

DE DEONTOLOGIE VAN DE BEMIDDELAAR

lezing UA Antwerpen 14 mei 2007

Matthias E. Storme
hoogleraar UA, buitengewoon hoogleraar KU Leuven, advocaat

Inhoud

Inleiding

1. Eigenheid van de bemiddelaar.

In 6 punten

2. Bronnen

1° Wet

2° Gedragscode voor erkende bemiddelaars van de federale bemiddelingscommissie

3° Europese gedragscode

4° Europese Aanbeveling

5° Deontologische regels van Beroepsorden

6° Reglementen van instelling waarbij bemiddelaar is aangesloten

7° Contract

8° Ethiek

3. Belangrijkste regels van deontologie

1. Bekwaamheid

2. Regels inzake publiciteit

3. Onafhankelijkheid, belangenconflicten

4. Informatieplicht over bemiddeling zelf ("transparantie")

5. Taak van bemiddeling zelf, onpartijdigheid en fairness waarborgen

6. Informatieplicht mogelijk akkoord: informed consent bevorderen

7. Behoud onpartijdigheid na bemiddeling

8. Geheimhoudingsplicht en beroepsgeheim

Inleiding

We hebben in de vorige colleges reeds een algemene visie ontwikkeld op de deontologie van de jurist. We hebben toen de belangrijkste algemene beginselen van deze deontologie besproken en ook kort aangegeven wat de belangrijkste verschillen zijn. Ik heb echter ook de gemeenschappelijke waarden benadrukt van alle juridische beroepen, hoe verschillend zij ook mogen zijn in hun concrete rol.

Verder hebben we reeds de deontologie besproken van de rechter en de arbiter, van de magistraten van het openbaar ministerie, en van de advocaat, de bedrijfsjurist, en de gerechtsdeurwaarder. Later in deze cursus vak komt onder meer de notaris en de gerechtsdeskundige aan bod. Vandaag willen we het hebben over de bemiddelaar.

Ik zal eerst even de positie van de bemiddelaar schetsen, vervolgens de bronnen nagaan van de deontologie van de bemiddelaar en ten derde ingaan op de belangrijkste regels van deze deontologie.

1. Eigenheid van de bemiddelaar.

In 6 punten

1° De bemiddelaar is zoals de arbiter geen apart beroep, maar een functie die men uitoefent, meestal vanuit een bestaand beroep zoals bv. advocaat. Wanneer de bemiddelaar daarnaast zijn beroep uitoefent, doet dit de mogelijkheid van conflicten rijzen waaraan deontologisch aandacht moet worden besteed.

2° De bemiddelaar wordt door de partijen gekozen, rechtstreeks of onrechtstreeks. Dat laatste vinden we wanneer ze de aanstelling aan een derde, bijvoorbeeld een bemiddelingsinstituut, overlaten. De partijen zijn dus wel de gemeenschappelijke opdrachtgever.

3° Zoals de rechter en de arbiter en in mindere mate de notaris heeft de bemiddelaar een fundamentele plicht tot onpartijdigheid, waar de rol van de advocaat die als advocaat optreedt essentieel partijdig is. Men moet die partijdigheid wel correct begrijpt: de advocaat verdedigt de belangen van één partij en kan in die hoedanigheid geen tegenstrijdige belangen verdedigen; dit betekent niet dat de advocaat zich tot gelijk wat mag lenen. Maar er blijft een groot verschil met de eis van onpartijdigheid van de bemiddelaar. Die is wel niet helemaal dezelfde als bij een rechter of arbiter, omdat de bemiddelaar géén bevoegdheid heeft het geschil te beslechten of de partijen te verbinden. Doel van de bemiddeling is het zoeken naar een redelijk vergelijk tussen partijen¹.

4° Zoals de arbiter en de gerechtsdeskundige anders dan de rechter wordt de bemiddelaar in beginsel door de partijen betaald (of hun rechtsbijstandsverzekeraar, dan wel de rechtsbijstand van de overheid); anders dan de arbitrage kan de bemiddeling wel ééNZijdig door elk van de partijen worden stopgezet; dit belet niet dat hij als gemeenschappelijk mandataris van partijen een zuinigheidsplicht heeft en

¹ Art. 14, 1 voormalig Reglement bemiddeling Nationale Orde van Advocaten.

dat hij zoals elke professionele mandataris slechts kan optreden mits hij de nodige beroepsbekwaamheid heeft voor de zaak.

5° Zoals de andere juridische beroepen en functies is de bemiddelaar een persoon aan wie omwille van hun beroep of functie geheimen worden toevertrouwd en heeft hij dus de plichten en daaruit voortvloeiende rechten van het beroepsgeheim en het daaruit voortvloeiende verschoningsrecht. Zoals we in een vorig college gezien hebben betreft dat laatste vooral het recht niet te getuigen en geen stukken te overleggen wanneer dat gevorderd wordt. Wel zal het naargelang het beroep of de functie verschillen welke gegevens als geheim worden toevertrouwd. Voor de bemiddelaar is bovendien typisch dat hij jegens beide partijen tot vertrouwelijkheid gehouden is, niet enkel jegens de partij die de gegevens toevertrouwd. Dat laatste vinden we wel in beperkte mate bij de advocaat, namelijk in geval van vertrouwelijke briefwisseling tussen advocaten.

6° Zoals alle juridische beroepen moet de bemiddelaar ook rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van derden. Enkele voorbeelden daarvan komen hieronder ter sprake.

2. Bronnen

Ik vermeld er een 8-tal

1° De wet regelt het beroepsgeheim (art. 1728 § 1, lid 3 GerW *juncto* 458 SW). Bepaalde aspecten daarvan worden ook geregeld door een Europese Ontwerp-Richtlijn betreffende bemiddeling in burgerlijke en handelszaken. Het voorstel daartoe dateert van 2004 en het werd in maart 2007 in eerste lezing geamendeerd door het Europees Parlement. De voorgestelde regels zijn conform het Belgische recht, doch dit zal allicht wel in de wettekst zelf moeten verduidelijkt worden met betrekking tot de overlegging van stukken (*actio ad exhibendum*).

2° De gedragscode voor erkende bemiddelaars, op te stellen door de federale bemiddelingscommissie (art. 1727 § 6, 7° GerW). Deze zou over tegen begin juni 2007 gepubliceerd worden.

Zolang die er niet is, gelden voor de tijdelijk erkende bemiddelaars de regels van de instantie die hen erkend heeft² (zo gelden tot 21 mei 2007 voor de bemiddelaars erkend door de Orde van Vlaamse balies nog de deontologische regels uit het Reglement van de Nationale orde van advocaten van 1997).

De gedragscode van de federale bemiddelingscommissie is als dusdanig niet bindend voor niet-erkende bemiddelaars, maar partijen of de instelling waarop partijen een beroep doen kunnen deze wel opleggen.

3° Er is een Europese gedragscode voor bemiddelaars uit 2004, opgesteld door bemiddelingsorganisaties met ondersteuning van de Europese commissie en gepromoot door de Europese Unie (zie http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf). De Europese Unie plaats dit in het teken van de kwaliteitscontrole op dienstverlening³. Deze is maar

² Dat kon tot 30 september 2006.

³ Art. 4 Ontwerp-Richtlijn.

bindend wanneer een bemiddelaar of de instantie die de bemiddelaar aanstelt zich erbij aansluit. Maar natuurlijk oefent die code wel invloed uit of andere gedragscodes. In België hebben bv. BBMC, Trialogues, het Notariaat, Euro-arbitration zich aangesloten bij de Europese Gedragscode.

4° Voor bemiddeling in consumentenzaken, waarbij de bemiddelaar geen oplossing oplegt of aanbeveelt (dus geen arbitrage of bindend advies), is er ook een Aanbeveling van de Europese Unie uit 2001, http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adr/acce_just12_en.pdf. Er zijn ook nog enkele andere teksten van soft law, waarop ik hier niet verder inga.

5° Bemiddelaars die lid zijn van een Beroepsorde dienen de deontologische regels van die Beroepsorde te respecteren; de algemene regels blijven ook gelden wanneer zij als bemiddelaar optreden en sommige deontologische regels hebben specifiek daarop betrekking. Bv. art. 6 Codex Nederlandse Orde van advocaten: de advocaat mag niet optreden indien de belangen van partijen absoluut onverzoenbaar zijn.

6° Bemiddelaars aangesloten bij een instituut dienen het reglement en de deontologische code van dat instituut na te leven (onder voorbehoud van onwettigheid daarvan). De grondslag hiervan is het contract tussen de bemiddelaar en dat instituut. Het aanvaarden van dat reglement verbindt de bemiddelaar ook jegens de partijen die hem langs die weg als bemiddelaar hebben.

bv. BBMC, Cepina,

7° De overeenkomst.

Vaak zal de bemiddelaar een erkende bemiddelaar zijn, gebonden door de federale gedragscode, of minstens aangesloten bij een instituut en dus gebonden aan de gedragscode van dat instituut.

Zoniet moet in beginsel teruggevallen worden op de overeenkomst tussen de partijen enerzijds en de bemiddelaar anderzijds. Meestal zal die weinig gedetailleerde regels van die aard bevatten.

Het gaat om een lastgevingsovereenkomst, zodat de wettelijke en gebruikelijke verplichtingen gelden van de lasthebber. Het gaat dan meer bepaald om het zogenaamd mandaat van gemeenschappelijk belang. *Grosso modo* zal dit tot hetzelfde resultaat leiden als de gedragscodes.

8. *Last but not least*: al deze gedragscodes en contracten kunnen niet terzijde schuiven dat het natuurlijk nog altijd gaat om vragen van deontologie, dit is van beroepsethiek. Deze beroepsethiek kan niet gereduceerd worden tot een contractuele verplichting. Het gaat ook niet louter en alleen om kwaliteitscontrole van een dienstverlening. De bemiddelaar oefent een vertrouwensfunctie uit voor partijen en heeft tegelijk een maatschappelijke functie en verantwoordelijkheid. Deze beroepsethiek kan niet uitsluitend in regels worden gevat: het gaat ook om de deugden van de bemiddelaar. De bemiddelaar moet meermaals in eer en geweten beslissen wat te doen - dat veronderstelt dat er zoiets als eer en geweten is. Deugd, eer en geweten zijn mede bepaald door de vorming van de persoon.

3. Belangrijkste regels van deontologie

Ik heb ze ingedeeld in 8 punten van uiteenlopend belang: bekwaamheid, regels inzake publiciteit, onafhankelijkheid, transparantie, onpartijdigheid en waarborgen van fairness, informed consent, onpartijdigheid na de bemiddeling, geheimhoudingsplicht. Deze volgorde is gekozen omwille van de normale chronologie van de bemiddeling. Ook ebsprek ik vooral de aspecten die van deontologische aard zijn en dus een stuk minder de aspecten die m.i. vooral contractenrechtelijk zijn.

1. Bekwaamheid

- Een algemene bekwaamheid tot bemiddeling verworven hebben en permanent bijhouden⁴.
- Voor de bemiddeling die men aanvaardt ook de specifieke bekwaamheid hebben én ook concrete mogelijkheid hebben ze behoorlijk te voeren (tijd en middelen)⁵.

2. Regels inzake publiciteit

- waarachtigheid en waardigheid in de publiciteit en sollicitatie van opdrachten⁶.

3. Onafhankelijkheid, belangenconflicten

- Informatieplicht jegens partijen over alle elementen die een belangenconflict kunnen uitmaken of anderszins zijn onafhankelijkheid in het gedrang brengen⁷, dit natuurlijk voor zover die redenen niet vertrouwelijk zijn - dan niet optreden.
- Een belangenconflict is er wanneer men niet uitsluitend het gemeenschappelijk belang van beide partijen kan behartigen, wanneer deze belangenbehartiging zou worden beïnvloed door anderen belangen, omdat men
 - a) een persoonlijk belang heeft bij de uitkomst van de zaak (een rechtstreeks of onrechtstreeks financieel belang)⁸, of
 - b) gehouden is het belang van één van de partijen te behartigen of zich laat beïnvloeden door belangen van andere opdrachtgevers, gewezen opdrachtgevers of derden⁹.
- Ook elke andere vorm van gebrek aan onafhankelijkheid ten aanzien van partijen: een persoonlijke of zakelijke relatie met één van de partijen of in het verleden opgetreden voor een van de partijen anders dan als bemiddelaar¹⁰, i.h.b. indien hij daardoor over vertrouwelijke informatie beschikt in verband met het geschil¹¹.

⁴ ECCM 1.1; art. 5.1 en 5.3 BBMC.

⁵ ECCM 1.2; art. 7.3. BBMC.

⁶ ECCM 1.2; art. 5.4 BBMC.

⁷ ECCM 2.1; EU-Aanbeveling II A c.

⁸ Art. 4.1. BBMC.

⁹ Art. 2 Codex 2007 Nederlandse Orde van advocaten Brussel

¹⁰ ECCM 2.1; vgl. art. 16 voormalig Reglement bemiddeling Nationale Orde van Advocaten; vgl. art. 3.2. BBMC.

¹¹ Art. 4.2. BBMC.

- Het is voldoende dat er objectief een conflict is, los van de intentie van de bemiddelaar zelf

- belangenconflicten betreffen ook de belangenconflicten van vennoten¹².

Uitz.: met uitdrukkelijke instemming van alle partijen die behoorlijk geïnformeerd zijn en mist de bemiddelaar overtuigd is onafhankelijk en onpartijdig te kunnen bemiddelen¹³.

- Beëindigen indien hij oordeelt niet langer onafhankelijk te kunnen zijn (en reden niet aangeven indien dit voor een partij nadelig zou kunnen zijn¹⁴).

4. Informatieplicht over bemiddeling zelf ("transparantie")

- informatieplicht jegens partijen over de bemiddeling zelf¹⁵: zich ervan verzekeren dat ze begrijpen waar het over gaat, dat ze begrijpen wat de bemiddeling inhoudt, bv. dat dit geen arbitrage is maar enkel tot een akkoord van partijen zelf kan leiden, dat dan door de rechter kan worden gehomologeerd. uitleggen wat alternatief is voor bemiddeling, dat partijen er altijd éénzijdig een einde aan kunnen maken

Ook uitleggen volgens welke regels er bemiddeld wordt, wat de regels inzake vertrouwelijkheid zijn informatieplicht over de erelonen en de kosten van de bemiddeling¹⁶.

5. Taak van bemiddeling zelf, onpartijdigheid en fairness waarborgen

- De bemiddelaar de plicht tot diligentie¹⁷ met het oog op het bereiken van een redelijk vergelijk tussen partijen.

- Daarbij gelden de fundamentele plichten van onpartijdigheid en fairness. De fairness betreft de reactie op de gedraging van partijen, de plicht tot onpartijdigheid¹⁸ doelt op de gedraging van de bemiddelaar zelf. Deze moet de belangen van beide partijen evenwaardig behartigen, en de partijen gelijk behandelen¹⁹. De concrete invulling hiervan is wel anders dan bij de rechter of arbiter.

- Onpartijdigheid houdt zo geen volledige tegensprekelijkheid in. De bemiddelaar mag, anders dan een rechter of arbiter, wel met de partijen afzonderlijk spreken²⁰. Dit

¹² ECCM 2.1; art. 8 codex 2007 Nederlandse Orde van advocaten Brussel; art. 44.4 BBMC.

¹³ ECCM 2.1, 3; art. 4.5 BBMC.

¹⁴ art. 3.3. BBMC.

¹⁵ ECCM 3.1., 1 en 2; art. 15 voormalig Reglement bemiddeling Nationale Orde van Advocaten; zie ook in detail EU-Aanbeveling II B

¹⁶ ECCM 3.4; art. 6.4 codex 2007 Nederlandse Orde van advocaten Brussel; art. 15 voormalig Reglement bemiddeling Nationale Orde van Advocaten.

¹⁷ Art. 17 voormalig Reglement bemiddeling Nationale Orde van Advocaten.

¹⁸ ECCM 2.2.; art. 3.1 BBMC.

¹⁹ Art. 6, 2 codex 2007 Nederlandse Orde van advocaten Brussel: op voet van volstreekte gelijkheid behandelen.

²⁰ ECCM 3.1., 5.

is precies omdat hij niet mag beslissen maar enkel de partijen ertoe kan brengen een akkoord te sluiten. Hij moet wel de andere partij inlichten²¹.

Hij mag daarbij geen partij onder druk zetten of onbehoorlijk beïnvloeden (undue influence)²². Mag hij aan de partijen een oplossing suggereren? Ja, met mate. Hij mag ook opmerkingen maken bij de oplossingen die partijen suggereren²³, maar zonder persoonlijk advies te geven of een partij die oplossing moet aanvaarden²⁴.

Hij moet ook de verhouding tussen een partij en diens advocaat respecteren - partij niet onder druk zetten om zonder zijn advocaat te spreken bv.

- Het tweede aspect is dat de bemiddelaar moet waken over de fairheid van de bemiddelingsprocedure en in het bijzonder moet zorgen voor de *equality of arms*, de "wapengelijkheid" van partijen. Hij moet zorgen voor een procedureel evenwicht en voor de behoorlijke bejegening van de ene partij door de andere²⁵. Hij moet de partijen aanzetten tot medewerking²⁶. Hij moet erop toezien dat de onderhandelingen evenwichtig, serieus en in het belang van beide partijen verlopen; hij mag geen intimidatie of manipulatie van de partijen of van één van hen toelaten²⁷.

Hij moet nagaan of partijen in staat zijn hun belangen te behartigen, zoniet hen voorstellen zich te laten bijstaan²⁸.

Zorgen voor fairness kan ook inhouden dat de bemiddelaar in bepaalde omstandigheden moet weigeren de bemiddeling verder te zetten:

- * hij zal weigeren een akkoord te ondertekenen dat hij in geweten onwettig vindt, onuitvoerbaar²⁹ of onrechtvaardig;
- * hij zal de bemiddeling schorsen of stopzetten wanneer hij oordeelt dat er geen kans is op een akkoord, en het verder zetten dus nutteloos is³⁰;
- * wanneer er intimidatie of manipulatie plaatsvindt
- * of wanneer er een gebrek aan medewerking is van partijen; een voorbeeld uit bemiddeling in familiezaken vinden we wanneer een partij niet bereid is zijn vermogenssituatie getrouw weer te geven als dat relevant is³¹.

In dat geval zal hij de partijen dus naar de rechter verwijzen. Het is inderdaad zo dat het doel van de bemiddeling er niet in bestaat ten allen prijze een akkoord te bekomen, maar door een faire bemiddeling wel een redelijk akkoord te bekomen. Het is niet in het belang van de gerechtigheid om te sterk naar een akkoord te streven. De

²¹ Art. 7.4 BBMC.

²² Art. 14, 2 voormalig Reglement bemiddeling Nationale Orde van Advocaten: niet dwingen"; art. 2.2. BBMC: ", niet onbehoorlijk beïnvloeden".

²³ Art. 2.3 BBMC.

²⁴ Art. 7.5 BBMC.

²⁵ Art. 7.2. BBMC: evenwicht en wederzijdse eerbied behouden

²⁶ EU-Aanbeveling II D 1 c.

²⁷ Art. 21 lid 2 voormalig Reglement bemiddeling Nationale Orde van Advocaten.

²⁸ Art. 20 voormalig Reglement bemiddeling Nationale Orde van Advocaten.

²⁹ Voor deze beide gronden, ECCM 3.2, 2.

³⁰ ECCM 3.2., 3.

³¹ Art. 15 voormalig Reglement bemiddeling Nationale Orde van Advocaten.

bemiddelaar mag niet vergeten dat hij géén rechter is, en geen akkoord moet bemiddelen dat ten koste gaat van een partij die niet goed kan onderhandelen. Hij moet het recht van partijen op toegang tot een rechter - de *access to justice* - in het oog houden. De tendens naar alternatieve geschillenbeslechting kan immers ten koste gaan van deze *access to justice*. Bemiddelaars mogen niet aanvaarden dat rechters - en daarmee de overheid - hun verantwoordelijkheid te zeer naar bemiddeling tussen partijen afschuiven³². Daarbij mogen we ook niet vergeten dat bemiddeling moet betaald worden en de openbare dienst van de rechtsbedeling in beginsel gratis is.

- De bemiddelaar dient ook op gepaste wijze rekening te houden met de rechtmatige belangen van derden, en heel in het bijzonder bij bemiddeling in familiezaken met de belangen van de - minderjarige - kinderen van partijen³³.

6. Informatieplicht mogelijk akkoord: informed consent bevorderen

- Hij moet zorgen dat alle partijen het ontwerp-akkoord begrijpen vooraleer ze definitief toestemmen³⁴, door ze te informeren over de gevolgen in feite en in rechte³⁵ en voldoende bedenktijd te geven³⁶.

- Het is niet strijdig met zijn plicht tot onpartijdigheid om te helpen ervoor te zorgen dat het akkoord goed is opgesteld³⁷.

7. Behoud onpartijdigheid na bemiddeling

De eis van onpartijdigheid heeft ook gevolgen na beëindiging van de bemiddeling:

- een bemiddelaar mag in dezelfde zaak ook nadien níet voor één van de partijen optreden (als advocaat bv.³⁸), mag ook geen niet arbiter zijn, wel ev. opnieuw bemiddelaar³⁹;

- hetzelfde geldt in andere zaken, indien hij daarbij uit de bemiddeling vertrouwelijke informatie van de tegenpartij zou kunnen gebruiken⁴⁰, of indien dit een schijn van partijdigheid of afhankelijkheid wekt.

8. Geheimhoudingsplicht en beroepsgeheim

* Er is een verplichting tot geheimhouding tegenover derden van de informatie waarvan hij uit hofode van zijn opdracht kennis krijgt

* Dit betreft ook het feit zelf van de bemiddeling⁴¹, indien deze niet gerechtelijk werd georganiseerd.

³² Vgl. P.H. LINDBLOM, "ADR – the opiate of the legal system?", ter perse in *ERPL*.

³³ Art. 18 voormalig Reglement bemiddeling Nationale Orde van Advocaten; zie ook art. 1733 lid 2 GerW.

³⁴ ECCM 3.3, 1; art. 21, 1 voormalig Reglement bemiddeling Nationale Orde van Advocaten; art. 7.9 BBMC; EU-Aanbeveling II D 2.

³⁵ Art. 6, 3 Codex 2007 Nederlandse Orde van advocaten Brussel.

³⁶ EU-Aanbeveling II D 1 d.

³⁷ ECCM 3.3., 3.

³⁸ Art. 6, 5 Codex 2007 Nederlandse Orde van advocaten Brussel.

³⁹ Algemeen art. 16, 3 voormalig Reglement bemiddeling Nationale Orde van Advocaten.

⁴⁰ Vgl. art. 22 bis Codex 2007 Nederlandse orde van advocaten Brussel.

* informatie door een partij toevertrouwd en niet voor de andere bestemd mag ook aan de andere partij niet meegegeeld worden zonder toestemming van de eerste⁴².

Hij moet ervoor zorgen dat ook zijn medewerkers de verplichting respecteren⁴³.

Concrete vragen inzake beroepsgeheim:

- hoewel de bemiddelaar volgens de wet het recht heeft maar niet de plicht zich te verschonen als getuige (458 SW), volgt uit art. 1828 § 1 lid 3 dat partijen hem niet mogen oproepen in andere dan strafzaken. Zie ook art. 6 Ontwerp-richtlijn.
- de geheimhoudingsplicht sluit ook de overlegging van stukken uit, tenzij wanneer de overlegging door de rechter bevolen wordt. Uit art. 1728 § 1, 1 leid ik af dat dit enkel met instemming van partijen kan. Omgekeerd is de bemiddelaar niet verplicht stukken te overleggen met instemming van partijen alleen, als hij niet zeker is van de vrijwilligheid van die toestemming.

Meestal aanvaardt men een uitzondering voor hoger belang. In sommige bepalingen wordt dit nader gedefinieerd, bv. in art. 6 Ontwerp-richtlijn: indien noodzakelijk voor de integriteit van personen of bescherming van kinderen

⁴¹ Art. 6.1. BBMC.

⁴² Art. 6.2. BBMC.

⁴³ Art. 6.3. BBMC; algemene regel van deontologie van advocaten.