dat ik het deed (...) samen met een kantoorgenoot die werkte voor [een multinational] en bij [die multinational] was het al 30 jaar soort van, bij conflicten eerst proberen mediation. Altijd eerst mediation proberen. Als de wederpartij niet wil, dan maar niet, maar altijd voorstellen. Ik dacht toen nog, kijken hoe het dan over 10 jaar is. Of het bij andere bedrijven ook in de cultuur gaat zitten. Dat is nog niet gebeurd. Ik vind wel dat het langzaam gaat.’

Op een specifiek terrein, te weten complexe aansprakelijkheidskwesties, wordt wel een toename genoemd:

‘Heel veel zaken die ik doe, daar zit ergens een aansprakelijkheidsverzekeraar die anders moet betalen, of het grootste deel. En daar zie je wel heel veel mediation inmiddels. Dat zijn mediations waarbij een groot schandaal ofzo en bestuurders en commissarissen van een failliet gegaan beursfonds door de VEB worden aangesproken voor de gigantische schade. Maar al die lui zijn verzekerd.’

Mediations succesvol?

De mate waarin de geïnterviewden de mediations waarbij zij betrokken zijn geweest als succesvol hebben ervaren, wisselt:

‘Verliep niet altijd goed.’

‘De uitkomsten daarvan waren wisselend.’

‘Ik heb zeker niet altijd positieve ervaringen. De meeste mediations waarbij ik betrokken was, zijn mislukt.’

‘Als de verhoudingen dusdanig verslechterd zijn, kan het echt helpen om partijen weer in gesprek te brengen. Dat wil niet zeggen dat het dan leidt tot een oplossing die houdt. Want ik heb een aantal keren meegemaakt dat een mediation eindigt in een bindend advies en dat over de tenuitvoerlegging van het bindend advies vervolgens geprocedeerd wordt.’

Citaten waarin men optimistischer is over het resultaat:

‘Het leidt niet altijd tot een positief resultaat, maar vaak ook wel.’

‘Ik heb er een paar gedaan. En tot nu toe (...) zijn ze allemaal geslaagd.’

‘Ik denk dat wel 65% van de gevallen [slaagt].’

‘En in de twee gevallen waarin ik het concreet heb meegemaakt, (...) is het twee keer tot een oplossing gekomen.’

Soms acht men mediation om tactische redenen succesvol:

‘Het is misschien een beetje cynisch, maar een mislukte mediation kan heel nuttig zijn, bijvoorbeeld voor informatie van de wederpartij of tijdwinst.’

Overwegingen om wel mediation te adviseren

In het navolgende worden de door de geïnterviewden genoemde redenen om mediation te adviseren besproken.

1. In mediation meer aandacht voor emoties

Het meest genoemd zijn de voordelen van mediation in termen van emoties.

‘Als ook emoties spelen na bijvoorbeeld een samenwerkingsovereenkomst waar partijen een joint venture hadden en allerlei verwachtingen hadden wat de ander deed, daar is het vaak teleurstelling en frustratie en dat soort dingen. En dat zijn zaken waar je misschien onder deskundige leiding dichter tot elkaar kunt komen.’

‘Ik denk dat het zou kunnen werken in zaken waar partijen elkaar net niet helemaal begrijpen en waar er toch wel wat emotie speelt, wat toch wel stiekem in heel veel conflicten tussen bedrijven evengoed speelt.’

Lodewijk Smeehuijzen

Soms ziet men het voordeel primair in de rationalisering die mediation met zich mee kan brengen:

‘Vooral in geschillen waar iemand vastzit in zijn redenering, waar mensen vastzitten in hun positie. Niet bereid zijn om breder na te denken over oplossing van een geschil, maar zich zodanig in een bepaalde hoek hebben gevochten, dat ze er eigenlijk willen maar niet meer uit kunnen.’

2. *Snelheid van mediation*

Mediation kan ook een rol spelen om conflicten snel te beëindigen:

‘Als er anders oneindig geprocedeerd gaat worden, (...) als partijen duidelijkheid willen op korte termijn.’

Wat mee speelt is:

‘De vraag in hoeverre je haast hebt.’

‘Dus met name de snelheid.’

3. *Belang voortzetting relatie*

Ook wordt genoemd het belang bij voortzetting van de relatie:

‘Als je voorziet dat partijen met een juridische beslissing niet van hun problemen verlost zijn. Dat kan je voorzien. Dit doet zich voor als het gaat om partijen die elkaar in de toekomst nog eens tegen zullen komen. Bijvoorbeeld leveranciers en afnemers.’

‘Of de voortgang van de relatie belangrijk is en daarmee de slagingskans.’

‘Je hebt van die geschillen waarbij partijen tot elkaar veroordeeld zijn om door te werken in de toekomst als dat geschil achter de rug is.’

4. *Tonen goede wil aan rechter*

Een poging tot mediation kan ook helpen om de goede wil te tonen:

‘Ook kan een overweging zijn dat als je weet dat je bij de rechter voor de voeten krijgt gegooid: wilde u niet schikken? Dan kun je reageren met: ik heb zelfs mediation geprobeerd.’

5. *Structureren complexe geschillen*

In complexe geschillen, bijvoorbeeld aansprakelijkheidszaken met een groot aantal betrokken partijen, kan mediation ook een structurerende rol spelen:

‘Je wilt voorkomen dat je 20 procedures hebt waar 20 partijen tegen elkaar gaan procederen en dat echt tot het oneindige duurt, waar eigenlijk de hele

verzekeringsdekking opgaat aan legal fees. Dan moet je gaan praten. En in dit geval, wil je dat structureren, dan wordt daar een onafhankelijke derde voor aangesteld en dat is de mediator.’

6. *Vertrouwelijkheid*

‘Als 50 partners van (...) overhoop liggen, of de ene helft tegen de andere en ze gaan naar de rechtbank, dan staat in alle kranten dat (...) partners elkaar de tent uitvechten en dat is niet zo verstandig.’

‘De mediation waar ik nu in zit, daar is meer (...) het idee (...) het moet in ieder geval niet naar buiten komen, het geschil.’

7. *Alternatief voor confraterneel overleg*

Een variant op die behoefte aan vertrouwelijkheid ten opzichte van de buitenwereld is dat soms mediation wordt gezien als alternatief voor het confraterneel overleg:

‘Ik geloof, toen ik als advocaat begon, was er veel meer echt confraterneel overleg, waarbij je zei: laten we kijken of we er uit kunnen komen en laten we niet direct aan onze cliënt zeggen wat we nu bespreken. (...) Je hebt ook advocaten die zeggen tegenwoordig, je mag wel iets aan mij zeggen, maar ik heb geen geheimen voor mijn cliënt en ga dat allemaal doorvertellen. Nou, dan gebeurt er dus niks. Want dan zegt de advocaat: ik heb geen zin om mijn eigen zwakheden bloot te leggen, of van de cliënt. En dat soort dingen kan je wel doen in mediation. Wat niet lukt in confraterneel overleg.’⁵

8. *Via mediation in gesprek met de wederpartij*

Mediation kan ook een manier zijn om direct met de wederpartij in gesprek te raken:

‘Het is vaak de uitdaging om langs de “slechte” advocaat bij de daadwerkelijke wederpartij uit te komen, want die moet uiteindelijk beslissen en als hij niet inziet dat van waaruit jij en jouw cliënt uitgaan, dan is het heel moeilijk om een brug te slaan. Slechte advocaten zeggen dan: alles wat ik zeg is goed en alles wat de andere partij zegt is onzin. (...) dus soms gebruik je dan een mediation om daadwerkelijk door te prikken naar de wederpartij.’

Overwegingen om geen mediation te adviseren

1. *Mediation is een gepasseerd station*

Een aantal geïnterviewden geeft aan dat mediation veelal geen optie is vanwege de voorgeschiedenis van de zaken waarmee zij te maken krijgen. Vaak is al op een aantal manieren, op verschillende niveaus binnen de onderneming, gepoogd het

5 Ook Croiset van Uchelen, a.w., par. 8, noemt dit aspect nadrukkelijk.

Lodewijk Smeehuijzen

geschil op te lossen. Mediation voegt dan weinig meer toe. Zie de volgende citaten:

‘Doordat daar verschillende mensen naar zo’n zaak kijken en betrokken zijn, vindt altijd al wel een soort interne mediation plaats. Doordat mensen intern aan een kant gaan zeggen van: “ja wat moeten we met het geschil, hoe komen we er uit?”, hebben er al vijf, zes, zeven verschillende mensen hun mening gegeven, naar gekeken en misschien alternatieven gepitcht. Daardoor krijg je al best wel een goed besluitvormingsproces waar mediation niet meer zo veel aan kan toevoegen.’

‘Bij dit soort bedrijven met zulke grote juridische afdelingen is vaak voordat je aan de geschillenbeslechtingroute toekomt, ook al door de juridische afdeling gekeken wat de opties waren. Dan is dat al wel beoordeeld. Om dan nog als een soort van tussenstap, voordat je kunt gaan arbitreren of naar de gewone rechter kunt gaan, te gaan mediaten is vaak niet altijd even effectief en wordt door veel advocaten dan ook gezien als een onnodige hobbel.’

‘Wat je vaak ziet, is dat het conflict op het niveau van de subtop ontstaat. Degene die bij de koper en verkoper verantwoordelijk zijn gesteld voor het verkopen krijgen ruzie met elkaar, die zijn elkaar na jaren helemaal zat. Er ontstaan spanningen. Wat dan vaak gebeurt, is dat het naar een niveau hoger wordt gebracht en dat twee CEO’s een kop thee of een borrel gaan drinken en proberen het op te lossen. Lukt dat niet, dan de voorzitters van de raden van commissarissen. (...) Als je dat allemaal doorlopen hebt (...), is er toch al heel wat water door de Rijn gestroomd.’

Het komt ook voor dat mediation al is overwogen voordat men zich tot een advocaat wendt, veelal omdat dit een vast onderdeel is in de omgang met conflicten.

‘Er zijn sommige cliënten die zijn er zelf echt heel erg mee bezig. Die hebben een policy. Dan moet je denken aan grote multinationals. Die gaan toch wat meer gestructureerd met geschillen om.’

- *Discussie*

Dat de voorgeschiedenis van een geschil aan het nut van mediation af kan doen, is goed te begrijpen. Het ‘escaleren’ naar een hoger niveau vergroot de kans dat de aandacht voor de emotionele dimensie, waarin mediation juist zo sterk is, minder noodzakelijk wordt: ten eerste zullen degenen die uiteindelijk trachten te schikken over het algemeen minder emoties bij de zaak hebben dan degenen tussen wie het conflict is ontstaan. Ten tweede vergroot een dynamiek waarin steeds verschillende mensen tegen een probleem aankijken de kans dat objectievere en creatievere oordeelsvorming plaatsvindt.

De succesvolle inzet van 'proactief conflictmanagementbeleid' binnen ondernemingen kan hier nog aan bijdragen.⁶ Als alle zachtere routes van geschillenbeslechting door de onderneming zelf al zijn betracht, rest de advocaat weinig anders dan te procederen.⁷

2. *Twee goede advocaten hebben geen mediator nodig*

Een aantal advocaten is van oordeel dat mediation weinig meer is dan onderhandelen onder leiding van een derde, en dat als advocaten zelf goed kunnen onderhandelen zij de mediator niet nodig hebben:

'Een goede advocaat met een goede advocaat aan de andere kant heeft nauwelijks een mediator nodig, omdat die advocaten voldoende oog hebben voor het belang van de ander en voor van waaruit de wederpartij denkt en doet. En dat is in grote lijnen ook wat een mediator doet.'

'Met een goede general counsel en een goede advocaat heb je geen mediator nodig, dan los je het zelf op.'

Gezegd wordt dat deze gedachte met name onder oudere advocaten leeft:

'Dat geldt voor advocaten van de oude stempel zeker. Dat moeten wij toch onderling kunnen oplossen en daar hebben we geen mediator voor nodig. Dat het een soort testimonium paupertatis is dat je daar een mediator voor nodig hebt.'

• *Discussie*

Helemaal onbegrijpelijk is de gedachte dat twee goede advocaten geen mediator nodig hebben niet. Men kan het zelfs tot op zekere hoogte beredeneren vanuit de professionele standaard: een advocaat is volgens de Nederlandse gedragsregels verplicht een minnelijke regeling te betrachten. Laten we aannemen dat hij dat op het hoogste niveau kan. Hij beheerst, eventueel in samenwerking met zijn cliënt, het Harvard-onderhandelen (dat wordt tegenwoordig breed beschouwd als de optimale onderhandelingsmethode) tot in de puntjes; hij scheidt mensen van problemen, hij concentreert zich op belangen en niet op posities, hij creëert mogelijkheden alvorens hij een besluit neemt, enzovoort. De andere advocaat kan dat ook. Wat voegt de mediator dan nog toe? Er zijn situaties waarin hij nog meerwaarde heeft. Denk bijvoorbeeld aan de gevallen waarin hem in grote onoverzichtelijke geschillen een structurerende functie wordt toegedicht (grote aansprakelijkheidszaken) of aan gevallen met een sterke emotionele dimensie. Maar vaak zal het moeilijk zijn, om zo te zeggen, de koek nog te vergroten.

6 Zie hierover nader E. van Beukering, *Zakelijke conflictmanagement in breed perspectief*, Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement 2010 (14) 1, p. 12 e.v.

7 Te noemen is in dit verband dat ook vormen van 'interne mediation' effectief kunnen zijn. Zie hierover nader P.D. Olden & G.T.M.J. Raaijmakers, *De president-commissaris als mediator*, *Ondernemingsrecht* 2016/5.

Lodewijk Smeehuijzen

Uitgaande van het ideaalprofiel van de Zuidas-advocaat sluit dus zijn betrokkenheid in veel gevallen uit dat een mediator meerwaarde heeft. Maar het springende punt is uiteraard of advocaten inderdaad altijd aan dat beeld voldoen. Dat weten we niet. Er zijn wel redenen om te betwijfelen of zij de best denkbare onderhandelaars zijn. De concentratie op belangen in plaats van posities, bijvoorbeeld, vergt van iemand die net een advies heeft geschreven over de juridische merites van de zaak een nogal ingrijpende perspectiefwisseling. En niet alle advocaten zijn van nature ontvankelijk voor de belangen van de wederpartij.

Er schuilt ook een probleem in de beoordeling van die kwaliteiten: als wij vinden dat 'een goede advocaat' zo goed kan onderhandelen dat een mediator overbodig is (de hiervoor genoemde uitzonderingen daargelaten), dan suggereert in feite de advocaat die zijn cliënt adviseert te mediaten dat zijn eigen onderhandelingskwaliteiten tekortschieten. Dat is een beeld dat niemand van zichzelf wil oproepen. Hij kan uiteraard zeggen dat de (advocaat van) de wederpartij niet voor rede vatbaar is en dat daarom mediation goed zou zijn. Maar men kan zijn wederpartij dat soort diskwalificaties lang niet altijd met droge ogen aanwrijven.

Het zal, met andere woorden, zo zijn dat de neiging in het mediationadvies de eigen voldoende onderhandelingskwaliteiten als een gegeven te beschouwen, een drukkend effect heeft op het aantal mediations. Voor zover de advocaten inderdaad zo sterk onderhandelen dat een mediator niets kan toevoegen, is dat (grotendeels) terecht. Voor zover zij zichzelf overschatten niet.⁸

3. *Mediation impliceert concessies*

Verschillende advocaten menen dat een gebrek aan bereidheid water bij de wijn te doen prohibitief is voor een geslaagde mediation. Of:

'Als je een mediationstraject in gaat, dan moet je ook een mandaat hebben om te schikken. (...) Als je weet dat jouw mandaat nooit in de buurt gaat komen van het mandaat dat de ander heeft, dan kan je mediaten wat je wilt, maar dan kom je er nooit uit.'

Men meent voorts dat het een proces is 'waarbij je bijna automatisch in het midden terecht komt'.

• *Discussie*

Inderdaad lijkt de onwil één of meer substantiële concessies te doen wel op voorhand dodelijk voor een mediation. De meerwaarde zou hem dan nog kunnen zitten in het vinden van een creatieve oplossing waarin de kool en de geit worden gespaard. Maar dat de mediator een dergelijke oplossing uit de hoge hoed kan

8 Ook Croiset van Uchelen, a.w., par. 6 twijfelt: 'Men zou dus in zekere zin verwachten dat een advocaat niet alleen alle argumenten bedenkt die voor het standpunt van zijn cliënt pleiten, maar ook uitvoerig de tijd neemt om de argumenten voor de wederpartij in kaart te brengen. Hij zou dus in staat moeten zijn om een objectieve inschatting te geven van de proceskansen van zijn cliënt. Als beide advocaten hun werk goed doen, zou de inschatting dan toch niet zo heel ver uiteen moeten lopen? En een regeling binnen handbereik? De praktijk is echter vaak toch anders.'

toveren, lijkt, gegeven ook de typische voorgeschiedenis van een groot zakelijk geschil, veelal onwaarschijnlijk.⁹

4. *Het doel is een rechterlijk oordeel*

Soms is mediation naar het oordeel van de geïnterviewden geen optie, omdat het partijen om een rechterlijke uitspraak te doen is:

‘Als je duidelijkheid wilt over je juridische positie heb je niet veel aan een mediator, maar dan wil je een uitspraak van een rechter en waarschijnlijk ook van de Hoge Raad.’

‘Het kan zijn dat je een principiële uitspraak van een rechter nodig hebt.’

‘Er zijn ook sommige zaken die ook absoluut niet te mediaten zijn, zoals proactieve acties.’

• *Discussie*

Als partijen een rechterlijk oordeel willen, valt moeilijk in te zien dat mediation een optie zou zijn. Of het hier om een substantieel deel van de geschillen gaat, valt overigens te betwijfelen. Rechtsvorming, of iets wat daarop lijkt, zal toch slechts bij uitzondering een doel van partijen zijn. Een voorbeeld van zo'n uitzondering zijn verzekeringsmaatschappijen die duidelijkheid willen over een vraag van aansprakelijkheidsrecht die in meerdere dossiers speelt.

5. *Gebrek aan vertrouwen*

Je vertrouwt je wederpartij onvoldoende:

‘Als je te maken hebt met opportunisten, (...) zonder dat het recht aan hun zijde ligt of kijken van nou, als ik nu hier lieg en dit stel, hoe ver zou ik dan kunnen komen. Daar valt niet te goeder trouw mee te onderhandelen en ook niet onder begeleiding van een mediator.’

‘Soms is er te veel wantrouwen. En denken ze: ja, ik heb er geen fiducia in dat ik met jou tot overeenstemming ga komen. Je gaat vast de mediator ook om de tuin leiden.’

• *Discussie*

Inderdaad lijkt men voor succesvolle mediation wel een zeker vertrouwen in de wederpartij te moeten hebben. Partijen moeten bereid zijn met elkaar aan tafel te overleggen over wat hen verdeeld houdt. Is die bereidheid er niet, dan is mediation slecht voorstelbaar.¹⁰

9 Dat een zekere bereidheid water bij de wijn te doen een vereiste voor mediation is, wordt in de literatuur breed aanvaard. Zie onder vele anderen P. N. Wakkie, Een praktijkgeval: ex parte mediation in de VS, *Ondernemingsrecht* 2016/10.

10 Zo ook Brenninkmeijer e.a., a.w., par. 1.9.

Lodewijk Smeehuijzen

6. *De wederpartij wil niet of de cliënt wil niet*

Een oorzaak waardoor het niet van mediation komt, ook als de advocaat wel geneigd is het te adviseren, is dat alle betrokkenen moeten instemmen. Iedereen moet het willen:

‘De cliënt ziet dat niet zitten. Of de wederpartij ziet het niet zitten. Of de advocaat van de wederpartij ziet het niet zitten. (...) Ik heb weleens meegeemaakt dat iedereen, dus zowel de wederpartij als de advocaten als wel de cliënt het wel zag zitten, maar dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de cliënt het niet wilde.’

Of de advocaat die antwoordde dat het in ongeveer 5% van zijn zaken tot mediation komt:

‘We stellen het vaker voor dan in 5% van de gevallen. Maar het komt niet altijd tot mediation (...). Maar we stellen het vaker voor dan 5%.’

• *Discussie*

Het hier genoemde punt is niet zozeer een overweging om geen mediation te adviseren, maar een feitelijke constatering: alle partijen moeten het willen. De instemming van een partij vergt in de regel de instemming van meerdere (rechts)personen; de casus van de afwijzende aansprakelijkheidsverzekeraar is hiervan een treffende illustratie. In het nadeel van mediation werkt dan waarschijnlijk ook nog dat mediation iets ‘bijzonders’ is; naarmate meer mensen instemmingsrecht hebben, tendert de oplossing naar de standaard – en die is niet mediation. De aan mediation inherente vrijwilligheid moet dus geacht worden een sterk drukkend effect te hebben op het marktaandeel van mediation.

7. *Ken geen goede mediators of geen voldoende assertieve mediators*

Een gebrek aan goede mediators is bij herhaling genoemd als reden om geen mediation te adviseren:

‘Nou, als je wilt weten waarom ik het zelf nog minder heb geadviseerd dan ik misschien zou willen, dan is het eigenlijk een gebrek aan kennis van echt goede mediators. Dat is voor mij nog onvoldoende zichtbaar. Wie zijn nou echt goede mediators?’

Een andere advocaat zegt over de mediators die hij heeft meegemaakt:

‘Ze zijn gewoon niet goed, ze nemen geen afstand.’

Met als spiegelbeeldige variant de behoefte juist aan assertievere mediators:

‘Ik denk dat Nederland gebaat zou zijn bij assertievere mediators, die een meer proactieve houding aannemen, wat sturender zijn. Dit in tegenstelling tot de Nederlandse doctrine: de mediator zelf vindt niks, die pendelt alleen

maar tussen twee partijen. Ik doe nu een mediation onder leiding van een Amerikaanse mediator en hij heeft een heel andere visie, hij zegt wat hij vindt. (...) als ik een mediation instap, dan probeer ik altijd de meest proactieve mediator te krijgen die ik kan vinden, omdat ik geloof dat dat helpt.¹¹

• *Discussie*

Het is eenvoudig: wil een advocaat mediation adviseren aan zijn cliënt, dan moet hij van de aan te zoeken mediator een positief beeld hebben. Als hij geen mediator kent van wie hij een positief beeld heeft, zal hij minder snel mediation adviseren. Hij kan wel proberen via via op een naam te komen, maar men adviseert het liefst vanuit eigen kennis en ervaring.

Als de zaak bij mediation gebaat zou zijn, dan is een gebrek aan goede mediators een onbevredigende reden om van mediation af te zien. Daarmee wil niet gezegd zijn dat de advocaat die van mediation afziet omdat hij geen goede mediator kent, een verwijt treft. Het kan zo zijn dat het aanbod nog niet op voldoende niveau is, of dat nog onvoldoende kenbaar is wie de goede zakelijke mediators zijn.

Overigens past wel de kanttekening dat er de laatste jaren veel is gebeurd op de markt van zakelijke mediation. Er is waarschijnlijk meer tijd nodig om de toetreding van nieuwe partijen tot het bewustzijn van de gehele Zuidas-advocatuur te laten doordringen. Niet ondenkbaar is dat over een paar jaar de onbekendheid met goede mediators zich minder voordoet.¹²

Door de interviewers genoemde overwegingen

De interviewers hebben over drie specifieke punten aan de geïnterviewden gevraagd of die van belang zijn bij het al dan niet adviseren van mediation.

1. *Kwaliteit rechterlijke macht*

Er wordt wel gezegd dat in Nederland het procederen voor de overheidsrechter relatief snel, goedkoop en van hoge kwaliteit is (hoewel hierover op zichzelf verschil van mening mogelijk is). Doet zich de noodzaak van een alternatief daardoor minder sterk voelen? De reacties op deze suggestie liepen uiteen. Ongeveer een derde van de geïnterviewden had geen uitgesproken oordeel. Een derde gaf antwoorden als de volgende:

‘Dat de rechtspraak relatief goed is, speelt zeker mee. Advocaten zijn relatief goedkoop, de rechters zijn van goede kwaliteit en je kunt vertrouwen op een

11 Over (de wenselijkheid van) de actieve mediator schrijft bijvoorbeeld M. Brink, (Business) mediation en materiedeskundigheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 13 e.v.

12 Dat goede mediators onvoldoende kenbaar zijn, beoogde de wetgever op te lossen met het wetsvoorstel Registermediator (Kamerstukken II 2012/13, 33722, nr. 3, p. 7): ‘Aan ingeschreven mediators wordt de wettelijk beschermde titel van registermediator toegekend. Daarmee kunnen zij zich op een voor derden eenvoudig herkenbare manier afficheren als een professionele mediator die voldoet aan de wettelijke standaarden van kwaliteit en integriteit.’ Over het algemeen betwijfelen de geïnterviewde advocaten of een dergelijk register hen op het spoor zou zetten naar de mediator van het kaliber dat zij wensen.

Lodewijk Smeehuijzen

onafhankelijk oordeel van de rechter. (...) Daarnaast is het risico bij verlies van een zaak niet zo enorm als in Amerika.'

'Het systeem in Nederland is goedkoop en werkt heel goed, onze rechterlijke macht is heel goed. Zou ik in Afghanistan moeten procederen, dan liever arbitrage of mediation.'

Ook een derde dacht, daarentegen, langs de volgende lijnen:

'Ik denk zeker dat de Nederlandse rechter relatief goedkoop goede kwaliteit levert. (...) Maar ik denk niet dat dit de noodzaak voor mediation minder maakt. Niemand heeft er behoefte aan naar de rechter te gaan.'

'Dat is een mooie stelling, maar daar ben ik het niet mee eens. Ik denk dat de rechter relatief prima is, maar het is een vrij langdurig proces en zeker niet goedkoop.'

• *Discussie*

Dat deze stelling heel verschillende reacties oproep, verbaast eigenlijk niet. Veel van de aan mediation toegeschreven voordelen biedt de rechter niet: aandacht voor de emotionele dimensie, behoud van relatie, structureren van complexe geschillen, enzovoort. Op die vlakken kan de procedure op tegenspraak mediation dus niet vervangen. Aan de andere kant: mediation is een vorm van geschillenoplossing. De mate waarin men zich tot die vorm wendt, zal toch mede afhankelijk zijn van de kwaliteit van de alternatieven, waarvan de overheidsrechter er een is. Noemenswaardig in dit verband is dat de rechtspraak in de afgelopen jaren 'concurrerender' is geworden ten opzichte van mediation, in die zin dat de procedure op tegenspraak informeler is geworden en vroeg in het proces wordt getracht de echte geschilpunten boven tafel te krijgen en partijen bij elkaar te brengen. De rechter is zich, zo wordt soms wel gezegd, in zekere zin meer als mediator gaan gedragen. In het bijzonder verdient opmerking dat de Ondernemingskamer¹³ in sterkere mate dan de gewone rechter in staat is een beslissing op maat te snijden met inachtneming van de *belangen* van partijen.^{14, 15}

2. *Verlies controle*

Is een negatieve overweging dat mediation advocaten de controle over de zaak doet verliezen? Hier wordt verschillend over gedacht. Sommigen menen van wel:

- 13 De Ondernemingskamer is een landelijk Nederlands rechterlijk orgaan dat onderdeel is van het Gerechtshof Amsterdam. Het heeft de taak (juridische) geschillen in Nederlandse vennootschappen te beoordelen en hier bindende uitspraken over te doen. Dit kunnen geschillen zijn tussen het bestuur, de raad van commissarissen, de aandeelhouders of de werknemers. Zie nader de site van de Ondernemingskamer op www.rechtspraak.nl.
- 14 E. Soerjatin, Mediation in OK-zaken, een kwestie van pellen, De Commissaris (DLA Piper), september 2011-16 en Croiset van Uchelen, a.w., par. 8.
- 15 Zie nader over mediation en de Ondernemingskamer P. Ingelse, De Ondernemingskamer en alternatieve geschillenbeslechting, Ondernemingsrecht 2016/8.

‘Er kunnen allerlei redenen zijn waardoor het voor een advocaat eng is om in mediation te stappen, want je hebt het niet helemaal onder controle.’

‘Controle verliezen misschien ook wel. Je hebt als advocaat een bescheiden rol bij mediation.’

Anderen meenden dat controleverlies geen rol speelt:

‘Het is niet een reden waarom ik geen mediation voorstel. Mijn ervaring is dan ook niet dat je de controle kwijt raakt (...).’

‘Mijn reactie daarop is, in hoeverre heb je sowieso controle over wat er gebeurt. Je bent overgeleverd aan het oordeel van de rechtbank. De wederpartij kan allerlei dingen aanvoeren, stellen. Allerlei incidenten mogelijk. Echt controle heb je niet.’

Controleverlies speelt geen rol:

‘want je bepaalt precies hoe je je gaat opstellen en wat je prijs geeft’.

• *Discussie*

Wij zien dat een aantal advocaten meent over mediation niet minder controle te hebben dan over de procedure op tegenspraak. In zekere zin is dat ongetwijfeld waar: de advocaat kan op elk moment adviseren de stekker uit de mediation te trekken, hij gaat alleen akkoord met de vaststellingsovereenkomst als hij dat wil (dat is met een vonnis toch bepaald anders), ook in een gewone procedure kan de wederpartij met onverwachte punten komen, enzovoort.

Aan de andere kant lijkt mediation ontegenzeggelijk een opener, in zekere zin grilliger context te bieden dan de procedure op tegenspraak. Voor de rechter geldt als uitgangspunt het partijdebat (zij het in mindere mate dan vroeger en in mindere mate ook voor de Ondernemingskamer), argumenten worden gewisseld binnen een vaste context, de advocaat formuleert zelf de argumenten van zijn cliënt. Dat is binnen mediation allemaal anders: de mediator is actiever dan de rechter, het debat is minder ingeperkt, de procedure opener, de mediator gaat even praten zonder advocaten erbij, enzovoort. Alleen al het feit dat het niet per definitie via de advocaat loopt, lijkt toch een zekere mate van controleverlies te impliceren.

3. *Minder te declareren*

Speelt in het kader van de advisering over mediation een rol dat men bij mediation minder kan declareren? Geen van de geïnterviewde meent dat dit bij henzelf een rol speelt. Sommigen menen dat het ook bij anderen geen rol speelt:

‘Het is nooit in mij opgekomen en ik weet zeker ook niet (...) bij anderen.’

‘Op dit kantoor kul. Ook bij [ander Zuidas-kantoor] kul.’

Lodewijk Smeehuijzen

De meerderheid meent dat dit voor anderen waar zou kunnen zijn, maar niet voor henzelf:

‘Nou, ons kantoor, ons niveau, speelt dat geen rol. Ik kan mij misschien voorstellen dat het bij kleinere kantoren met kleinere zaken een rol kan spelen.’

‘Ik denk dat dat over het algemeen best eens waar zou kunnen zijn. Niet voor ons.’

‘Nee, ik bevind me in de luxe positie dat ik het te druk heb, dus ik heb die incentive niet.’

‘Ja dat is wel waar. Ik geloof dat het een klein deel van de beroepsgroep is, maar er zijn er die zo denken.’

Een aantal maakt hierbij expliciet onderscheid tussen de Zuidas-advocatuur en andersoortige advocatuur:

‘Soms heeft de advocaat van de wederpartij er belang bij om maar zo lang mogelijk te procederen, want daar wordt geld mee verdiend. Ja, dat komt voor. Dat zie je met name bij kleine kantoren of eenpitters. Advocaten die hun eigen kantoortje hebben. Dan is het niet altijd even eenvoudig om werk binnen te halen.’

Ter adstructie van die stelling dat geld het punt niet is:

‘Je hebt ook het idee dat je cliënten een dienst bewijst met een geslaagde mediation. En dat is weer goed voor de relatie met de cliënt en hopelijk krijg je er nieuw werk uit. Er zit ook een commercieel belang, denk ik.’

‘(...) als je heel goed bent in mediation kun je daar net zo goed aan verdienen.’

• *Discussie*

Of men zich in zijn advisering over mediation laat beïnvloeden door de hoogte van de declaratie, is welbeschouwd een gewetensvraag. Want de opdracht is uiteraard de cliënt het beste advies te geven. Eigen verdiensten horen daarbij geen rol te spelen. Wie zegt dat hij geen mediation adviseert omdat hem dat minder oplevert, zegt in feite dat hij zijn vak niet goed uitoefent. Zo'n oordeel spreekt niemand over zichzelf uit.

Wij hebben deze vraag toch gesteld, omdat het nu eenmaal een gedachte is die opkomt bij wie van een afstandje naar het probleem kijkt: advocaten verdienen hun geld (in belangrijke mate) met procederen. Mediation kan procederen overbodig maken; het bedreigt het advocatuurlijke verdienmodel. Advocaten zullen het dus wel buiten de deur willen houden. Zo ook de parlementaire geschiedenis: een beletsel voor de opkomst van mediation is ‘de aanwezigheid van andere aanbieders op de markt van geschiloplossing’, zoals ‘advocaten die geen belang (denken te) hebben bij doorverwijzing (...)’.

Dit verschijnsel wordt door een substantieel deel van de geïnterviewden op zichzelf ook wel herkend, maar zij menen dat het zich alleen voordoet in de zwakke gebieden van de markt; kleinere kantoren, eenpitters. In de top gebeurt het niet. Dat is plausibel als men uitgaat van een optimaal functionerende markt. Met een succesvolle mediation is de cliënt geholpen. In een optimaal functionerende markt kan men het zich niet veroorloven cliënten het beste resultaat te onthouden.

In hoeverre de Zuidas-advocatuur inderdaad met dat model overeenkomt, weten we niet. De *general counsel* van een multinational laat zich zonder twijfel minder snel nodeloos het litigieuze pad opsturen dan, zeg, het scheidende echtpaar of de ruziënde buurman. Maar zelfs voor de zeer professionele cliënt is niet eenvoudig vast te stellen of mediation een beter resultaat had opgeleverd dan een procedure. Het zal ook subtieler zijn dan dat een advocaat 'geen mediation adviseert met het oog op zijn eigen verdiensten'. Het is in de praktijk waarschijnlijk veeleer zo, dat bijvoorbeeld de cliënt zelf niet over mediation begint en de advocaat vanuit zijn zakelijke intuïtie geen prikkel voelt het onderwerp te berde te brengen. Als de advocaat aan een mediation drie keer zoveel zou verdienen als aan een procedure, zou soms die optie wellicht toch sneller bij hem opkomen.

Beschouwingen

Hieronder volgt een aantal beschouwingen naar aanleiding van de interviews.

1. *Het beeld van de effectiviteit van mediation is wisselend*

Advocaten bleken wisselende ervaringen met de effectiviteit van mediation te hebben. Dat is een constatering waarvan het belang niet onderschat moet worden. Eerdere ervaringen bepalen in hoeverre advocaten in mediation 'geloven' en dat geloof kleurt toekomstige advisering.

2. *Twee bijzondere overwegingen om te mediaten*

Veel van de door de geïnterviewden genoemde redenen om te mediaten zijn bekend uit de literatuur. Uit de interviews kwamen twee oorspronkelijke en specifiek voor de advocatuur bruikbare overwegingen naar voren. De eerste is dat mediation een alternatief voor het confraternele overleg zou kunnen zijn. De tweede is dat mediation een manier zou kunnen zijn om direct in gesprek te raken met de wederpartij in die gevallen waarin die wederpartij wordt bijgestaan door een weinig constructief opererende advocaat.

3. *Veel overwegingen om mediation niet te adviseren zijn navolgbaar*

De redenen waarom Zuidas-advocaten geen mediation adviseren zijn grotendeels navolgbaar. Dat in het voortraject op verschillende niveaus door verschillende mensen is getracht via onderhandelingen tot een minnelijke regeling te komen, is veelal een goede reden om aan te nemen dat mediation geen zin meer heeft. Even plausibel is de constatering dat de goede advocaat samen met een professionele cliënt veel (niet alles) van wat de mediator kan, overbodig maakt. Begrijpelijk is

Lodewijk Smeehuijzen

ook dat mediaten niet voor de hand ligt als de cliënt geen water bij de wijn wil doen, hij een principieel oordeel wil hebben of de wederpartij totaal niet vertrouwt.

Bij die overwegingen valt wel te bedenken dat we niet weten of ze altijd voldoende steun vinden in de feiten. Het kan, bijvoorbeeld, best zo zijn, dat ook als in verschillende configuraties is getracht een geschil op te lossen, er soms toch nog ongeziene wegen naar een minnelijke regeling zijn. En het kan ook best zo zijn, dat de advocaten niet de ideale onderhandelaars zijn geweest waarvoor zij zichzelf hielden. Maar dit soort bedenkingen doet aan de principiële geldigheid van de genoemde overwegingen niet af.

Het is aannemelijk dat deze zeef van negatieve overwegingen heel veel zaken bij mediation wegvangt. Van het percentage dat overblijft, moet dan ook nog weer een heel groot deel worden afgetrokken, omdat de wederpartij met mediation moet instemmen; de vrijwilligheid van mediation betekent een fikse korting (denkelijk tientallen procenten) op haar marktaandeel.

4. *Oneigenlijke overwegingen (i): Gebrek aan goede mediators*

Dat advocaten geen goede of geschikte mediator kennen, lijkt eigenlijk de belangrijkste benoemde oneigenlijke overweging om geen mediation te adviseren (zie over de mogelijk onbenoemde hierna). Voorstelbaar is dat nieuwe toetreders tot de markt dit probleem minder doen klemmen. Ter vermijding van misverstanden zij opgemerkt dat met oneigenlijk niet bedoeld wordt een ‘verkeerde’ overweging. Het is terecht dat men geen mediator benadert zonder van zijn kwaliteiten overtuigd te zijn. Bedoeld wordt dat die overweging is gebaseerd op een feitelijke situatie – de advocaat kent geen goede mediators – die te voorkomen ware.

5. *Oneigenlijke overwegingen (ii): Het eigen verdienmodel*

Het blijft moeilijk iets te zeggen over het effect van het advocatuurlijke verdienmodel op de neiging mediation te adviseren. Wij zagen dat advocaten over zichzelf zeggen dat dit geen invloed heeft, onder andere omdat zij zich in een zeer competitieve markt geen suboptimale dienstverlening kunnen veroorloven – is mediation het beste voor de zaak, dan adviseert men dus mediation – en omdat zij toch werk genoeg hebben. Voor andere delen van de markt konden de geïnterviewden zich wel voorstellen dat declarabele uren advocaten naar litigieus handelen kunnen toetrekken.

Men kan bij een onderwerp als dit, dat voor een deel gaat over integere beroepsuitoefening, niet volstaan met het interviewen van de beroepsgroep zelf. Als men bij de gedachtevorming over deze kwestie verder wil komen, lijkt het nuttig interviews met *general counsels* af te nemen. Zij zijn de opdrachtgever en hun antwoord impliceert in mindere mate een oordeel over het eigen handelen.

6. *Oneigenlijke overwegingen (iii): Persoonlijkheid advocaat*

Er is een thema dat niet door de interviewers te berde is gebracht, omdat het uitnodigt tot het soort zelfanalyse waarvoor de onderhavige interviews geen geschikte setting vormden. Het betreft de persoonlijkheid van succesvolle *litigators* op de Zuidas.

Een van de geïnterviewden zei, zonder daarnaar gevraagd te zijn, dat je het leuk moet vinden partijen bij te staan als partijdig adviseur.

‘Dat is ook waar je op wordt uitgezocht als je bij zo’n kantoor aan de slag gaat. Dan willen ze een echte litigator. Als je solliciteert en een meer senior positie krijgt, wordt wel verwacht dat je je tanden bijt in zo’n geschil en dat je er vol voor gaat. Daar past een persoonlijkheid bij en bij die persoonlijkheid past het niet heel erg dat je denkt aan de belangen van de wederpartij.’

Het lijkt inderdaad voorstelbaar dat men onder succesvolle *litigators* een bovengemiddelde hang naar het juridische gevecht treft. Dat het selectieproces dat in de hand werkt, klinkt plausibel: men wordt geen partner zonder goed in het juridische gevecht te zijn. En alleen degenen die het leuk vinden, worden er echt goed in.

In hoeverre dit fenomeen inderdaad bestaat, weten we niet en in hoeverre er kansen op succesvolle mediation door worden gemist – de minder agressieve persoonlijkheid had op een succesvolle mediation aangestuurd – weten we ook niet. Maar omdat de ‘grondhouding’ ten aanzien van geschillenbeslechting geacht moet worden sterk van invloed te zijn op mediationadvisering, is dit punt in potentie te belangrijk om onbenoemd te laten. Nader onderzoek zou interessant zijn.¹⁶

7. Ontwikkeling ‘protocol’ lijkt zinvol

Uit de interviews blijkt dat de overwegingen van individuele advocaten om mediation al dan niet te adviseren sterk uiteenlopen. Tegelijkertijd hebben veel van die overwegingen een vrij algemene geldigheid. Vrijwel steeds zal relevant zijn, bijvoorbeeld de mate waarin partijen in verschillende constellaties al op een minnelijke oplossing gekneet hebben. Hetzelfde geldt voor de andere punten.

Het lijkt zinvol die overwegingen – aangevuld met nader onderzoek – in enig stuk samen te brengen.¹⁷ Een dergelijk overzicht kan helpen de mediationadvisering door advocaten verder te rationaliseren. Die exercitie is zo men wil te beschouwen als invulling van de professionele standaard. De advocaat is gehouden een minne-

16 Croiset van Uchelen, a.w., par. 1 schrijft: ‘Er leeft onder de nodige ondernemingsrechtadvocaten een instinctieve weerstand tegen mediation, waarvan het goed is die meteen maar te benoemen. Deze advocaten zijn strak in het pak zittende vechtersbazen, die “alles uit de kast halen” voor hun cliënt en met argumenten op het scherpst van de snede hun zaak willen winnen. Deze testosteronjunks vinden het mediatorsgilde maar een suède schoenenbrigade van starry-eyed types, voor wie een dag pas echt geslaagd is als twee voormalige kemphanen eindelijk de emotionele wortels van hun conflict hebben ingezien en elkaar wenend om de hals vallen.’

17 Iets dergelijks is voor de advocatuur in algemene zin (dus niet specifiek voor de Zuidas-advocatuur) gedaan door Manon Schonewille, *Toolkit Mediation Advocacy*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, par. I-4, in het bijzonder p. 86. Voor een algemene *road-map* naar conflictoplossing (dus ook buiten de advocatuur) zie E. van der Drift, L. Franssen, L. Moerdijk & S. Praagman, Eindopdracht ‘Mediation in zakelijke geschillen’ – Wijzer in conflictmanagement, Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement 2010 (14) 1, p. 83 e.v. Zie van een Zuidas-kantoor over de vraag wanneer wel of geen mediation: E. Meerdink, To mediate or not to mediate, www.debrauw.com/publication/mediate-mediate.

Lodewijk Smeehuijzen

lijke regeling te betrachten. Mediation is in dat kader een serieus te nemen optie. De verwerping of omarming van die mogelijkheid moet dus weloverwogen geschieden. Het ligt voor de hand een dergelijk stuk te ontwikkelen in co-creatie tussen wetenschap en praktijk.

Van de bindende kracht van een dergelijk instrument moet men zich overigens geen overdreven voorstelling maken. Het gaat om beslissingen waarin moeilijk objectiveerbare tactische en strategische keuzes een rol spelen. En zeker zolang geen harde cijfers bestaan over de effectiviteit van mediation in, om zo te zeggen, Zuidas-advocatuurlijke zaken heeft elke advocaat recht op zijn eigen mediation-scepsis of -geloof.

Conclusie

Dit artikel is het verslag en de analyse van een reeks semigestructureerde interviews met op de Amsterdamse Zuidas gevestigde advocaten over de mogelijkheden van mediation in hun praktijk. In de praktijken van de geïnterviewden vindt mediation betrekkelijk weinig plaats. De ervaringen met mediation zijn wisselend.

De overwegingen die men noemt om *wel* mediation te adviseren zijn grotendeels bekend uit de literatuur: aandacht voor emoties, snelheid, belang voortzetting relatie, het tonen van goede wil aan de rechter, structurering van complexe geschillen en vertrouwelijkheid. In mindere mate in de literatuur beschreven en vrij specifiek betrekking hebbend op de (Zuidas-)advocatuur kwamen ook uit de interviews naar voren: de mogelijkheid met behulp van een proactieve mediator buiten een 'slechte' advocaat om direct met de wederpartij in gesprek te komen en mediation als alternatief voor het in de praktijk lichtelijk tanende confraternele overleg.

De overwegingen die men noemt om *geen* mediation te adviseren zijn deels specifiek (Zuidas-)advocatuurlijk: een minnelijke regeling is al op verschillende niveaus binnen de betrokken ondernemingen betracht, twee goede advocaten (met professioneel opererende cliënten) hebben geen mediator nodig, partijen beogen een rechterlijk oordeel te krijgen, mediation impliceert concessies, groot wantrouwen jegens de wederpartij, de wederpartij wil niet of de cliënt wil niet en, tot slot, onbekendheid met goede of voldoende assertieve mediators.

Principieel beschouwd zijn vrijwel alle genoemde overwegingen om geen mediation te adviseren valide. De echte vraag is of die overwegingen steeds voldoende steun in de feiten vinden – is een regeling uitputtend betracht? Zijn de betrokken advocaten ideale onderhandelaars? Enzovoort. Principieel beschouwd is de enige niet-valide overweging de onbekendheid met goede of voldoende assertieve mediators.

Sommige aspecten kunnen in een onderzoek als het onderhavige niet worden geacht volledig boven water te komen, omdat ze te dicht bij de geïnterviewden staan. Het gaat bijvoorbeeld om de verhouding tussen mediation en het advocatuurlijke verdienmodel (daar is de advocaten overigens wel naar gevraagd) en de

vraag of de persoonlijkheid van de geslaagde *litigator* hem van mediation af doet neigen.

Het lijkt zinvol ten behoeve van de praktijk de overwegingen mediation al dan niet te adviseren in enig stuk samen te brengen. Een dergelijk overzicht kan helpen de mediationadvisering door advocaten verder te rationaliseren. Dat stuk zou een co-creatie van wetenschap en praktijk moeten zijn.