

Nu mediation ook in de juridische wereld terrein wint, moet de advocaat weten hoe het werkt, om zijn cliënt te kunnen voorlichten, en om de boot niet te missen. Welke informatie heeft de cliënt nodig en wat is de rol van de advocaat voor en tijdens het mediationproces? En na de mediation zou de advocaat de cliënt niet moeten terugduwen in juridisch gebakkelei.

mr P.A. Wackie Eysten

advocaat te Den Haag, ACB-mediator en bestuurslid van het ACB en het NMI¹

mr. M. Pel

vice-president Gerechtshof Arnhem, NMI-mediator en projectleider 'Mediation naast rechtspraak'



Mediation:

Mediation wordt meer en meer onderdeel van het juridisch landschap,² ook in Nederland. De vraag of mediation in bepaalde conflicten met succes kan worden ingezet staat centraal bij het project 'Mediation naast rechtspraak'.³ Buiten het project is een nog ruimer scala van mogelijkheden. Het maken van een verantwoorde keus voor mediation en het bijstaan van een cliënt tijdens een mediation kan als een nieuwe professionele vaardigheid worden beschouwd.⁴ Voor een verantwoord advies over die keus aan de cliënt is het van belang dat advocaten weten wat mediation is, welke informatie zij hierover aan hun cliënten kunnen geven en wat hun rol tijdens een mediation kan zijn. Blijkens onderzoek in Nederland en in het buitenland⁵ leidt onbekendheid met mediation bij professionals in juridische beroepen tot weerstand en onzekerheid, terwijl ervaring met mediation tot het inzicht leidt dat mediation effectief kan worden ingezet bij het oplossen van conflicten.

Basisinformatie

Mediation is een specifieke vorm van bemiddeling waarbij de partijen hun eigen conflict oplossen onder leiding van een onafhankelijke derde, de mediator. Tijdens de bemiddeling wordt gezocht naar een oplossing in wederzijds belang. Daarbij let de mediator er in de eerste plaats op dat de communicatie tussen partijen zodanig wordt hersteld dat ze weer in staat zijn met elkaar te onderhandelen. Anders dan in een juridische procedure komt alle conflictstof op tafel en niet alleen de in juridische stellingen verpakte vertaling daarvan. Het gaat er in de mediation niet (meer) om wie gelijk heeft maar om het vinden van een voor beide partijen acceptabele bediening van beider belangen.

De zogeheten Harvard onderhandelingsregels⁶ gelden bij iedere mediation

- 1 Scheid de mensen van de problemen (speel de bal en niet op de man)
- 2 Zoek oplossingen op basis van belangen en niet van posities
- 3 Zoek oplossingen in wederzijds belang
- 4 Objectieve maatstaven voor de oplossing van tegenstrijdige belangen

1 ACB: ADR-centrum voor het bedrijfsleven; NMI: Nederlands Mediation Instituut.

2 Zie Schmitz (zie nr. 13 in de literatuurlijst).

3 Informatie over het landelijk project en de brochure 'Mediation naast rechtspraak' op te vragen bij: Landelijk projectbureau Mediation voor de Rechterlijke Macht, Postbus 9030, 6800 EM Arnhem, tel. 026-359280, fax 026-3592692; <http://www.rechtspraak.nl>, e-mail: mediation@hetnet.nl. Zie ook Pel en Everts (11).

4 Zie Stone (14). Training in die vaardigheid zal onderdeel worden van de beroepsopleiding.

5 Genn (2), Van Genugten (3), Murray e.a. (7), Mnookin (6).

6 Hét hierover te raadplegen boek is *Excellent onderhandelen* (1).

tips voor de advocaat



Belangen van partijen blijken meestal slechts voor een klein deel tegenstrijdig en grotendeels verenigbaar

De mediator

De mediator is een professionele bemiddelaar opgeleid op een door het NMI (Nederlands Mediation Instituut) erkende opleiding. De achtergrond van de mediator kan verschillend zijn, er zijn mediators afkomstig uit zeer diverse beroepsgroepen: advocaten, accountants, psychologen, consultants, artsen et cetera. De mediator moet beschikken over een professionele basishouding (onafhankelijk, neutraal en oplossingsgericht) en beschikken over specifieke mediatorsvaardigheden.⁷

De methode

Globaal gezien kent iedere mediation vier fasen. Mediation is echter een flexibel proces, afhankelijk van de partijen en hun conflict kan iedere fase korter of langer duren.

1. Intakefase

In deze fase neemt de mediator met de partijen de spelregels en hoofdkenmerken van de mediation door, neergelegd in de mediation-overeenkomst en het van toepassing verklaarde reglement. Dit kan zijn het ACB- of het NMI-reglement. Hoofdkenmerken van mediation zijn:

- *vrijwilligheid*: iedere partij kan op elk

moment de mediation verlaten als zij meent elders haar belangen beter te kunnen dienen;

- *vertrouwelijkheid*: alles wat tijdens de mediation wordt medegedeeld of voorgesteld is vertrouwelijk en mag niet in een opvolgende procedure of anderszins buiten de mediation worden gebruikt, tenzij de partijen het daarover eens zouden zijn; deze vertrouwelijkheid is een voordeel voor beide partijen, zij kunnen het achterste van hun tong laten zien zonder bang te hoeven zijn daaraan te worden gehouden als ze het uiteindelijk niet eens worden;
- *eigen activiteit van partijen*: tijdens een mediation wordt van partijen verwacht dat zij zich actief opstellen en daadwerkelijk bereid zijn te zoeken naar een oplossing in wederzijds belang en dat zij ook daadwerkelijk openstaan om te luisteren naar de belangen van de ander;
- *snelheid en kostenbeperking*: een mediation begint vaak binnen twee weken nadat partijen tot mediation hebben besloten en duurt in het algemeen niet langer dan drie maanden, de kosten worden daardoor ook beperkt; de kosten van de mediation worden in het algemeen tussen partijen ver-

⁷ Bij een aantal providers en in het project 'Mediation naast rechtspraak' worden naast de opleidingseis nog meer kwaliteitseisen gesteld, onder meer gebaseerd op vervolgoopleidingen en ervaring.

⁸ In het project 'Mediation naast rechtspraak' komen deze kosten niet voor rekening van partijen.

Fase van de mediation

Intakefase

Exploratiefase

Onderhandelingsfase

Afronding

Taak van de advocaat

Coachen van cliënt, uitleg over inhoud mediation-overeenkomst

Coachen van cliënt, erop toezien dat alle belangen op tafel komen, ook van de wederpartij; waken voor machtsevenwicht tussen partijen

Meer actief, creatief meedenken (eventueel adviseren) over opties en kiezen van oplossingen in wederzijds belang

Checken van en adviseren over vaststellings-overeenkomst of (mede) opstellen daarvan, realiteitstoets

deeld.⁸

2. *Exploratiefase*

Tijdens deze fase onderzoekt de mediator met partijen hun beider belangen, zorgen en wensen die achter de wederzijdse standpunten schuilgaan. Die belangen blijken, anders dan verwacht, meestal maar voor een klein deel tegenstrijdig en voor het overige gelijkloidend of verenigbaar.⁹ In deze fase wordt tevens gewerkt aan het herstellen van de veelal verstoorde communicatie. Als deze fase goed loopt zijn de partijen aan het eind hiervan onderhandelbaar en kan de mediator in de volgende fasen een terughoudender rol vervullen.

3. *Onderhandelingsfase*

Nu volgt een brainstorm over alle mogelijke opties om de blootgelegde belangen te dienen. Na de brainstorm zoeken partijen naar opties die beider belangen zo veel mogelijk dienen. Daarbij worden de gekozen oplossingen op realiteit getoetst.

4. *Afsluitende fase*

Ten slotte worden de partijen het geheel eens. Ook komt voor dat men het gedeeltelijk eens wordt of helemaal niet... In dat laatste geval volgen niet zelden toch nog nadere onderhandelingen waarbij de partijen het soms alsnog eens worden. Bijna altijd leidt een mediation tot verbetering van de onderlinge verstandhouding.

Indicaties pro en contra

De belangrijkste indicatie voor mediation in een concrete zaak is de wens van partijen een eind te maken aan hun conflict. Niet het soort zaak, maar de attitude en inzichten van

de partijen en hun advocaten zijn bepalend voor de slagingskans van mediation.¹⁰ Arbeidszaken, maatschaps- en andere samenwerkingsconflicten, conflicten binnen duurzame handelsrelaties, bouwconflicten, letselschadezaken kunnen, zo is inmiddels ook in Nederland gebleken, goed binnen mediation worden opgelost.

Tijdens procedure of arbitrage

In beginsel kan het best zo spoedig mogelijk voor mediation worden gekozen. Als de standpunten nog niet zijn verhard leidt mediation veelal zeer snel tot een oplossing.

Ook tijdens een gerechtelijke procedure of tijdens arbitrage kan nog met succes worden gekozen voor mediation. Dit is vooral aangegeven als de beslissing niet tot oplossing van het eigenlijk onderliggende conflict kan leiden. Succesvolle doorverwijzing naar mediation vindt in het buitenland al jaren plaats, en is ook binnen het project 'Mediation naast rechtspraak' inmiddels een feit. Wel vergt de terugweg van verharde standpunten naar belangen meer van partijen, hun advocaten en de mediator. Het juridisch gelijk moet als het ware in de ijskast worden gezet en de partijen moeten teruggaan naar hun belangen; voordeel van mediation tijdens een procedure kan zijn dat het restconflict dadelijk aan de rechter kan worden voorgelegd en dat de overeenstemming in proces-verbaal of vonnis kan worden neergelegd.

Beide partijen kiezen voor mediation

Veel partijen denken dat de andere partij niet bereid zal zijn zich in te zetten om het conflict door mediation op te lossen. Dit punt zal ieder voor zich moeten uitmaken. Aan de mediator kan worden overgelaten om na te gaan of beide partijen werkelijk bereid zijn zich voor een oplossing in te zetten. De advocaten kunnen een belangrijke rol spelen om de wederpartij en diens advocaat te bewegen (ook) mee te doen aan mediation. Advocaten met mediation-ervaring blijken daar dikwijls goed toe in staat, tot uiteindelijke tevredenheid van beide partijen.

Vorbereiding van de cliënt

De advocaat heeft, naast de voorlichting op de hiervoor genoemde punten, een belangrijke taak bij de voorbereiding van zijn cliënt op

⁹ Zie hierover: Gijbels, Pel en Wackie Eysten (5, 8, 15).

¹⁰ Zie Pel en Everts (8, 10 en 11).

¹¹ Let hierbij ook op gedragsregel 18,1.

De advocaat blijft betrokken bij de mediation zodat hij niet later de partij tot een puur juridische benadering stimuleert

mediation. Hoe beter de cliënt heeft nagedacht over zijn eigen belangen en standpunten en over die van de ander, hoe beter en sneller de mediation zal verlopen. Het is daarbij van belang dat niet wordt gefocust op het zoeken naar fouten in het verleden of op de vraag wie er gelijk heeft, maar dat de blik wordt gericht op toekomstgerichte belangen. Daarbij kan de advocaat alvast een aantal vragen met zijn cliënt doornemen. Veel praktische en emotionele kwesties zijn daarbij relevant.

Vragen naar belangen, zorgen en wensen

- Wat was voor u destijds de reden om samen te werken/zaken te doen (etc.)?
- Wat is het verschil tussen de start van de samenwerking/zakenrelatie en nu?
- Wat was de druppel die de emmer deed overlopen?
- Wat zou er opgelost moeten zijn om dit conflict te kunnen vergeten? Wat staat daaraan in de weg? En wat kunt u daaraan zelf bijdragen?
- Hoe zou de andere partij deze vragen beantwoorden?
- Stel dat de rechter uw vordering of verweer helemaal zou honoreren, is dan het conflict helemaal uit de wereld?
- Stel dat de rechter uw vordering of verweer helemaal niet zou honoreren, waar maakt u zich dan de meeste zorgen over?
- Wat zou de mediation u meer of anders kunnen opleveren dan een rechterlijke uitspraak?
- Kunt u met iedere oplossing thuiskomen?
- Waar gaat het u eigenlijk om?

Daarnaast is het van belang te bezien wat de werkelijke onderhandelingsruimte is en wat de alternatieven zijn als de mediation niet tot overeenstemming zou leiden. Van belang is bovendien om de kansen in een juridische procedure realistisch in te schatten en ook rekening te houden met de stress, kosten en tijd die met procedures gepaard plegen te gaan. Ook zal beslist moeten worden over de vraag of de advocaten de mediation zullen bijwonen. Voor een evenwichtige behandeling tijdens de mediation is het beter dat óf

beiden er wel bij zijn óf beiden niet.¹¹ Eventueel kan gevraagd worden om een aan de mediation voorafgaand zogenoemd regiesprek, waarin de advocaten met de mediator de te volgen procedure kunnen bespreken.

Rol advocaat tijdens mediation

De advocaat die de mediation bijwoont heeft een heel andere rol dan tijdens een arbitrage of gerechtelijke procedure. Er is geen noodzaak de mediator op basis van juridische standpunten te overtuigen, het gaat er immers om dat de partijen elkaar op basis van de wederzijdse belangen meenemen in een toekomstgerichte oplossing. De advocaat is hier veel meer een diplomaat op de achtergrond die, afhankelijk van de fase van de mediation, min of meer actief zal optreden als coach en adviseur van de cliënt, waarbij hij deze stimuleert om alle belangen op tafel te leggen en oplossingsgericht te denken.

Soms zal uit kosten oogpunt van de cliënt beslist worden dat de advocaat de mediation ten dele of in het geheel niet zal bijwonen. Die keus is verantwoord als de cliënt goed in staat is zijn eigen belangen te verwoorden en te behartigen. Ook dan is het van belang dat de advocaat voortdurend bij de mediation betrokken blijft en tussentijds steeds op de hoogte wordt gehouden van de ontwikkelingen tijdens de mediation, zodat deze niet wordt overvallen door een overeenkomst die mogelijk niet past bij zijn (oude) beeld van de beste conflictoplossing. De kans bestaat dan dat de advocaat de partij stimuleert om weer helemaal terug te vallen in de puur juridische benadering van het conflict. Dat kan de doodsteek voor de mediation en daarmee tegen het belang van de betrokken cliënt zijn.

Ten slotte

Steeds vaker zien advocaten en hun cliënten in dat er nog een tussenweg is tussen zelf onderhandelen en het overlaten van conflictbeslechting aan een derde. Het driedaagse congres van de American Bar Association was op 26-28 april geheel gewijd aan ADR, met een belangrijke plaats voor mediation. Onderdeel van het congres was een variant op een pleitwedstrijd, te weten een 'Representation in mediation competition'.

Wanneer zal de eerste vergelijkbare competitie in Nederland plaatsvinden? **n**

Literatuur

- 1 Fisher, Roger, William Ury en Bruce Patton, *Excellent onderhandelen*, Uitgeverij Business Contact, 2000.
- 2 Genn, H., *The Central London County Court Pilot Mediation Scheme*, Evaluation Report, 1998.
- 3 Genugten, M.L. van, *De rechter en mediation, een onderzoek naar de attitude van rechters als structurele voorziening binnen de rechterlijke organisatie*, Enschede 2001.
- 4 Galton, Eric, *Representing clients in mediation*, American Lawyer Media 1994.
- 5 Gijbels, L.H.H., 'Van scheidingsbemiddeling naar mediation; ervaringen van een (scheidings)bemiddelaar/mediator', *Tijdschrift voor Arbitrage* 98, p. 133 e.v.
- 6 Mnookin, R.H., Scott R. Peppet, A.S. Tulumello, *Beyond winning. Negotiating to create value in deals and disputes*, Harvard University Press, 2000.
- 7 Murray, John S., Alan Scott Rau, Edward F. Sherman, *Processes of Dispute Resolution: The role of Lawyers*, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc. 1996.
- 8 Pel, M., 'Doorverwijzing naar mediation in de civiele procedure: extra service of branchevervaaging?' *Tijdschrift voor civiele rechtspleging*, 2000, p. 78 e.v.
- 9 Pel, M., 'Mediation naast rechtspraak. Uitvoering landelijk project mediation Rechterlijke Macht', *Justitiële Verkenningen*, december 2000, p. 25 e.v.
- 10 Pel, M., 'Ervaringen, valkuilen en leerpunten in het project Mediation naast rechtspraak', *Tijdschrift voor Arbitrage*, april 2001.
- 11 Pel, M. en W.N. Everts, Een mediationweek in Rotterdam, *Advocatenblad*, 2001, 6 april.
- 12 Schmidt auf Altenstadt, P.J.M. von, 'Het sap en de schillen', *Advocatenblad*, 2000, 23 juni.
- 13 Schmitz, Suzanne J., 'Giving meaning to the Second Generation of ADR Education: Attorney's Duty to Learn about ADR and What they must learn', *Journal of Dispute Resolution*, 1999, nr. 1, p. 29 e.v.
- 14 Stone, Marcus, *Representing Clients in Mediation, a new professional skill*, Butterworths, Londen, 1998
- 15 Wackie Eysten, P.A., 'Arbitrage en mediation vergeleken', *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1999 p. 83 e.v.
- 16 Ynzonides, M., 'Rondetafelgesprek Mediation', *Advocatenblad*, 2000-14, p. 528-532.

Meer informatie

Wilt u meer weten over mediation, dan kunt u terecht bij de volgende 'providers'.

- NMI (Nederlands Mediation Instituut): tel. 010-4056989, www.nmi-mediation.nl.
Het NMI is de overkoepelende organisatie die toeziet op de kwaliteit van mediators en mediation en opleidingsrichtlijnen voorschrijft. Het NMI biedt zelf geen mediation aan.
- ACB Conflictmanagement voor het Bedrijfsleven
Gericht op het bedrijfsleven, tel. 070-3490493, www.acbmediation.nl.
- NICOA
Arbeidsverhoudingen binnen de collectieve sector, tel. 070-3765765, www.nicoa.nl.
- Stichting Milieu en Ruimtelijke Ordening
Gericht op de leefomgeving, tel. 0575-511771.
- Vereniging Advocaat Scheidingsbemiddelaars (VAS)
Echtscheidingsbemiddeling, tel. 070-3626215, www.vas.scheidingsbemiddeling.nl.
- Voor informatie omtrent mediations in het kader van een gerechtelijke procedure kunt u terecht bij het Landelijk Projectbureau Mediation voor de Rechterlijke.Macht, tel. 026-3592805 www.rechtspraak.nl.