

# Advocaat en mediation

P.A. Wackie Eysten<sup>1</sup>  
M. Pel<sup>2</sup>

## Inleiding

Mediation wordt meer en meer onderdeel van het juridisch landschap<sup>3</sup>, ook in Nederland. Binnen het project "Mediation naast rechtspraak"<sup>4</sup> en ook daarbuiten rijst steeds vaker de vraag of mediation in bepaalde conflicten met succes kan worden ingezet. Het maken van een verantwoorde keus voor mediation en het bijstaan van een client tijdens een mediation kan als een nieuwe professionele vaardigheid worden beschouwd.<sup>5 6</sup> 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 buitenland<sup>7</sup> leidt onbekendheid met mediation bij professionals in juridische beroepen tot weerstand en onzekerheid en leidt kennis van en met name ervaring met mediation tot het inzicht dat mediation effectief kan worden ingezet bij het oplossen van conflicten. Voor advocaten die binnen of buiten het project Mediation naast rechtspraak<sup>8</sup> willen opteren voor mediation hebben wij op een rij gezet welke informatie aan de cliënt gegeven moet worden voordat deze een verantwoorde keus kan maken en welke rol de advocaat bij de voorbereiding en uitvoering van een mediation kan vervullen. Voor wie meer wil lezen is een korte literatuurlijst bijgevoegd.<sup>9</sup>

## De keus voor mediation:

Voor mediation kan alleen verantwoord worden gekozen als de volgende basisinformatie bij advocaat en cliënt bekend is.

- Algemene informatie over mediation

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 z.g. <i>Harvard onderhandelingsregels</i> <sup>10</sup> gelden bij iedere mediation:
---

- |  |
|--|
| <ol style="list-style-type: none"><li>1. Scheid de mensen van de problemen (speel de bal en niet op de man)</li><li>2. Zoek oplossingen op basis van belangen en niet van posities</li><li>3. Zoek oplossingen in wederzijds belang</li><li>4. Objectieve maatstaven voor de oplossing van tegenstrijdige belangen</li></ol> |
|--|

- De mediator

De mediator is een professionele bemiddelaar opgeleid op een door het N.M.I. (Nederlands Mediation Instituut)<sup>11</sup> erkende opleiding. De achtergrond van de mediator kan verschillend

<sup>1</sup> Mr P.A. Wackie Eysten is advocaat , A.C.B.--mediator en bestuurslid van het ACB (ADR-centrum voor het bedrijfsleven) en het NMI.

<sup>2</sup> Mr. M. Pel is vice-president van het gerechtshof te Arnhem, NMI-mediator en projectleider van het landelijk project mediation RM "Mediation naast rechtspraak".

<sup>3</sup> Zie Schmitz (13)

<sup>4</sup> Informatie over het landelijk project en de brochure "mediation naast rechtspraak" kunt u opvragen 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](mailto:mediation@hetnet.nl)

<sup>5</sup> Zie Stone (14)

<sup>6</sup> Training in die vaardigheid zal onderdeel worden van de beroepsopleiding

<sup>7</sup> Genn (2), Van Genuyten (3), Murray e.a. (7), Mnookin (6)

<sup>8</sup> In het project binnen een van de deelprojecten of in een mediationweek, Zie: Pel en Everts (11); daarbuiten is een veel ruimer scala van mogelijkheden. Zie kader met providers.

<sup>9</sup> Vooral het boek "Beyond winning" (6) is een aanrader met zeer veel praktijkinformatie voor ieder die meer over de kracht van Harvard onderhandelen en mediation wil weten.

<sup>10</sup> Het hierover te raadplegen boek is Excellent onderhandelen (1)

<sup>11</sup> Informatie over het NMI: <http://www.nmi-mediation.nl>, e-mail: [info@nmi-mediation.nl](mailto:info@nmi-mediation.nl)

zijn, er zijn mediators afkomstig uit zeer diverse beroepsgroepen: advocaten, accountants, psychologen, consultants, artsen etc.etc. De mediator moet beschikken over een professionele basishouding (onafhankelijk, neutraal en oplossingsgericht) en beschikken over specifieke mediatorsvaardigheden.<sup>12</sup>

- 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. De fasen van het mediationproces:

1. *Intakefase*: in deze fase neemt de mediator met de partijen de spelregels en hoofdkenmerken van de mediation door, neergelegd in de mediationovereenkomst en het N.M.I.-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; daarbij kan de partij telkens afwegen wat het best alternatief zonder overeenkomst (BAZO) of het slechtst alternatief zonder overeenkomst is;
  - 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 moeten zijn daaraan te worden gehouden als ze het uiteindelijk niet eens worden; afspraken gelden zodra zij schriftelijk zijn vastgelegd en ondertekend;
  - 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 open staan 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 verdeeld;<sup>13</sup>
2. *Exploratiefase*: Tijdens deze fase onderzoekt de mediator met partijen hun beider belangen, zorgen en wensen die achter de tegenstrijdige standpunten schuil gaan. Die belangen blijken, anders dan verwacht, meestal maar voor een klein deel tegenstrijdig en voor het overige gelijkloend of verenigbaar.<sup>14</sup> 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 zoveel mogelijk dienen. Daarbij worden de gekozen oplossingen op realiteit getoetst.
4. *De 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 alsnog eens worden. Bijna altijd leidt een mediation tot verbetering van de onderlinge verstandhouding.

- Indicaties pro en contra mediation.

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.<sup>15</sup> Arbeidszaken, maatschaps- en andere samenwerkingsconflicten, conflicten binnen

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> En komen in het project mediation naast rechtspraak niet voor rekening van partijen

<sup>14</sup> Zie hierover: Gijbels, Pel en Wackie Eysten (5,8,15)

<sup>15</sup> Zie Pel en Everts (8, 10 en 11)

duurzame handelsrelaties, bouwconflicten, letselschadezaken kunnen, zo is inmiddels ook in Nederland gebleken, goed binnen mediation worden opgelost.

- **Tijdstip van aanvang**

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.

- **Mediation tijdens een procedure of tijdens arbitrage**

Ook tijdens een gerechtelijke procedure of tijdens arbitrage kan nog met succes worden gekozen voor mediation. Dit is vooral aangewezen 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 opnieuw teruggaan naar hun belangen; voordeel van mediation tijdens een procedure kan zijn dat het BAZO beter is in te schatten, dat het restconflict dadelijk aan de rechter kan worden voorgelegd en dat de overeenstemming in P.V. 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 mediationervaring blijken daar dikwijls goed toe in staat, tot uiteindelijke tevredenheid van beide partijen.

### **Vorbereiding van de cliënt op mediation**

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

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

Daarnaast is het van belang te bezien wat de werkelijke onderhandelingsruimte is en wat de alternatieven zijn (BAZO) 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 plagen 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 of beiden er wel bij zijn of beiden niet. Eventueel kan gevraagd worden om een aan de mediation voorafgaand z.g. regie-gesprek, waarin de advocaten met de mediator de te volgen procedure kunnen bespreken.

## De rol van de 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 en wel 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.

Fase van de mediation	Taak van de advocaat
1: intakefase	Coach van cliënt, uitleg over inhoud mediationovereenkomst
2: exploratiefase	Coach van cliënt, bewaken dat alle belangen op tafel komen, ook van de wederpartij; waken voor machtsevenwicht tussen partijen
3: onderhandelingsfase	Meer actief, creatief meedenken (evt adviseren) over opties en kiezen van oplossingen in wederzijds belang; check BAZO
4: afronding	Check en advies vaststellingsovereenkomst of (mede) opstellen daarvan, realiteitstoets

## Rol advocaat op achtergrond

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 mediator betrokken blijft. De voorbereiding kan op precies dezelfde wijze worden gedaan als hiervoor beschreven. De mediator doet er goed aan tijdens de eerste bijeenkomst met partijen veel aandacht te besteden aan de rol van de afwezige advocaten, tijdens de mediation, tussentijds en bij de afronding. In elk geval is het van belang dat de advocaat die de mediation niet bijwoont 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 en dat kan de doodsteek voor de mediation 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 driedaags congres van de American Bar Association<sup>16</sup> is dit jaar geheel gewijd aan ADR, met een belangrijke plaats voor mediation. Onderdeel van het congres is een variant op een pleitwedstrijd, te weten een "Representation in mediation competition". Wanneer zou de eerste vergelijkbare competitie in Nederland plaatsvinden?

## Literatuur:

1. Fisher, Roger, Ury, William and Patton, Bruce, 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 blz 133 e.v.
6. Mnookin, R.H., Peppet, Scvott R. Peppet, Tulumello, A.S., Beyond winning, Negotiating to create value in deals and disputes, Harvard University Press, 2000.
7. Murray, John S, Rau, Alan Scott, Sherman, Edward F., Processes of Dispute Resolution: The role of Lawyers, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc. 1996

<sup>16</sup> 26-28 april 2001 in Washington

8. Pel, M, Doorverwijzing naar mediation in de civiele procedure: Extra service of brancheervaging? Tijdschrift voor civiele rechtspleging, 2000, pp 78 e.v.
9. Pel, M, Mediation naast rechtspraak, Uitvoering landelijk project mediation Rechterlijke Macht, Justitiële Verkenningen, december 2000, pp 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 Everts, W.N., 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, number one, p 29 e.v.
14. Stone, Marcus, Representing Clients in Mediation, a new professional skill, Butterworhts, London, 1998
15. Wackie Eysten, P.A., Arbitrage en mediation vergeleken, Tijdschrift voor Arbitrage, 1999 blz 83 e.v.
16. Ynzonides, M., Ronde Tafelgesprek Mediation, Advocatenblad 2000