

# Toolkit Mediation

**Resultaat bereiken als mediator, manager,  
mediation advocate en onderhandelaar**

M.A. Schonewille

*Vierde, herziene druk*

Boom juridisch  
Den Haag  
2018

## 4 Introductie van mediation en definitie

### 4.1 Wat is mediation?

Om conflicten of geschillen op te lossen, ze goed te managen of te voorkomen dat ze zich voor zullen doen, staan verschillende methoden ter beschikking. Het voorhanden zijn van voldoende keuzemogelijkheden is belangrijk, omdat geen enkele methode voor alle gevallen de beste benadering is. Conflictoplossingsmethoden variëren van een informele discussie waarbij de betrokkenen volledig zelf beslissen of en hoe ze het geschil willen oplossen, tot een formele volgens vaste regels verlopende procedure met een bindende uitspraak door een derde.

In principe is alles mogelijk, zowel in termen van te volgen trajecten als de wijze waarop een oplossing wordt bereikt, evenals de feitelijke inhoud van de uiteindelijke oplossing zelf. Het belangrijkste is dat de betrokken partijen en hun (juridische) adviseurs op de hoogte zijn van de mogelijkheden en tevens dat zij allen kunnen instemmen met hetzelfde traject.

De verschillende methoden om een geschil of conflict op te lossen zijn onderdeel van het Effective of Alternative Dispute Resolution (EDR/ADR)-spectrum (Inleiding hoofdstuk 5). Van deze methoden kan er een aantal ook preventief worden ingezet, bijvoorbeeld mediation (preventieve mediation) of onderhandelen (deal facilitation of deal mediation). Het is van belang om het verschil tussen bemiddeling (vaak gebruikt als overkoepelende term voor diverse bemiddelingsmethoden), mediation in formele zin enerzijds en informele mediation, conflicthantering of andere vormen van ADR/EDR anderzijds goed in het oog te houden.



#### Mediation

Mediation is een gefaseerde methode van bemiddeling waarbij de betrokken partijen zelf onder leiding van een neutrale deskundige derde, de mediator, in een gestructureerd verlopend proces van *balancing interests* trachten een tussen hen gerezen geschil of conflict op te lossen, of te voorkomen. De mediator diagnosticeert het conflict of geschil samen met partijen en begeleidt, de onderhandelingen tussen betrokkenen, met als doel vanuit hun werkelijke belangen tot gezamenlijk gedragen duurzame oplossingen te komen die – waar relevant – worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 900 e.v. Boek 7 BW.



#### Legal Mediation

Bij de Legal Mediation-benadering staan de autonomie, persoonlijke, zakelijke en commerciële belangen van partijen centraal, waarbij door de mediator niet alleen faciliterend maar tevens actief, oplossingsgericht en evaluatief (light) wordt gewerkt.

Een legal mediator legt evenals een faciliterende mediator eerst een relationeel fundament tussen partijen en zorgt dat de belangen boven tafel komen. Vervolgens zoekt een legal mediator actief mee naar een relationele en inhoudelijke oplossing, waar bij voorkeur een zakelijke deal uit voortvloeit. Een legal mediator toetst met partijen en/of hun (juridisch) adviseur of de regeling juridisch, praktisch en zakelijk haalbaar is, tegemoetkomt aan de werkelijke belangen van alle betrokkenen, en bij de bedrijfscultuur of situatie past. Daardoor zijn de zakelijke en juridische afspraken die partijen met elkaar maken duurzaam. Een legal mediator is gespecialiseerd en deskundig op het mediation vakgebied waar hij actief is en opereert op hetzelfde niveau als de advocaten en andere adviseurs van partijen.

Legal Mediation is te zien als 360° mediation op academisch niveau, een totaal-oplossing in de schaduw van het recht (zie hieronder) op zowel relationeel, zakelijk als juridisch niveau, waarbij de legal mediator de organisatorische spil in het web is.

Een legal mediator ondersteunt partijen actief:

- Welke kansen zijn er en wat zijn de aandachtspunten?
- Wat is het inhoudelijk en juridisch kader, wat zijn de opties en waar liggen de grenzen?
- Op welke wijze kan een deskundige mogelijk uitkomst bieden?
- Kan een mediator's proposal (I-7) de zaak vlottrekken?
- Heeft een hybride traject of het combineren van verschillende conflictoplossingsmethoden in deze zaak een toegevoegde waarde?

De meerwaarde ligt in de legal expertise betreffende het mediationproces zelf (kennis van de juridische en administratieve mediationinstrumenten, het kunnen maken van een mediation vaststellingsovereenkomst, een professionele mediationovereenkomst, kennis van mediationclausules, (I-8) etc.), alsmede specialisatie met bijbehorende zakelijk/inhoudelijke en waar nodig juridische kennis.



Mediation behelst meer dan het inzetten van vaardigheden, technieken en interventies (III). Het doel van een formele mediation reikt verder dan de onderlinge communicatie en interactie tussen partijen op gang te brengen of te verbeteren of percepties en emoties over en weer duidelijk te maken. Mediation is een gefaseerd ingerichte methode (II-9) van conflict- of geschilbeslechting die zich vaak net als arbitrage en bindend advies afspeelt *'in de schaduw van het recht'*.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> De uitdrukking 'in de schaduw van het recht' verwijst naar het artikel van Mnookin, R.H. & L. Kornhauser (1979), 'Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce', *The Yale Law Journal*, vol. 88, no. 5, *Dispute Resolution* (April), p. 950-997. Bedoeld wordt dat tijdens een mediationstraject procederen een mogelijk alternatief is dat derhalve in de afwegingen van partijen een rol speelt. Het recht en de juridische context vormen een (referentie)kader tijdens de mediation, echter geen keurslijf.

De wijze waarop het mediationproces in een concreet geval wordt uitgevoerd, is flexibel en wordt bepaald door de mediator en partijen. Een mediator heeft een eigen specialisatie en mediationstijl (I-2.1) en eigen vaardigheden die ten grondslag liggen aan de concreet gehanteerde interventies en de gebruikte technieken. Partijen moeten zelf hun keuze kunnen maken voor de mediator met een bepaalde stijl en benadering van het mediationproces waar zij zich in kunnen vinden. Zij moeten in mijn ogen zelfs een keuze kunnen maken voor een niet-onafhankelijke, partijdige of meerpartijdige mediator, mits dit een door beide partijen gedragen en bewuste keuze is (of het voor een mediator verstandig is om partijdig te zijn, is een andere discussie, zie II-2.1). Uit de sociale psychologie is bekend dat het niet mogelijk is om echt neutraal en objectief te zijn, ook niet als mediator (II-2.1). De verantwoordelijkheid voor het oplossen van hun conflict of geschil ligt bij partijen, evenals de inhoud daarvan. De zelfwerkzaamheid van partijen wordt door de mediator gestimuleerd om de vastgelopen onderhandelingen tussen hen weer op gang te brengen en de gevonden oplossingen vervolgens zakelijk/juridisch te vertalen en zo te komen tot een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 900 Boek 7 Burgerlijk Wetboek (BW), een juridisch relevante overeenkomst (I-8.7). Uiteraard eindigt niet elke mediation met overeenstemming en soms blijkt het niet nodig, of door partijen niet gewenst, dat de mediation wordt afgesloten met een vaststellingsovereenkomst. Een voorbeeld hiervan is een conflict waarbij de gemeente excuses van de ene partij voldoende zijn om het conflict op te lossen. Een mediator is niet verplicht om een vaststellingsovereenkomst te maken, zeker niet als partijen aangeven hier geen prijs op te stellen. Het gaat echter om de doelstelling van een formele mediation: het door partijen laten oplossen van een conflict of geschil en het deugdelijk op schrift stellen van deze overeenstemming zodat daarover later geen misverstanden kunnen ontstaan en het conflict of geschil na de ondertekening van de vaststellingsovereenkomst ook daadwerkelijk en bindend afgesloten wordt. Zonder dit oogmerk is er sprake van bemiddeling, informele mediation of conflicthantering. Dit zijn weliswaar belangrijke methoden om partijen te helpen om beter te communiceren, de interactie te verbeteren of percepties en emoties beter in kaart te brengen, maar het is geen gestructureerd traject dat in fasen verloopt en waarvoor juridische waarborgen en administratieve voorschriften, zoals een mediationovereenkomst, gedragsregels, een tuchtprocedure en in de toekomst zelfs een verschoningsrecht (I-8.4), van toepassing zijn.

Het bovenstaande is een pleidooi om de verschillende methoden zuiver te houden en elke methode die waarborgen en flexibiliteit te geven die noodzakelijk zijn om deze optimaal toe te passen.



Door de fasering van een mediation (II-9 en achterflap) in combinatie met een relationele/communicatieve insteek kan de mediator een structuur bieden om partijen zelf in staat te stellen eigen oplossingen te vinden. Een mediationproces bestaat uit een

pre-mediationfase waarin afspraken over het verloop van de mediation en de spelregels worden gemaakt, gevolgd door de openingsstatements van de mediator en partijen en waar van toepassing hun (juridische) adviseurs. Vervolgens wordt overgegaan tot de relationele of exploratiefase: het uitwisselen van informatie en het exploreren van belangen (II-7), gevolgd door het zoeken naar en het onderhandelen (II-4 en III-20) over verschillende oplossingen voor het conflict of geschil (II-11, III-15 en III-16), waarbij aan de belangen van beide partijen tegemoetgekomen gaat worden. Daarna is er nog een post-mediation- of implementatiefase die formeel buiten het mediationtraject valt, maar waar tijdens de mediation wel rekening mee moet worden gehouden.

Een mediationtraject doorloopt schematisch verschillende fasen die in duur en volgorde kunnen variëren. De fasen zijn nuttig als denkmodel, maar de indeling staat niet vooraf vast als een sequentieel te doorlopen stappenplan. Binnen één mediationsessie worden soms alle fasen doorlopen, soms wordt maar één enkele fase of een beperkt aantal fasen doorlopen. Daarnaast moet een mediator tijdens een mediationtraject ook vaak weer terugschakelen naar een eerdere fase; wanneer tijdens het genereren van opties de emoties tussen partijen voortdurend hoog oplopen bijvoorbeeld. Of als tijdens het vastleggen van gemaakte afspraken blijkt dat toch nog niet alle belangen en informatie op tafel liggen. Ook is het gebruikelijk dat niet alle te behandelen onderwerpen tegelijkertijd in dezelfde fase zitten; bijvoorbeeld als partijen het over een bepaald punt eens zijn, terwijl andere onderwerpen nog niet of onvoldoende geëxploreerd zijn; of er blijkt nog een verborgen agenda te zijn.

Ury gaf in een speech op TED een andere definitie<sup>3</sup> van het begrip mediator aan de hand van de volgende anekdote:<sup>4</sup> een vader liet zijn drie zonen zeventien kamelen na. De oudste zoon had recht op de helft, de middelste op een derde, en de jongste op een negende van de kamelen. Het probleem was dat zeventien niet te delen is door twee, drie of negen zonder kamelen te halveren of over te gaan op 'deeltijdkameel'-constructies of vergelijkbare ingewikkelde afspraken, dus konden zij het niet met elkaar eens worden over de verdeling. Een wijze oude vrouw hoorde van het conflict en bood hun haar eigen, dus de achttiende, kameel aan. Daarmee konden ze het snel met elkaar eens worden: de oudste zoon kreeg negen kamelen (de helft van achttien), de middelste zoon zes (een derde van achttien) en de jongste zoon kreeg twee kamelen (een negende van achttien). Dit komt neer op in totaal zeventien kamelen, dus de wijze oude vrouw kreeg haar kameel weer terug.

Ury gebruikt deze metafoor om te laten zien dat er drie kanten aan elk probleem zitten. De zienswijze van elk van beider partijen en die van een neutrale en onafhankelijke derde. Deze derde zienswijze geeft een ander perspectief op de problemen of biedt

<sup>3</sup> Een mediator is iemand die de partijen een (virtuele) achttiende kameel kan laten zien, waardoor ze zelf hun problemen kunnen oplossen.

<sup>4</sup> [www.ted.com/talks/william\\_ury.html](http://www.ted.com/talks/william_ury.html), 4 oktober 2010.

de partijen de kans om, zoals Ury dat noemt, 'naar het balkon te gaan' om de gezeten problematiek van een afstand te bekijken en een 'mentale pauze' in te lassen (II-4.3).



*In zijn boek 'The Third Side: Why We Fight and How We Can Stop' schrijft Ury (2000) dat er twee partijen nodig zijn om een conflict te starten en dat er een derde partij of het perspectief van een derde (the third side) nodig is om daar een einde aan te maken. Iedereen kan te allen tijde de 'third side' kiezen, ook conflicterende partijen zelf. Op de bijbehorende website: [www.thirdside.org](http://www.thirdside.org) staan veel informatie, voorbeelden, bronnen voor inspiratie, casestudies en een toolbox-sectie.*



Zie bijzondere vormen van mediation Inleiding 5.3.1 en mediationstijlen, benadering van het mediationproces I-2.1.

## 4.2 Basisprincipes van mediation

Naast de definitie van mediation is er een aantal vrij breed geaccepteerde basisprincipes en kenmerken van mediation.

### Basisprincipes mediation:

- **Vrijwillig en vrijblijvend, maar wel met commitment.**

Partijen dienen in principe (zie discussie hieronder) allemaal in te stemmen met een mediation en niemand kan hun een bepaalde oplossing opdringen. Tot het moment van ondertekening van een vaststellingsovereenkomst zijn partijen niet gehouden aan tijdens de mediation gedane voorstellen en ingenomen standpunten (package deal II-12).

Alle betrokkenen, inclusief de mediator, kunnen te allen tijde besluiten met de mediation te stoppen. Als er eenmaal een mediationovereenkomst is ondertekend, dan geldt er wel een inspanningsverplichting en worden betrokkenen geacht actief mee te werken om de mediation voortvarend te laten verlopen.

- **Beslotenheid, vertrouwelijkheid en geheimhouding.**

Partijen moeten toestemming geven indien er anderen bij de mediation worden betrokken dan de partijen zelf, hun adviseurs en de mediator. Hetzelfde geldt voor informatieuitwisseling met derden. Partijen, de mediator en anderen die bij de mediation zijn betrokken, ondertekenen een geheimhoudingsverklaring (meestal als onderdeel van de mediationovereenkomst, I-8.4) en bieden elkaar vertrouwelijkheid naar derden. De vertrouwelijkheid geldt ook binnen de mediation voor zaken die een partij in een caucus (II-16) met de mediator bespreekt.