

Marc Simon Thomas
Marina de Kort - de Wolde
Eva Schutte
Manon Schonewille

ONDERZOEKSRAPPORT

ZAM/ACB Onderzoek naar kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation

onder advocaten, bedrijven en rechters
in Nederland



Marc Simon Thomas
Marina de Kort - de Wolde
Eva Schutte
Manon Schonewille

ONDERZOEFSRAPPORT

ZAM/ACB Onderzoek naar Kansen en Belemmeringen voor Zakelijke Mediation

onder advocaten, bedrijven en rechters in Nederland

Onderzoeksrapport

Uitgevoerd door de Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM), de Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACB) in samenwerking met het Montaigne Centrum voor Rechtspraak en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht

Vormgeving: Essencio, Harderwijk

30 november 2018

©2018, Montaigne Centrum voor Rechtspraak en Rechtspleging, auteursrechten voorbehouden





Inhoudsopgave

Voorwoord	7
1. Inleiding	9
2. Achtergrond	13
3. Uitvoering van het onderzoek	19
a. Doel en vraagstelling	19
b. Methoden van onderzoek	19
4. Uitkomsten van het onderzoek onder advocaten	23
a. Ervaring met zakelijke mediaton	23
b. Gewenste kwalificaties van de mediator	24
c. Gewenste uitvoering van mediation	24
d. Redenen voor wel/geen zakelijke mediation	25
e. Overige vragen en stellingen	27
f. Enkele cijfers	28
g. Wat leert ons dit?	29
h. Vervolg vragen	30
5. Uitkomsten van het onderzoek onder bedrijven	33
a. Ervaring met zakelijke mediaton	33
b. Gewenste kwalificaties van de mediator	34
c. Gewenste uitvoering van mediation	34
d. Redenen voor wel/geen zakelijke mediation	35
e. Overige vragen en stellingen	37
f. Enkele cijfers	38
g. Wat leert ons dit?	39
6. Uitkomsten van het onderzoek onder rechters	43
a. Ervaring met zakelijke mediation	43
b. Nut (of het ontbreken daarvan) van zakelijke mediation	44
c. Redenen om wel/niet naar zakelijke mediation te verwijzen	44
d. Gewenste kwalificaties van een mediator	46
e. Wijze van uitvoering van mediation	46
f. Overige vragen en stellingen	47
g. Rechters zonder ervaring met verwijzing naar zakelijke mediation	48
h. Wat leert ons dit?	49

7. Grafische weergave van enkele belangrijke resultaten	53
a. Werkwijze van de zakelijke mediator	53
b. Rol van het recht in zakelijke mediation	55
c. Rol van advocaten tijdens mediation	56
8. Samenvatting, conclusie en aanbevelingen	59
Geraadpleegde bronnen	64
Bijlagen	66
A. Resultaten enquête onder advocaten	67
B. Resultaten enquête onder bedrijven	95
C. Resultaten enquête onder rechters met verwijservaring	114
D. Resultaten enquête onder rechters zonder verwijservaring	125

Voorwoord

Dit onderzoeksrapport is geschreven in opdracht van de Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM) en de Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACB). Graag willen wij de Raad voor de rechtspraak bedanken voor het uitzetten van de vragenlijsten onder rechters.

Onze dank gaat ook uit naar ZAM en ACB voor het aanleveren van bestanden met potentiële respondenten, en het kantoor Van Doorne Advocaten voor het mogelijk maken van het symposium op 13 september 2018 waar een deel van de resultaten van het onderzoek is gepresenteerd en een paneldiscussie is gevoerd met aanwezigen uit de advocatuur, het bedrijfsleven en de rechterlijke macht.¹

Speciale dank gaat uit naar de advocaten, professionals uit het bedrijfsleven en rechters die de online enquête hebben ingevuld.

Tenslotte bedanken wij de leden van de klankbordgroep: Edward Dijkhoorn, Caroline Kloppers, Merijnen Kreek en Melinda Warmelink - André de la Porte en *last but not least* Karin Merkx voor de administratieve ondersteuning.

Utrecht, november 2018

Dr. Mr. M.A. (Marc) Simon Thomas

Mr. M.S. (Marina) de Kort - de Wolde, secretaris Vereniging ZAM

Mr. E. (Eva) Schutte, voorzitter Vereniging ZAM

Mr. M.A. (Manon) Schonewille, voorzitter Stichting ACB, lid Vereniging ZAM

Met medewerking van

Karin Merkx, Office Manager/secretariaat Vereniging ZAM

Eveline Colombijn, student-assistent

¹ De panelleden waren Maurits Barendrecht, Thierry Buytaert, Annemieke Hendrikse, Tijn Ritsema van Eck - Van Drempt, Casper Schouten, Ard van der Steur, Peter Verbeek en Ingmar Wassenaar.



HOOFDSTUK 1

Inleiding

Dit rapport betreft de schriftelijke vastlegging van het online onderzoek naar zakelijke mediation dat in de zomer van 2018 is uitgevoerd onder advocaten, het bedrijfsleven en rechters in Nederland. Er is gekozen voor een onderzoek onder diegenen die *ervaring* hebben met zakelijke mediation. Voor de advocaten en de bedrijven is deze aanpak onverkort doorgevoerd. Voor de rechterlijke macht hebben we een uitzondering gemaakt door ook rechters zonder ervaring naar zakelijke mediation in het onderzoek te betrekken. Het doel van dit onderzoek is om kennis en inzicht te verwerven in kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation in Nederland. Het onderzoek kan worden gezien als een vervolg op de *Global Pound Conferences 2016-2017* waarbij onderzoek is gedaan onder advocaten, bedrijven, rechters en beleidsmakers naar zakelijke mediation in 30 landen (39 steden), waaronder Nederland.¹ Het onderhavige onderzoek gaat echter meer de diepte in en onderzoekt specifiek waaraan behoefte bestaat en waaraan juist niet.

We hebben bedrijven ondervraagd omdat zij de cliënten zijn van zakelijke mediators. Advocaten en rechters zijn in het onderzoek betrokken omdat zij de belangrijkste verwijzers zijn. Voor de drie doelgroepen zijn verschillende enquêteformulieren gemaakt met telkens ongeveer zestig vragen, voor het grootste deel meerkeuzevragen. Het onderzoek is uitgevoerd door de Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM) en de Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACB) in samenwerking met het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht.

ZAM is een specialisatievereniging voor de zakelijke mediationmarkt en is gevestigd te Amsterdam. De vereniging, die is opgericht in 2014, bestaat naast het bestuur uit reguliere leden, aspirant leden en buitengewone leden. Het lidmaatschap van ZAM staat open voor MfN-registermediators die jaarlijks een minimum aantal professionele mediations doen, een juridische achtergrond hebben en zich in hun mediationpraktijk in overwegende mate toelagen op zakelijke mediation. De vereniging heeft onder meer als doel de deskundige beroepsuitoefening door mediators op het terrein van zakelijke mediation te bevorderen. Het gaat om geschiloplossing door middel van mediation waarbij bedrijven en/of andere professionele partijen zijn betrokken. Het betreft geschillen die bijvoorbeeld gaan over overname, fusie, reorganisatie, maar ook over vastgoed, handelsnaam of andere intellectuele eigendom kwesties, allerlei

¹ Het definitieve rapport van de Global Pound Conference verschijnt naar verwachting in 2019, <https://www.globalpound.org/download/397/gpc-series-final-report/9775/gpc-series-global-data-trends-and-regional-differences.pdf> (laatst bezocht op 8 oktober 2018).

contractuele aangelegenheden, of kwesties tussen aandeelhouders. ZAM heeft verder tot doel het verbeteren van de kwaliteit van zakelijke mediation.²

ACB is in 1998 opgericht door vertegenwoordigers van het Nederlandse bedrijfsleven onder auspiciën van VNO-NCW. ACB heeft als doel om de belangen te behartigen van het Nederlandse bedrijfsleven waar het gaat om alternatieve vormen van geschilbeslechting, zoals mediation. ACB stimuleert de kwaliteit van zakelijke mediation in Nederland, onder andere door het aanbieden van internationaal erkende assessments voor mediators en mediation advocates. Daarnaast stimuleert ACB onderzoek en academische initiatieven op het gebied van mediation.³

In het Montaigne Centrum, tenslotte, bundelt de Universiteit Utrecht multidimensionale expertise op het terrein van rechtsstaat en rechtspleging. Rode draad binnen het onderzoek van het Montaigne Centrum is welke (traditionele en nieuwe) kernwaarden, beginselen en dragers van de rechtsstaat centraal moeten staan om deze veerkrachtig en weerbaar te houden, en hoe zij het beste kunnen worden gegarandeerd en bevorderd, in het bijzonder ook in de rechtspleging. Hoewel de rechtspraak nog steeds de voornaamste rol speelt in het beslechten van geschillen, zijn de afgelopen jaren steeds meer alternatieven beschikbaar gekomen. Het is waarschijnlijk dat dit aanbod in de toekomst nog zal groeien, waarbij het niet alleen gaat om 'geschilbeslechting', maar om het bredere 'conflictoplossing'. In het licht daarvan doet het Montaigne Centrum onder andere onderzoek naar alternatieve vormen van conflictoplossing, waaronder mediation.⁴

Dit rapport kent de volgende opbouw. In het hierna volgende hoofdstuk wordt eerst op basis van beschikbare literatuur en resultaten van eerder uitgevoerde onderzoeken een overzicht gegeven van de reeds bestaande kennis over zakelijke mediation. In hoofdstuk 3 wordt vervolgens toegelicht hoe het empirisch, kwalitatieve onderzoek dat ten grondslag ligt aan dit rapport is uitgevoerd. In hoofdstukken 4, 5 en 6 worden de resultaten van de uitgevoerde enquêtes onder de drie doelgroepen gepresenteerd. Een grafische weergave van enkele belangrijke resultaten vindt plaats in hoofdstuk 7. Het laatste hoofdstuk bevat de conclusie en – mede vanuit de praktijk ingegeven – een aantal aanbevelingen en leerpunten. De 'ruwe' data van de enquêtes worden tenslotte in vier bijlagen gepresenteerd.

2 <https://www.vereniging-zam.nl/> (laatst bezocht op 8 oktober 2018).

3 <http://www.mediationbedrijfsleven.nl/> (laatst bezocht op 8 oktober 2018).

4 <https://www.uu.nl/onderzoek/montaigne-centrum-voor-rechtsstaat-en-rechtspleging> (laatst bezocht op 22 november 2018).



HOOFDSTUK 2

Achtergrond

De aandacht voor mediation is in Nederland groeiende sinds de jaren 90 van de vorige eeuw.⁵ Deze uit de Verenigde Staten overgekomen vorm van conflictoplossing staat bekend als een alternatief voor de meer traditionele juridische aanpak van conflicten, met een gang naar de rechter als sluitstuk van die aanpak. Als voordelen van mediation worden vaak genoemd: de lagere kosten, de hogere snelheid, heft in eigen handen, behoud van de relatie en het bereiken van een duurzame(re) oplossing van het conflict.⁶ Mediation richt zich op het *conflict* in zijn volle omvang en de achterliggende belangen van de betrokkenen in plaats van op het engere, juridische *geschil* alleen. Er is sprake van een steeds groter wordende groep professionele beoefenaars en een toenemende interesse vanuit de politiek.⁷ Ook vanuit de rechtspraak groeide de interesse voor mediation,⁸ hetgeen resulteerde in het project 'Mediation naast rechtspraak', eerst als pilot en daarna landelijk ingevoerd.⁹ De diverse vakbladen¹⁰ besteden aandacht aan mediation voor de zakelijke markt en sinds 2016 verschijnt tweemaal per jaar het tijdschrift *Corporate Mediation Journal*.¹¹

5 Brennikmeijer, A., Bonenkamp D., van Oyen, K. en Prein, H. (2017), *Handboek Mediation*. Den Haag: Sdu Uitgevers. Drooglever Fortuyn, S. (2014), "Kiezen, kiezen en nog eens kiezen". *Advocatenblad* juli:18-22. Ingelse, P. (2014), "De rechter en de mediator". *Nederlands Juristenblad* 40: 2856-2863. Kocken, J. (2011), "Is 'mediation' een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van conflicten?" in Hertogh, M. en Weijers, H. (eds.), *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, pp. 225-251. Barendrecht, J.M. en Baarsma, B.E. (2012). "Mediation 2.0". *Nederlands Juristenblad* 32: 2239-2243. Vogels, R.J.M. (2011), "De stand van mediation in Nederland". Stratus.

6 Er zijn overigens ook kritische noten te vinden in de literatuur ten aanzien van de veronderstelde voordelen van mediation. Zie bijvoorbeeld: Sprangers, Huub (2012), "Mediation, markt en beroep" en Barendrecht, J.M. en Baarsma, B.E. (2012). "Mediation 2.0," *Nederlands Juristenblad* 32: 2239-2243. Met weer een reactie daarop van Saskia Reuling en Eva Schutte, Reuling, Saskia en Schutte, Eva (2012), "Reactie op 'Mediation 2.0'". *Nederlands Juristenblad* 41: 2905.

7 Initiatiefwetgeving van voormalig kamerlid Ard van der Steur: Kamerstukken II 2012-2013, 33.722/33.723/33.727, nr. 2. en Kamerstukken II 2014-2015, 33.722/33.723/33.727, nr. 22.

8 Combrink, L., Klijn, A., Pel, M. en Verberk, S. (2009), *Op maat beslecht. Mediation naast rechtspraak 1999-2009*. Den Haag: Raad voor de Rechtspraak. Hazenberg, S., Schoenmakers, I. en Verkennis, J.P. (2014), *Jaarverslag 2014*. Het Juridisch Loket.

9 <https://www.rechtspraak.nl/Uw-Situatie/Onderwerpen/mediation-naast-rechtspraak> (laatst bezocht op 3 september 2018).

10 *Advocatenblad* september 2015 'Dossier mediation'; *Ondermemingsrecht* 2016 (1) 'Themanummer: Corporate mediation'; en *Tijdschrift Conflicthantering* 2014 (2) 'Business mediation'. En het tijdschrift *Nederlandse Mediation* heeft een aparte rubriek voor de zakelijke mediation.

11 Uitgegeven door Boom Juridisch.

Mediation in Nederland wordt vooral veel toegepast op het terrein van persoonlijke relaties,¹² denk daarbij aan conflicten in de familiale of arbeidsrechtelijke sfeer.¹³ Zakelijke conflicten en met name de oplossingen hiervoor worden nog relatief weinig met mediation geassocieerd en zakelijke mediation wordt derhalve nog relatief weinig gebruikt.¹⁴ Over wat precies onder zakelijke mediation dient te worden verstaan bestaat in de door ons geraadpleegde bronnen geen overeenstemming. Volgens de statuten van de Vereniging ZAM wordt hieronder verstaan: ‘geschiloplossing door middel van mediation van geschillen waarbij (organen of geledingen van) ondernemingen en/of andere professionele partijen zijn betrokken.’¹⁵ Een Nederlands onderzoek naar zakelijke mediation uit 2004, uitgevoerd door ACB, heeft het kortweg over ‘commerciële geschillen’,¹⁶ terwijl in het themanummer van het tijdschrift *Ondernemingsrecht* over ‘corporate mediation’ de volgende definitie valt te lezen: ‘geschillen tussen ondernemingen onderling, aandeelhoudersgeschillen, geschillen tussen bestuur en aandeelhouders en samenwerkingsgeschillen tussen professionals.’¹⁷ Om op voorhand onduidelijkheden voor onze respondenten te voorkomen, hebben wij in de enquêtes (en vervolgens in dit onderzoeksrapport) een specifieke definitie gehanteerd. Onder zakelijke mediation wordt in dit onderzoek verstaan: ‘mediation in geschillen tussen bedrijven en bedrijfsonderdelen en in geschillen tussen andere professionele partijen, waaronder ook aandeelhoudersgeschillen en contractuele conflicten.’

Dat er altijd meer opties openstaan om een conflict op te lossen dan een traditionele juridische aanpak mag bekend worden verondersteld, maar toch lijkt het voor partijen met een conflict niet voor de hand te liggen om op zoek te gaan naar die alternatieven. Ook is er vaak weinig aandacht voor de werkelijke belangen van partijen en het belang van (het in standhouden van) een goede relatie.¹⁸ Betoogd wordt wel dat dit anders zou kunnen en dat zakelijke conflicten meer als managementtaak zouden moeten worden beschouwd en als zodanig benaderd, in plaats van ze (te) snel te zien als juridische geschillen. Zowel interne conflicten in samenwerkingsrelaties bijvoorbeeld, maar ook meer complexere conflicten tussen ondernemingen onderling zouden meer moeten worden gemanaged,¹⁹ in plaats van als in een ‘toernooi-model’ beslist. De term ‘conflictmanagement’ lijkt hier prima op te passen.²⁰

Naar de markt voor zakelijke mediation is in de afgelopen jaren aan aantal onderzoeken gedaan. ACB heeft in 2004 een eerste onderzoek uitgevoerd onder het bedrijfsleven en de advocatuur naar zakelijke mediation in Nederland.²¹ De veronderstelling van ACB was dat wanneer geschillen bedrijfsmatig be-

12 De Jongh, Joris en Smit, Wouter (2017), “Nederlanders & Mediation, een kwantitatief onderzoek onder Nederlanders in opdracht van de Nederlandse Mediatorsverenigingen de Mediatorsfederatie Nederland”. Ruigrok NetPanel, Amsterdam.

13 Vogels, R.J.M. (2011), “De stand van Mediation in Nederland”. Stratus, p. 11.

14 Soerjatin, Ellen (2011), “Mediation in OK zaken, een kwestie van pellen”. *de commissaris*, pp. 11-15.

15 Zie statuten Vereniging ZAM.

16 Schonewille, Manon (2004), “Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen”, Den Haag: ACBMediation, p. 9.

17 Doeleman, H.F. (2016), “Zakelijke mediation, perikelen”. *Ondernemingsrecht* 2016/6, p. 28.

18 Lack, Jeremy (2011), “Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties” in Ingen-Housz, Arnold, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures - Volume II*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 339-379.

19 Schonewille, Manon (2007), “Mediation en conflictmanagement in de praktijk Troubleshooting in bedrijfsrelaties. Trends in de ontwikkeling van conflictmanagement in het bedrijfsleven”. *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*, 11 (1), pp. 54-63.

20 De Roo, Annie (2007), “10 jaar TMD: van mediation naar conflictmanagement?” *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*, 11 (1), pp. 3-6. Demeyere, Luc, (2011), “Commerciële conflicten managen – enkele schema’s”. *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 15 (2), pp. 30-44.

21 Schonewille, Manon (2004), “Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen”, Den Haag: ACBMediation

naderd worden, een onderneming tijd en kosten bespaart bij het oplossen van conflicten. Met behulp van managementtechnieken en managementvaardigheden, oftewel het 'goed managen' van conflicten, zouden conflicten bedrijfsmatiger kunnen worden aangepakt. Ten tijde van het ACB onderzoek uit 2004, was echter sprake van een matig animo vanuit de markt voor het gebruik van mediation bij het oplossen van zakelijke conflicten. De hoofdvraag van dat onderzoek was dan ook 'het verkrijgen van inzicht in de redenen waarom bedrijven bij commerciële geschillen niet vaker gebruik maken van mediation.'

De belangrijkste conclusies van dat onderzoek door ACB laten zich als volgt samenvatten:²² 1) bedrijven hebben geen overzicht van de tijd en kosten die gemoeid zijn met geschillen; 2) conflicten worden doorgaans niet centraal geregistreerd en bovendien hanteren ondernemingen veelal geen (duidelijke) richtlijnen hoe om te gaan met geschillen; 3) bedrijven kiezen meestal voor de juridische benadering en er is geen bedrijfsmatige aanpak om geschillen op te lossen; 4) bedrijven zoeken veelal niet naar de beste prijs-kwaliteitverhouding voor het oplossen van conflicten en evenmin gaan ze per geschil na wat de beste methode is om het geschil op te lossen; en 5) ondernemingen hebben pas na een nadere kennisgeving interesse (het omgekeerde van 'onbekend maakt onbemind'). Het ACB onderzoek uit 2004 laat ook zien dat het met het imago van mediation en de rol van mediators (toentertijd) niet best gesteld was. Al met al was sprake van een matig vertrouwen in deze vorm van conflictoplossing.

In de literatuur worden als oorzaken voor het geringe succes van zakelijke mediation bij het bedrijfsleven wel genoemd: de onbekendheid met mediation als alternatief conflict oplossende mogelijkheid, het gebrek aan transparantie en kwaliteit (het imago) van mediators en het feit dat andere spelers in het veld van zakelijke conflicten (lees: advocaten) weinig of geen belang zien in het doorverwijzen naar mediation. Nog een andere oorzaak die wordt genoemd is het gebrek aan specialisatie bij mediators en het gemis van een proactieve houding.²³

Het *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* heeft in 2016 een onderzoek gepubliceerd met als titel 'Hoe denken Zuidas-advocaten over mediation?'²⁴ Hiermee krijgen we een inkijkje vanuit het perspectief van de advocatuur. Op basis van zeventien interviews die zijn afgenomen onder senior advocaten van verschillende kantoren bleek het volgende. Als overwegingen ten *voordele* van mediation worden genoemd: aandacht voor het onderliggende conflict, aandacht voor de relatie, snelheid en vertrouwelijkheid. Maar ook het tonen van goede wil aan de rechter en de structurering van complexe geschillen. De overwegingen ten *nadele* van mediation zijn: wantrouwen jegens de wederpartij of de onbereidheid bij de eigen cliënt of bij de wederpartij. Ook gaven de advocaten aan al een minnelijke oplossing te hebben geprobeerd, of gaf men aan zelf prima in staat te zijn om tot oplossingen te komen. Verder werden ook hier de onbekendheid met mediation of met goede of voldoende assertieve mediators als reden genoemd om niet voor mediation te kiezen.²⁵

22 Schonewille, Manon (2004), "Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen", Den Haag: ACB Mediation

23 Schonewille, Manon (2004), "Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen", Den Haag: ACB Mediation.

24 Smeehuizen, Lodewijk (2016), "Hoe denken Zuidas-advocaten over mediation?". *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 20 (2), pp. 31-51.

25 Zie ook: Schonewille, Manon (2014), "Business mediation onderzocht". *Tijdschrift Conflictantering*, 2.

Het International Mediation Institute (IMI) heeft in 2013 een aantal enquêtes uitgevoerd onder bedrijfsjuristen van internationale bedrijven die conflictoplossing in hun takenpakket hebben naar hun ervaring met zakelijke mediators.²⁶ Uit dit IMI onderzoek blijkt dat juridische kennis van de mediator vaak een pré is. Bedrijfsjuristen gaven aan een zakelijke mediator te selecteren op basis van volgende criteria: ervaring als mediator, inhoudelijke expertise, een onafhankelijk assessment en feedback van andere zakelijke gebruikers, de persoonlijkheid van de mediator en eerdere positieve ervaringen met deze mediator. Men heeft de voorkeur voor een proactieve mediator (zo blijkt ook uit het ACB onderzoek uit 2004). Een grote meerderheid van de zakelijke mediation gebruikers gaf aan dat mediators geen puur faciliterende rol zouden moeten vervullen, maar dat zij proactief moeten zijn in het genereren van ideeën en ook mogelijke oplossingen en schikkingsvoorstellen moeten aandragen.

In 2016-2017, tenslotte, heeft het IMI onder de naam *Global Pound Conferences* onderzoek gedaan onder verschillende stakeholders bij zakelijke mediation, te weten: gebruikers van zakelijke mediation (bedrijven), de adviseurs van die bedrijven (lees: advocaten) en de aanbieders van zakelijke mediation. Het doel van dit onderzoek was om het bewustzijn over mediation te verhogen en zicht te krijgen op de mogelijke toekomstige ontwikkeling daarvan in de zakelijke markt. De uitkomsten van dit onderzoek laten zich als volgt samenvatten:²⁷ 1) als belangrijkste voordelen voor mediation worden genoemd risicobeperking en beperking van kosten;²⁸ 2) ruim driekwart van de gebruikers vindt dat mediation in een zo vroeg mogelijk stadium dient te worden ingezet; 3) bijna 80% van de gebruikers verwacht via een analyse vooraf welke procesvorm in aanmerking komt om een concreet geschil op te lossen; 4) meer dan de helft van de gebruikers vindt dat bij een groot financieel belang mediation in elk geval geprobeerd zou moeten worden; en 5) gebruikers zien mediation als een managementinstrument.

Uit het *Global Pound Conferences* onderzoek wordt duidelijk dat er vanuit zowel het bedrijfsleven als de advocatuur wel degelijk vraag bestaat naar een vorm van zakelijke conflictoplossing als alternatief voor een gang naar de rechter. Tegen deze achtergrond en op grond van de eigen positieve ervaringen van ZAM en ACB is het idee ontstaan het onderhavige onderzoek uit te voeren, om vanuit het perspectief van drie verschillende doelgroepen – met ervaring met zakelijke mediation, waardoor een ‘*insider’s point of view*’ kan worden gegeven – de vinger te leggen op daadwerkelijke kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation in Nederland. De onderwerpen die in dit onderzoek aan bod komen zijn: de redenen om wel/niet van zakelijke mediation gebruik te maken, de gewenste kwalificaties qua achtergrond en ervaring van de mediator, en de wijze van uitvoering (aanpak en mediationstijl) van mediation.

Daarnaast wordt onderzoek verricht naar een aantal praktijken die men veel ziet bij zakelijke mediations en die men veel minder of helemaal niet ziet bij mediation op het terrein van het familierecht en het arbeidsrecht. Een eerste praktijk, betreft het combineren van mediation met andere vormen van geschiloplossing. Er is bijvoorbeeld onderzocht in hoeverre het bespreekbaar is dat een bindend advies wordt uitgebracht wanneer het niet lukt om er via mediation uit te komen. Ook is de mogelijkheid van Med-Arb bevestigd. Bij Med-Arb – waarmee in de Verenigde Staten veel ervaring is opgedaan – wordt

26 IMI (2013), “IMI International Corporate Users ADR Survey January-March 2013”. https://www.fdu.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_23457.pdf (laatst bezocht op 14 oktober 2018).

27 Schonewille, Manon (2017), “Wat willen bedrijven nou echt?” *Global Pound Conferences*.

28 Dit wordt onderschreven door: Lipsky, David & Ronald Seeber, 1998, *The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations*, Ithaca, NY: Institute on Conflict Resolution, p. 19.

eerst getracht via mediation het conflict op te lossen. Eventuele resterende delen van het conflict worden vervolgens door de mediator beslist die dan de rol van arbiter op zich neemt.²⁹

Ook zijn in dit onderzoek meegenomen de bij zakelijke mediation regelmatig toegepaste mogelijkheden van het op-en-neer pendelen door een mediator en het doen van een zogenaamd *mediator proposal*. Het bijzondere aan het pendelen, dat vergelijkbaar is met een ‘caucus only’ mediationvariant,³⁰ ook wel ‘ex-parte’ mediation genoemd,³¹ is dat partijen noch hun (juridisch) adviseurs in elkaars aanwezigheid overleggen, maar in aparte, van elkaar gescheiden ruimtes. Vaak wordt wel op eenzelfde locatie afgesproken, maar zien of spreken de verschillende partijen elkaar niet of nauwelijks. Het voordeel van deze vorm van mediation is dat partijen hun vijandigheid voor een groot deel laten varen, omdat een rechtstreekse confrontatie niet aan de orde is. Het nadeel van pendelen is echter dat men niet met elkaar in contact staat en daardoor minder goed aan herstel van de relatie kan werken. In Nederland gebruikt men het pendelen vooral in de onderhandelingsfase. Tussendoor worden de partijen wel weer bij elkaar gebracht om het gesprek gezamenlijk voort te zetten. Bij een *mediator proposal* doet de mediator op enig moment een voorstel met een bepaalde bandbreedte voor de verdere onderhandelingen op basis van de door partijen zelf geïdentificeerde belangen.³²

Voorts is het gebruik van de mediationclausule, die soms wordt opgenomen in zakelijke contracten of in algemene voorwaarden, onderzocht. Deze clausule houdt in dat partijen in geval van een conflict of een dreigend conflict eerst mediation zullen proberen alvorens zij zich tot de rechter wenden.³³ Tenslotte is in dit onderzoek onderzocht hoe mediation zich verhoudt tot andere vormen van conflictoplossing, wat de meningen zijn ten aanzien van een meer verplicht karakter van mediation en wat de tevredenheidscijfers en slagingspercentages zijn.

29 Lack, Jeremy (2011), “Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties” in Ingen-Housz, Arnold, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures - Volume II*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, p. 358. Leathes, Michael, Bulder, Bob, Schonewille, Manon en Kervers, Willem (2006), “Einstein’s lessons in mediation”, July/August 2006. Van Zelst, Bas (2018), “De toelaatbaarheid van Med-Arb naar Nederlands recht. Over het niemandsland tussen mediation en arbitrage”. *Nederlands Juristenblad*, 9, pp. 604-602.

30 Schonewille, Manon (2018), *Toolkit Mediation. Resultaat bereiken als mediator, manager, mediation advocate en onderhandelaar*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

31 Wakkie, P.N. (2012), “Een proces op maat”, in: Frenk, N., Nihot, P.K. en Wakkie, P.N., *Proces op maat*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

32 Schonewille, Manon (2018), *Toolkit Mediation. Resultaat bereiken als mediator, manager, mediation advocate en onderhandelaar*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

33 Lipsky, David and Seeber, Ronald (1998), *The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations*. Ithaca, NY: Institute on Conflict Resolution.



HOOFDSTUK 5

Uitvoering van het onderzoek

3.a Doel en vraagstelling

In het onderzoek ACB 2004 en in de literatuur zijn verklaringen gezocht voor het feit dat zakelijke mediation nog weinig wordt toegepast als mogelijkheid van conflictoplossing. Als mogelijke verklaringen worden genoemd: het imago van mediation, het gebrek aan gepercipieerde toegevoegde waarde en de rol van advocaten bij het niet doorverwijzen. Aan de andere kant blijkt er vanuit het bedrijfsleven wel degelijk vraag te bestaan naar mediation als alternatief voor een gang naar de rechter. ZAM en ACB zijn benieuwd naar de oorzaken van het nog relatief geringe gebruik van zakelijke mediation, en zijn geïnteresseerd in de kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation. Zakelijke mediation is in dit onderzoek gedefinieerd als: ‘mediation in geschillen tussen bedrijven en bedrijfsonderdelen en in geschillen tussen andere professionele partijen, waaronder ook aandeelhoudersgeschillen en contractuele conflicten.’

Het onderhavige onderzoek bouwt voort op eerder gedaan onderzoek naar zakelijke mediation door het IMI naar de praktijk van zakelijke mediation wereldwijd en bekend onder de naam *Global Pound Conferences Series 2016-17*, alsmede op eerder onderzoek dat is uitgevoerd door ACB in 2004. Het doel van dit onderzoek is om kennis en inzicht te verwerven in het geringe gebruik van zakelijke mediation in Nederland om beter in te kunnen spelen op de behoeften van bedrijven, advocaten en rechters.

De centrale vraag is: wat zijn op basis van de praktijkervaringen van de drie doelgroepen de behoeften aan en de mogelijkheden voor zakelijke mediation in Nederland?

De deelvragen die bij deze centrale vraag worden gesteld hebben betrekking op: 1) de reeds bestaande ervaring met zakelijke mediation; 2) de gewenste kwalificaties van de mediator; 3) de gewenste wijze van uitvoering van mediation; en 4) de mogelijkheden van mediation in combinatie met andere vormen van geschiloplossing.

3.b Methoden van onderzoek

Het onderzoek betreft een empirisch, kwalitatief onderzoek, waarbij gebruik is gemaakt van online vragenlijsten (enquêtes). Het onderzoek heeft zich uitgestrekt tot drie doelgroepen: de advocatuur, het bedrijfsleven en de rechterlijke macht.

Aan het onderzoek hebben vanuit de advocatuur en de bedrijven alleen personen meegedaan die ervaring hebben met zakelijke mediation. Voor de rechterlijke macht ligt dit iets anders. De rechters die aan het onderzoek hebben meegewerkt hebben deels wel ervaring en deels geen ervaring met verwijzing naar zakelijke mediation. Dit op verzoek van de Raad voor de rechtspraak.

Het onderzoek is gestart met het verzamelen van bestaande literatuur over zakelijke mediation in Nederland en een systematische analyse daarvan (zie hoofdstuk 2 van dit rapport). Vervolgens zijn drie verschillende vragenlijsten opgesteld, voor elk van de drie doelgroepen een op maat gesneden versie, waarbij wel is gezorgd voor voldoende overlap tussen de drie verschillende enquêtes om ook een vergelijking tussen de drie doelgroepen mogelijk te maken. De vragenlijsten zijn, voordat ze naar de doelgroepen werden verstuurd, in een online omgeving door leden van de klankbordgroep³⁴ en de bestuursleden van ZAM getest op volledigheid, duidelijkheid en tijdsbeslag.

In de periode van 18 juni tot 9 juli 2018 (drie weken) konden de drie enquêtes worden ingevuld. De enquêtes bevatten ongeveer zestig vragen gerangschikt naar thema's, waarbij overwegend gebruik is gemaakt van meerkeuzevragen. Daarnaast hebben wij enkele open vragen gesteld. Aan het eind van de vragenlijst konden respondenten desgewenst verduidelijkingen of opmerkingen toevoegen.

Voor het toezenden van de online enquêtes aan advocaten en bedrijven is gebruik gemaakt van email-adressen bestanden die zijn aangeleverd door leden van ZAM en door ACB. Hierdoor konden we relatief snel over voldoende grote en betrouwbare bestanden beschikken. Dit betekent dat bij advocaten en bedrijven gebruik is gemaakt van een selecte steekproef. De selectie van rechters met en zonder ervaring met (verwijzing naar) zakelijke mediation is gemaakt door de Raad voor de rechtspraak. De oproep aan de handelsrechters om de enquête in te vullen is vervolgens gedaan via de leden van landelijke overleggen vakinhoud (LOV).

De online enquête tool Survey Monkey waar dit onderzoek gebruik van heeft gemaakt waarborgt geanonimiseerde responsen. Dit is aan de geënquêteerden meegedeeld, voorafgaand aan het insturen van hun reacties. Uiteindelijk zijn 577 advocaten benaderd, van wie 113 de enquête hebben ingevuld. Dit betekent een respons van bijna 20%. Gezien de relatief korte periode waarin de enquête open stond, het feit dat het een online enquête betrof en dat de openstelling van de enquête gedurende de zomervakantie plaatsvond, is dit een goede respons. Verhoudingsgewijs ligt de respons onder het bedrijfsleven iets hoger, van de 343 professionals in het bedrijfsleven die zijn benaderd hebben 93 de enquête ingevuld; een respons van ruim 27%. De cijfers van de rechterlijke macht zijn nog iets beter. Van de 208 handelsrechters die zijn benaderd, hebben 62 de enquête ingevuld. Dat is een respons van bijna 30%. Van de rechters hebben er 40 wel ervaring met doorverwijzen en 22 niet. Het invullen van de meerkeuzevragenlijst heeft de respondenten gemiddeld 12 minuten gekost.

In de periode nadat de enquêtes zijn afgesloten, zijn de verkregen data geanalyseerd. In de enquêtes zijn verschillende soorten vragen gesteld: open en gesloten. De gesloten vragen betreffen meerkeuzevragen waarbij slechts één antwoord kan worden aangekruist,³⁵ meerkeuzevragen waarin gebruik wordt gemaakt van een schaal met 7 keuzemogelijkheden (van 'geheel oneens' tot 'geheel eens', met op de middenpositie de optie 'neutraal' (of ook: ik heb er geen mening over)),³⁶ meerkeuzevragen waarbij respon-

34 De klankbordgroep bij dit onderzoek bestaat uit de leden Edward Dijkhoorn, Caroline Kloppers, Merijnen Kreek en Melinda Warmelink en is het leven geroepen om de onderzoekers desgevraagd van ondersteuning en advies te dienen.

35 Bijvoorbeeld vraag 1 bij de advocaten 'Het aantal jaren dat u advocaat bent:' 0-1, 2-5, 6-10, of meer dan 10.

36 Bijvoorbeeld vraag 9 bij de advocaten 'De mediator heeft zijn/haar sporen in het bedrijfsleven verdiend:' 7-puntsschaal van geheel oneens, via neutraal, naar geheel eens.

denten meerdere stellingen moeten beoordelen op een 5-puntsschaal³⁷ en meerkeuzevragen waarbij een waardering op een 10-puntsschaal (het rapportcijfer) kan worden gegeven.³⁸ Bij de meerkeuzevragen met een 5-puntsschaal, een 7-puntsschaal of een 10-puntsschaal, laten de resultaten het aantal stemmen per antwoordmogelijkheid zien, het reactiepercentage per antwoordmogelijkheid (opgeteld is dat 100%) en het 'gewogen gemiddelde', waarbij de gemiddelde beoordeling voor de vraag wordt gegeven (zie bijlagen).

Bij de analyse van de antwoorden hebben wij vooral gekeken naar de reactiepercentages. Hierbij zijn in dit rapport, zowel bij de vragen met een 7-puntsschaal als die met een 5-puntsschaal, de verschillende percentages van 'oneens' en van 'eens' bij elkaar opgeteld om de leesbaarheid te vergroten. Voor een precieze verdeling van de reactiepercentages verwijzen wij naar de bijlagen. In het geval van meerkeuzevragen waarbij meerdere stellingen moesten worden beoordeeld is ook gekeken naar het gewogen gemiddelde, omdat zo de volgorde in voorkeur inzichtelijk kan worden gemaakt. Ter voorbereiding op het ZAM symposium van 13 september 2018 zijn op 28 augustus 2018 de voorlopige resultaten gedeeld en besproken met leden van de klankbordgroep en ZAM bestuursleden.

Op donderdagmiddag 13 september 2018 zijn tijdens het jaarlijkse najaar symposium van de Vereniging ZAM de eerste onderzoeksresultaten gepresenteerd. Het symposium vond plaats op het kantoor van Van Doorne Advocaten te Amsterdam. De presentatie was bedoeld voor leden van de Vereniging ZAM, geïnteresseerde advocaten, vertegenwoordigers uit het bedrijfsleven, rechters, mediators en andere belangstellenden. De presentatie van het onderzoek en de resultaten besloeg het eerste deel van de middag, het tweede deel van de middag bestond uit discussies over een aantal stellingen, die werden ingeleid door acht vooraf uitgenodigde panelleden,³⁹ voornamelijk afkomstig uit de advocatuur, het bedrijfsleven of de rechterlijke macht.

37 Bijvoorbeeld vraag 28 bij de advocaten 'Graag aangeven in hoeverre de volgende redenen een rol spelen bij uw keuze om wel een zakelijke mediator in te schakelen'.

38 Bijvoorbeeld vraag 56 bij de advocaten 'Mijn gemiddelde waardering voor het proces (het verloop van het traject) van alle mediations waarbij ik betrokken was:' waardering van 0 – 10.

39 De panelleden waren: Maurits Barendrecht, Thierry Buytaert, Annemieke Hendrikse, Tijne Ritsema van Eck - Van Drempt, Casper Schouten, Ard van der Steur, Peter Verbeek en Ingmar Wassenaar.



HOOFDSTUK 4

Uitkomsten van het onderzoek onder advocaten

In dit hoofdstuk worden de uitkomsten van de enquête onder advocaten op hoofdlijnen gepresenteerd. De volledige uitkomst van de enquête onder advocaten is terug te vinden in Bijlage A. De uitkomsten worden gepresenteerd in de volgorde waarin de vragen zijn voorgelegd. Het geeft een beeld van de eigen ervaring van de advocaten met mediation, en op die ervaring gebaseerde wensen ten aanzien van de kwalificaties van de mediators en de uitvoering van de mediation. Ook geeft het inzicht in de redenen die advocaten met ervaring met zakelijke mediation aangeven om wel of niet voor mediation te kiezen.

4.a Ervaring met zakelijke mediation

De vragenlijst die aan advocaten is voorgelegd bestaat uit zes delen. Het eerste deel betreft een aantal vragen over de respondent zelf en diens ervaring met mediation. Zo is gevraagd naar het aantal jaren werkervaring als advocaat, de grootte en vestigingsplaats van het kantoor, het aantal gevallen waarin de advocaat betrokken is geweest bij een zakelijke mediation, het aantal jaren ervaring met mediation, en de open vraag in welke gevallen er verwezen is naar een zakelijke mediator. Ook hebben we gevraagd of de betreffende advocaat zelf ook mediator is.

Bijna 90% van de advocaten heeft meer dan 10 jaar ervaring. Iets meer dan 10% van de advocaten is tussen 6 en 10 jaar advocaat. Het is opmerkelijk dat er geen respons is gekomen van advocaten met 0-1 jaar ervaring en met 2-5 jaar ervaring (vraag 1). Het merendeel van de advocaten is werkzaam bij een klein of middelgroot kantoor (vraag 2). Een grote meerderheid van de advocaten is werkzaam in de Randstad (bijna 90%), en daarvan vervolgens het merendeel in Amsterdam (bijna 60%) (vraag 3). 36% van de advocaten geeft aan bij meer dan 10 mediations betrokken te zijn geweest. Zo'n 40% was betrokken bij minder dan 5 mediations (vraag 4). Het aantal jaren dat men ervaring heeft met zakelijke mediation varieert van een paar jaren tot meer dan tien jaren (vraag 5). Een kwart van de advocaten geeft aan zelf ook mediator te zijn (vraag 6). Op de open vraag in wat voor soort zaken naar een zakelijke mediator is verwezen wordt vrij breed geantwoord (vraag 7). Dit ligt in lijn met wat in hoofdstuk 2 is opgemerkt over de definitie van wat precies onder zakelijke mediation geschaard kan worden.

4.b Gewenste kwalificaties van de mediator

Het tweede deel van de vragenlijst betreft vragen die betrekking hebben op de gewenste kwalificaties (achtergrond en ervaring) van de mediator. De hoofdvraag hierbij luidt: ‘wat vindt u belangrijk bij de keuze van een mediator?’

Bijna driekwart van de advocaten geeft aan het belangrijk te vinden dat een mediator is aangesloten bij een mediatorsverband, zoals bijvoorbeeld de Mediatorsfederatie Nederland (MfN) of een internationaal verband zoals het IMI (vraag 8). Een ruime meerderheid geeft aan het belangrijk te vinden dat de mediator onderdeel uit maakt van een kantoor of samenwerkingsverband (vraag 9). Qua gewenste ervaring of achtergrond van de mediator blijkt het volgende: de helft van de advocaten geeft aan het belangrijk te vinden dat de mediator zijn of haar sporen in het bedrijfsleven heeft verdiend (vraag 10). Er blijkt geen voorkeur voor een mediator met een achtergrond als gedragswetenschapper (vraag 11). Juridische kennis bij de mediator wordt wel hoog wordt gewaardeerd. Maar liefst 90% van de advocaten vindt dit belangrijk (vraag 12). Ervaring als zakelijk mediator, tenslotte, wordt ook zeer hoog gewaardeerd (vraag 13).

4.c Gewenste uitvoering van mediation

In het derde deel is de wijze van uitvoering – de aanpak en de mediationstijl – van de zakelijke mediation bevestigd. Ook is gevraagd of het wenselijk is dat de mediator pendelt tussen partijen en op die manier probeert naar een oplossing toe te werken. Daarnaast is de inhoudelijke gang van zaken bevestigd. Bijvoorbeeld door te vragen in hoeverre er ruimte zou moeten zijn om juridische aspecten tijdens de mediation uitvoerig aan de orde te stellen, en of men een voorstander is van het zogenoemde *mediator proposal* als er te weinig vooruitgang zit in de onderhandelingen. Tenslotte is de eigen rol van advocaten aan de orde gekomen door te vragen of men er een voorstander van is dat de advocaten van partijen aanwezig zijn bij de mediation gesprekken en er is een open vraag gesteld naar de gewenste eigen rol en taken tijdens een zakelijke mediation.

Maar liefst 80% van de advocaten geeft aan dat het de voorkeur heeft als de mediation start met individuele intakegesprekken (vraag 14). Op de vraag of men voorafgaand aan de zakelijke mediation stukken wil toesturen aan de mediator geeft 45% van de advocaten aan het daar mee eens te zijn, terwijl een derde deel hier neutraal tegenover staat (vraag 15). Een derde van de respondenten onder advocaten is van mening dat de rol van een mediator beperkt moet zijn tot het in goede banen leiden van de gesprekken tussen partijen, zodat die op een constructieve wijze met elkaar in gesprek raken en blijven. Twee derde denkt daar anders over (vraag 16). Meer dan twee derde van de advocaten is voorstander van een mediator die zich tegenover partijen uitlaat over de kansen en risico's om de partijen op die manier in de richting van een regeling te sturen (vraag 17). Dit is opvallend omdat de heersende leer onder mediators – een groep die *niet* in dit onderzoek is meegenomen – is dat dergelijke sturing tijdens mediation juist niet behoort plaats te vinden. Bijna alle advocaten vinden het goed wanneer de mediator stevig de regie over het proces (de gang van zaken tijdens de mediation) neemt (vraag 18).

Twee derde deel is het er mee eens dat de voornaamste toegevoegde waarde van een mediator is dat hij of zij de emotionele barrières uit de weg ruimt die aan het treffen van een regeling in de weg staan (vraag 19). Het op-en-neer pendelen heeft voor bijna de helft van de advocaten de voorkeur, terwijl ruim een derde deel hier neutraal tegenover staat (vraag 20). Een meerderheid van de advocaten is het met de stelling eens dat er tijdens de mediation ruimte moet zijn om juridische aspecten uitvoerig aan de orde te stellen (vraag 21). Twee derde deel van de advocaten vindt dat een mediation niet meer dan maximaal een paar sessies

moet duren (vraag 22). Op de vraag of een *mediator proposal* nuttig zou kunnen zijn in het geval er te weinig vooruitgang zit in de onderhandelingen, antwoordt twee derde deel het daar mee eens te zijn (vraag 23). Advocaten zijn in meerderheid voorstander van de aanwezigheid van advocaten van partijen bij de mediationgesprekken, terwijl een derde deel daar neutraal tegenover staat (vraag 24). Op de open vraag naar de gewenste eigen rol/taak in de mediation wordt divers geantwoord, maar de grootste gemene deler is toch die van adviseur. Naast het adviseren wordt ook vaak het ondersteunen van de cliënt genoemd (vraag 25).

4.d Redenen voor wel/geen zakelijke mediation

In het vierde deel komen de redenen aan bod waarom men wel of niet voor zakelijke mediation kiest. Aan advocaten hebben we gevraagd waarom men een cliënt al dan niet zakelijke mediation adviseert. Dit is gedaan door respondenten aan te laten geven welke redenen voor hen belangrijk zijn (en in welke verhouding) om een cliënt mediation te adviseren, als wel om aan te geven wat de redenen zijn om dat juist niet te doen. In beide gevallen is gevraagd om het belang dat men eraan hecht op een 5-puntsschaal (van 'niet van belang' tot 'zeer belangrijk') aan te geven. Ook is gevraagd in hoeverre en bij welk soort zaken men het nut van zakelijke mediation ziet.

Aan advocaten is gevraagd om aan te geven hoe belangrijk de volgende redenen zijn om *wel* te kiezen voor mediation: a) de doorgaans lagere kosten van mediation; b) de onzekerheid van een juridische procedure; c) de snelheid van mediation; d) de mogelijkheid om geheimhouding af te spreken; e) verbetering van de relatie tussen partijen; f) het beheersen van risico's; g) het tegelijkertijd kunnen behandelen van meerdere claims of conflicten; h) het te technische of te specialistische karakter van het conflict om het voor te kunnen leggen aan een rechter; of i) een andere reden (open vraag) (vraag 26). Hieronder zijn de redenen op basis van gewogen gemiddelden in volgorde van voorkeur weergegeven.

Redenen:	gewogen gemiddelde
c. Het feit dat mediation doorgaans veel sneller is afgerond dan een rechtsgang	3,94
e. Het besef dat mediation kan leiden tot behoud of verbetering van de relatie tussen de partijen	3,91
b. De onzekerheid van een juridische procedure	3,86
f. Mijn cliënt kan bij mediation de zaak in eigen hand houden en zo de risico's beheersen	3,79
g. Meerdere claims of meerdere conflicten kunnen tegelijkertijd worden behandeld	3,79
d. In een mediation kan geheimhouding worden afgesproken	3,64
a. De doorgaans lagere kosten van mediation voor mijn cliënt (ten opzichte van een rechtsgang)	3,03
h. De zaak is te technisch of te specialistisch voor de rechter	2,61

Hieruit blijkt dat – op basis van gewogen gemiddelden – voor advocaten snelheid het meest belangrijk is, gevolgd door het behoud of verbetering van de relatie. Ook hoog genoteerd staat de onzekerheid van

een juridische procedure. Indien echter naar de reactiepercentages ‘belangrijk’ en ‘zeer belangrijk’ wordt gekeken (Bijlage A), dan is de snelheid de belangrijkste reden met de onzekerheid van een rechtszaak op de tweede plaats. De veronderstelde doorgaans lagere kosten van mediation (ten opzichte van een gang naar de rechter) blijken een veel minder grote rol te spelen. Dit is anders dan veelal wordt aangenomen (zie hoofdstuk 2). Wanneer vervolgens gevraagd wordt om uit bovenstaande redenen er een als belangrijkste te kiezen, dan staan het behoud of verbetering van de relatie en de snelheid van mediation weer bovenaan. Kortom, snelheid, onzekerheid van de uitkomst van een rechtszaak en de relatie zijn alle drie belangrijke redenen voor advocaten om wel te kiezen voor mediation.

Bij vraag 26.i hebben 24 van de 112 advocaten aangegeven dat een andere dan de hierboven onder a tot en met h genoemde reden de belangrijkste is om mediation te adviseren. Enkele redenen die hier worden genoemd zijn: beter emotiemanagement, meer kansen op resultaat, het voorkomen van verrassingen, het feit dat mediation min of meer verplicht is, meer creativiteit, de mogelijkheid van *outside the box* oplossingen, een oordeel van de rechter geeft soms geen echte oplossing, mediation kan strategisch worden ingezet, mediation werkt als teken van goede wil, de rechter is te lijdelijk, het daadwerkelijk kunnen werken aan een oplossing in plaats van oeverloos corresponderen.

Vervolgens is aan advocaten gevraagd om kenbaar te maken hoe belangrijk de volgende redenen zijn om *geen* mediator in te schakelen: a) omdat via een rechtsgang meer druk gezet kan worden; b) het eigen verdienmodel; c) omdat mediation gezien kan worden als een zwakgebod; d) onbekendheid met mediation; e) omdat er een risico bestaat dat er geen regeling tot stand komt; f) er geen goede mediator voorhanden is; g) weerstand van de cliënt tegen mediation; of h) een andere reden (open vraag) (vraag 28). Hieronder zijn de redenen in volgorde van voorkeur weergegeven.

Redenen:	gewogen gemiddelde
g. Weerstand van mijn cliënt om mee te werken aan de mediation	2,99
a. Het feit dat ik via een rechtsgang veel meer druk kan zetten op de wederpartij	2,95
f. Problemen om een goede mediator te vinden (of het met de wederpartij eens te worden over een goede mediator)	2,15
e. Het risico dat er geen regeling tot stand komt bij de mediator	2,02
c. Het voorstellen van mediation kan door de wederpartij als een zwakgebod worden gezien	1,67
d. Ik ben onvoldoende bekend met mediation (een rechtsgang is voor mij vertrouwd)	1,09
b. Het feit dat ik liever niet riskeer dat de zaak in korte tijd via mediation tot een einde, omdat dit ten koste gaat van mijn inkomen	1,04

Met gewogen gemiddelden onder de 3,00 springt er niet echt een reden uit waarom advocaten adviseren geen mediator in te schakelen. De redenen ‘weerstand bij de cliënt’ en ‘meer druk kunnen zetten via een rechtsgang’ staan bovenaan. De overall conclusie lijkt dat de geënquêteerde groep van advocaten moeite heeft om algemene redenen te noemen om *geen* mediation te adviseren. Opvallend, tenslotte, is de lage score op de reden dat een advies voor mediation ten koste zou gaan van de eigen verdiensten. Het gewogen gemiddelde is hier 1.04. Dit betekent dat men met klem afwijst dat de eigen portemonnee hier een rol zou spelen.

4.e Overige vragen en stellingen

In het vijfde deel zijn aan de advocaten een aantal overige vragen en stellingen voorgelegd. In dit deel is ook onderzocht in hoeverre het bespreekbaar is dat de mediator de zaak via een bindend advies uit de wereld helpt als dit met mediation alleen niet lukt. Ook is de mogelijkheid van Med-Arb bevraagd. Daarnaast zijn vragen gesteld over de mediationclausule.

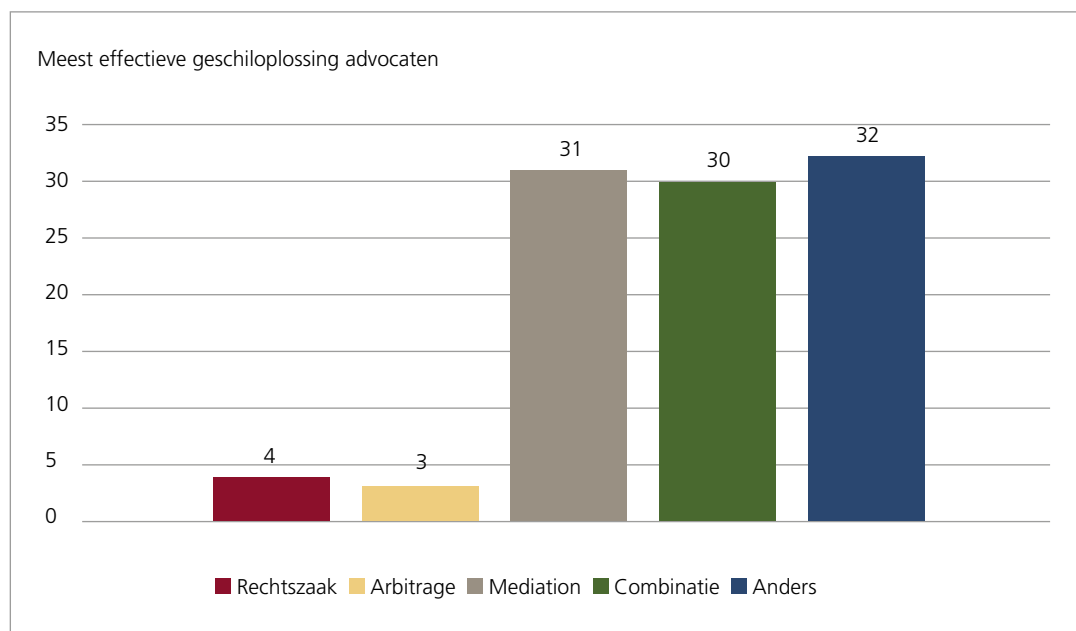
Met de stelling dat een advocaat de mogelijkheid van mediation moet onderzoeken en met de cliënt moet bespreken is 80% het eens (vraag 31). Op de stelling: mijn cliënt doet er verstandig aan de eigen juridische sterktes en zwaktes in kaart te brengen, voordat mediation wordt voorgesteld, antwoordt bijna 90% het daarmee eens te zijn (vraag 32). Bijna twee derde van de advocaten vindt dat mediation het beste kan worden ingezet in de fase waarin een juridisch geschil nog voorkomen kan worden (vraag 33). Een even groot deel vindt dat advocaten – voordat zij zich tot de rechter of een arbiter wenden – vaker zouden moeten adviseren om een conflict te proberen op te lossen via mediation (vraag 34).

Bijna 90% ziet een mediator wel in staat om een conflict op te lossen ook al is het de advocaat zelf niet gelukt om een regeling met de wederpartij te treffen (vraag 35). Volgens de geënquêteerde advocaten heeft een mediator dus zeker toegevoegde waarde, ook na mislukte schikkingsonderhandelingen. Over de stelling of mediation vooral nut heeft wanneer sprake is van een duurzame relatie tussen partijen wordt verschillend gedacht (vraag 36). Ook het financiële belang van een zaak lijkt geen reden om voor mediation te kiezen (vraag 37). Op de stelling: als een zaak sterk geëscaleerd is heeft mediation geen zin, antwoordt slechts 12% het hiermee eens te zijn. Bijna 80% is het hiermee oneens (vraag 38). Deze uitkomst hadden we niet verwacht. Over het algemeen wordt gedacht dat een sterke mate van escalatie tegen mediation pleit. Over de wenselijkheid om de mediator bindend advies te laten uitbrengen indien een mediation niet is geslaagd, om op die manier het geschil uit de wereld te helpen lijken advocaten het niet met elkaar eens (vraag 39).

De stelling dat er geen behoefte zou bestaan aan mediation wanneer een zaak eenmaal in rechte ahangig is (en er verondersteld wordt dat de rechter goed in staat is om een schikking af te dwingen) wordt door bijna 80% ontkend (vraag 40). Op de stelling dat rechters vaker naar de mediator zouden moeten verwijzen, antwoordt 32% het hiermee eens te zijn (vraag 41). Iets meer dan 35% is het hiermee oneens, de rest is neutraal. Ruim twee derde vindt dat, wanneer sprake is van een mediationclausule, het wenselijk is dat eerst mediation wordt geprobeerd voordat de rechter wordt aangezocht (vraag 42). Op de vraag of Med-Arb onder omstandigheden aantrekkelijker is dan alleen mediation antwoordt bijna de helft 'neutraal/geen mening' (vraag 43). Verder is meer dan de helft van de advocaten het niet eens met de stelling dat vaak een gerechtelijke procedure nodig is om partijen zover te krijgen dat zij in een zaak een regeling te treffen (vraag 44).

Is mediation in Nederland vaak te soft? Meer dan de helft van advocaten vindt van niet. Een kwart vindt dat dit wel het geval is. Enige kritiek op mediation klinkt hierin wel doo. (vraag 45). Bijna 60% geeft aan het niet lastig te vinden om een goede mediator te vinden. Bijna 30% denkt hier anders over (vraag 46). Het blijkt niet dat het voor advocaten een probleem zou zijn om de wederpartij zover te krijgen om van mediation gebruik te maken (vraag 48). Evenmin kost het de advocaten moeite om de eigen cliënt zover te krijgen (vraag 49). En, bekend maakt bemind, zo blijkt uit vraag 50. Als men eenmaal gebruik heeft gemaakt van mediation is maar liefst driekwart vaker bereid dit middel in te zetten.

Op de vraag wat de meest effectieve manier is om een geschil op te lossen, antwoorden de advocaten als volgt (vraag 47):



Opvallend is dat men vrijwel niet kiest voor alleen een rechtszaak of alleen arbitrage. Maar een kleine 4% kiest voor een rechtszaak en een kleine 3% voor arbitrage. 31% geeft aan een voorkeur te hebben voor mediation en ruim 30% voor een combinatie van een rechtszaak of arbitrage met mediation. Ook de categorie 'anders' is vrij groot, namelijk 32%. Wanneer we kijken naar wat daar vervolgens (op de open vraag) mee bedoeld wordt, dan wordt vaak ingevuld: 'het ligt aan de zaak' en ook wel 'schikkings-overleg tussen advocaten of partijen'.

Tenslotte de verplichting tot mediation. In sommige landen moet eerst standaard mediation zijn geprobeerd, voordat een zaak in rechte aanhangig kan worden gemaakt, zo wordt de advocaten voorgelegd. Op de stelling of dit ook aantrekkelijk zou zijn in Nederland antwoordt 30% instemmend. Meer dan de helft is er geen voorstander van (vraag 51). Over de vraag of mediation in Nederland een wettelijke basis zou moeten krijgen lopen de meningen uiteen. Grofweg een derde is voor, een derde is tegen en een derde is neutraal (vraag 52).

4.f Enkele cijfers

In het zesde en laatste deel van de enquête is aan de advocaten gevraagd om op een 10-puntschaal een waardering of een cijfer op enkele stellingen te geven. De gemiddelde waardering voor het proces van mediation, het verloop van het traject, onder advocaten is 7,6 (vraag 53). De gemiddelde waardering voor het resultaat, de uitkomst, van mediations is 7,5 (vraag 54). Het gemiddelde cijfer voor de mediator is 7,6 (vraag 55). Tenslotte, op de vraag in hoeveel procent van alle mediations waarbij de advocaat was betrokken, het is gelukt om (geheel of ten dele) een regeling tussen partijen te bereiken, antwoordt men met een gewogen gemiddelde van 7,55 op een schaal van 10, dat wil zeggen ruim 75% (vraag 56).

4.g Wat leert ons dit?

In deze laatste paragraaf leggen we de resultaten van de enquêtes onder advocaten naast de reeds aanwezige kennis die beschikbaar is over zakelijke mediation. In de literatuur (zie Hoofdstuk 2) worden als voordelen van mediation beschouwd: de lagere kosten, de snelheid, heft in eigen handen, behoud van de relatie en het bereiken van een duurzame(re) oplossing van het conflict. Wat de kosten betreft (vraag 26), volgens advocaten zijn de veronderstelde doorgaans lagere kosten voor hen niet de doorslaggevende reden om hun cliënten mediation te adviseren. Hier blijkt uit het onderhavige onderzoek dus iets anders dan uit de literatuur. Uit ons onderzoek komt sterk naar voren dat vooral snelheid als een groot pluspunt van mediation ten opzichte van een rechtsgang wordt beschouwd en dat is in lijn met de literatuur. Ook zagen we dat de verwachting dat mediation tot behoud of verbetering van de relatie kan leiden belangrijk is. Dit ligt in dezelfde lijn als de in de literatuur gesignaleerde duurzame(-re) oplossing die mediation zou bieden. Overigens is niet gezegd dat mediation alleen maar als zinvol wordt beschouwd indien er reeds een bestaande duurzame relatie is (vraag 36). Het matige imago van mediation (zie ook hoofdstuk 2) lijkt voor de advocaten in ons onderzoek niet zo te spelen, mediation wordt door de meesten niet soft gevonden (vraag 45), terwijl men evenmin frequent aangeeft dat het lastig is om een goede, gespecialiseerde mediator te vinden (vraag 46).

In Hoofdstuk 2 is aandacht besteed aan een onderzoek van Smeehuizen, met als titel ‘Hoe denken Zuidas-advocaten over mediation?’⁴⁰ De overwegingen ten *voordele* mediation die uit dat onderzoek blijken, zijn: aandacht voor het onderliggende conflict, aandacht voor de relatie, snelheid en vertrouwelijkheid. Het onderliggende conflict is in het onderhavige onderzoek niet expliciet aan de orde gekomen. De andere door Smeehuizen genoemde voordelen van mediation, werden ook genoemd door de advocaten in ons onderzoek.

Het onderzoek van Smeehuizen uit Hoofdstuk 2 toont ook *belemmeringen* voor mediation, namelijk: een groot wantrouwen jegens de wederpartij of de onbereidheid bij de eigen cliënt of bij de wederpartij om mediation te proberen. Ook gaven de advocaten in het onderzoek van Smeehuizen vaak aan mediation niet nuttig te vinden omdat men zelf tevergeefs een minnelijke oplossing had geprobeerd, of men gaf aan zelf prima in staat te zijn om tot oplossingen te komen. Verder werden de onbekendheid met mediation of met goede of voldoende assertieve mediators als redenen genoemd om *niet* voor mediation te kiezen.⁴¹ Het onderhavige onderzoek laat een ander beeld zien. De weerstand van de eigen cliënt tegen mediation (vraag 28) krijgt een gewogen gemiddelde van 2,99 (op een schaal van 1 t/m 5). Sterker nog, advocaten geven aan dat het hen geen noemenswaardige moeite kost om de eigen cliënt of de wederpartij te bewegen om voor mediation te kiezen (vragen 48 en 49). En onbekendheid met mediation (bij advocaten zelf) bleek evenmin aan de orde, (vraag 28), net zo min als een probleem om een goede mediator te vinden (vraag 46). Wat de eigen rol betreft, advocaten met ervaring met mediation zijn positief gestemd over de toegevoegde waarde van een zakelijk mediator. Bijna 90% is het oneens met de stelling: als het mij niet is gelukt een regeling met de wederpartij te treffen, zie ik niet in hoe het de mediator wel zou moeten lukken (vraag 35).

In hoofdstuk 2 zijn een aantal praktijken besproken die typisch voorkomen bij zakelijke mediation. We noemden daar de mogelijkheid van mediation in combinatie met andere vormen van geschiloplossing, bijvoorbeeld de combinatie met bindend advies of met arbitrage (Med-Arb). Daarnaast kwamen het

40 Smeehuizen, Lodewijk (2016), “Hoe denken Zuidas-advocaten over mediation?”. *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 20 (2), pp. 31-51.

41 Zie ook: Schonewille, Manon (2014), “Business mediation onderzocht”. *Tijdschrift Conflictantering*, 2.

pendelen, het *mediator proposal* en de contractueel vastgelegde mediationclausule aan de orde. De advocaten in ons onderzoek blijken geen uitgesproken voorstander van een of meerdere combinaties van mediation met een andere vorm van geschiloplossing. Uit vraag 40, noch uit vraag 43, blijkt een voorkeur voor mediation in combinatie met bindend advies of Med-Arb. Het pendelen (vraag 20) wordt positiever gewaardeerd, terwijl het *mediator proposal* (vraag 23) als meest positief wordt beschouwd. Meer dan 70% van de advocaten vindt dat ingeval van een mediationclausule het wenselijk is dat eerst mediation wordt geprobeerd voordat de rechter wordt aangezocht (vraag 42).

4.h Vervolg vragen

De antwoorden op de vragen uit de enquête onder advocaten leiden ook weer tot nieuwe vragen. Hieronder volgen puntsgewijs een aantal opmerkelijke uitkomsten die volgens ons tot nader uitzoeken nopen.

- Ons onderzoek kent geen resultaten van relatief onervaren (advocaten met 0-5 jaar ervaring) (vraag 1). Dit roept de vraag op of jongere advocaten wellicht de voorkeur geven aan procederen boven mediation en zo ja, waarom.
- Uit vraag 24 blijkt dat een meerderheid voorstander is dat advocaten aanwezig zijn bij de mediati-ongesprekken. Het zou interessant zijn om de verschillende rollen die een advocaat kan vervullen in kaart te brengen, zeker ook in het licht van de open vraag 25, waarin blijkt dat de advocaten zelf een grote verscheidenheid aan rollen onderscheiden.
- In vraag 28 is gevraagd naar de redenen die een rol spelen om geen mediation te adviseren. Uit de respons blijkt niet dat een of meerdere redenen eruit springen. Dit werpt de vraag op of we wellicht een reden over het hoofd hebben gezien. Dat lijkt voor de hand liggend, maar daartegenover staat dat zo'n reden normaal gesproken uit vraag 28.h had moeten blijken (de eventuele andere redenen om geen mediation te adviseren), en dat is niet het geval.
- Uit de resultaten van het onderzoek valt af te leiden dat de door ons onderzochte advocaten voornamelijk positief ten opzichte van mediation staan. Een vraag die in dat verband rijst is waarom bijna twee derde van deze groep van advocaten minder dan 10 mediations heeft ervaren (vraag 4), terwijl bijna 90% van deze groep toch meer dan 10 jaar advocaat is (vraag 1).
- De constatering dat advocaten geen voorstander blijken van een mediator die bindend advies uit zou kunnen brengen (indien de mediation zelf niet is geslaagd, maar om zo het geschil toch uit de wereld te helpen) (vraag 39) noopt ook tot verder onderzoek. De vraag is waarom men hier geen voorstander van is.
- Voor Med-Arb blijken ook weinig voorstanders te vinden (vraag 43). Ook hier rijst de vraag waarom?



HOOFDSTUK 5

Uitkomsten van het onderzoek onder bedrijven

In dit hoofdstuk worden de uitkomsten van de enquête onder het bedrijfsleven op hoofdlijnen gepresenteerd. De volledige uitkomst van de enquête onder bedrijven is terug te vinden in Bijlage B. De uitkomsten worden gepresenteerd in de volgorde waarin de vragen zijn voorgelegd. Het geeft een beeld van de eigen ervaring van de geënquêteerden uit het bedrijfsleven en de op die ervaring gebaseerde wensen ten aanzien van de kwalificaties van de mediators en de uitvoering van de mediation. Ook geeft het inzicht in de redenen voor de geënquêteerden – allen met ervaring met zakelijke mediation – om wel of niet voor mediation te kiezen.

5.a Ervaring met zakelijke mediation

De vragenlijst die aan het bedrijfsleven is voorgelegd bestaat – net als die bij de advocaten – uit zes delen. Het eerste deel betreft een aantal vragen over de respondent zelf en diens ervaring met mediation.

Ruim de helft van de bedrijven die een ingevulde vragenlijst heeft teruggestuurd heeft meer dan 100 werknemers, terwijl meer dan een vijfde aangeeft tussen de 1 en 10 werknemers te hebben (vraag 1). De enquête lijkt zo voornamelijk door het klein- en grootbedrijf te zijn ingevuld. Uit de antwoorden op de open vraag naar de functie/positie van de respondenten blijkt een divers beeld, al zijn management en directie in ieder geval goed vertegenwoordigd (vraag 2). De sectoren waarbinnen is gereageerd laten eveneens een divers beeld zien (vraag 3). Aan de bedrijven is naar de vestigingsplaats gevraagd. Van de 93 deelnemende bedrijven komt ruim driekwart uit de Randstad, met een nadruk op Amsterdam (vraag 4). Meer dan 80% van de bedrijven heeft beperkte ervaring (tussen de 1 en 5 keer) met zakelijke mediation; slechts 10% geeft aan meer dan 10 mediations te hebben gedaan (vraag 5). Het aantal jaren waarin men ervaring heeft met zakelijke mediation varieert; twee derde heeft tot en met vijf jaren ervaring, een derde geeft aan al langer ervaring te hebben (vraag 6). Een overgrote meerderheid van de respondenten is zelf geen mediator (vraag 7). Op de open vraag in wat voor soort zaken naar een zakelijke mediator is verwezen, wordt vrij breed geantwoord (vraag 8). Opvallend hierbij is dat arbeidsconflicten vaak worden genoemd. Strikt genomen vallen die niet onder de definitie van zakelijke mediation in dit onderzoek, maar het geeft aan dat de markt dat kennelijk wel zo ervaart. Dit ligt weer in lijn met wat wij ook al zagen bij advocaten (paragraaf 4.a) en bij wat in hoofdstuk 2 al is opgemerkt over de moeilijkheid om te definiëren wat precies onder zakelijke mediation wordt verstaan.

5.b Gewenste kwalificaties van de mediator

Het tweede deel van de vragenlijst betreft vragen die betrekking hebben op de gewenste kwalificaties (achtergrond en ervaring) van de mediator. Opvallend – maar niet verrassend – is dat bij het bedrijfsleven bijna driekwart van de respondenten het positief waardeert wanneer een mediator zijn of haar sporen ook in het bedrijfsleven heeft verdiend (vraag 9). Twee derde van de bedrijven geeft aan dat men het belangrijk vindt wanneer een mediator is aangesloten bij een professioneel verband, een kantoor of een samenwerkingsverband (vraag 10). Wat de gewenste ervaring of achtergrond van de mediator betreft, lijken bedrijven niet echt uitgesproken, behalve voor wat betreft de juridische kennis van de mediator; 80% wil bij voorkeur iemand met een goede juridische kennis (vraag 12). Er is geen voorkeur voor een mediator met een achtergrond als gedragswetenschapper (vraag 11). Wat de ervaring van de mediator betreft, ruim 90% van de bedrijven hecht aan een mediator met veel ervaring als zakelijk mediator (vraag 13). Aansluiting bij de MfN of een internationaal verband zoals het IMI blijkt voor meer dan de helft van de respondenten van belang (vraag 14). Het algehele beeld van de door bedrijven gewenste kwalificaties van een zakelijke mediator verschilt niet wezenlijk van dat van advocaten (zie paragraaf 4.b).

5.c Gewenste uitvoering van mediation

In het derde deel is de wijze van uitvoering – de aanpak en de mediationstijl – van de zakelijke mediation bevraagd. Ook is gevraagd of het wenselijk is dat de mediator pendelt tussen partijen en op die manier probeert naar een oplossing toe te werken. Daarnaast is de inhoudelijke gang van zaken bevraagd. Bijvoorbeeld door te vragen in hoeverre er ruimte zou moeten zijn om juridische aspecten tijdens de mediation uitvoerig aan de orde te stellen, en of men een voorstander is van het zogenoemde mediator proposal in het geval er te weinig vooruitgang zit in de onderhandelingen. Tenslotte is aan het bedrijfsleven de vraag voorgelegd of men er voorstander van is dat de managers van partijen aanwezig zijn bij de mediationgesprekken.

Meer dan 80% van de geënquêteerde bedrijven geeft aan dat het hun voorkeur geniet wanneer een mediation start met individuele intakegesprekken (vraag 15). Twee derde geeft aan voorafgaand aan de mediation stukken te willen toesturen aan de mediator (vraag 16). Op de vraag of de mediator zich moet beperken tot het in goede banen leiden van de gesprekken tussen partijen, zodat zij op een constructieve wijze met elkaar in gesprek kunnen raken en blijven, tekent zich geen meerderheid af (vraag 17). Maar liefst drie kwart van de bedrijven is voorstander van een mediator die zich uit laat over de kansen en risico's van een zaak (om partijen zo in de richting van een regeling te sturen) (vraag 18). Bijna iedereen vindt het goed wanneer de zakelijk mediator stevig de regie over het proces in handen neemt (vraag 19). Ruim de helft ziet als voornaamste toegevoegde waarde van de mediator het uit de weg ruimen van emotionele barrières die het treffen van een regeling in de weg staan (vraag 20). Een verschil met advocaten doet zich voor bij de mogelijkheid van een mediator die op-en-neer pendelt, daarvan blijkt slechts ruim 20% een voorstander te zijn (vraag 21). Bij advocaten gaf de helft aan daar een voorkeur voor te hebben. Bijna drie kwart vindt dat de mediation niet te lang mag duren, maximaal een paar sessies (vraag 22). Bijna twee derde van de respondenten vindt dat er ruimte moet zijn om de juridische aspecten tijdens een mediation uitvoerig aan de orde te stellen (vraag 23). Het idee van een mediator proposal wordt door bijna 80% van de respondenten omarmd (vraag 24) en blijkt daarmee onder het bedrijfsleven nog populairder dan onder advocaten. Men lijkt er geen voorstander van te zijn dat de advocaten tijdens de mediationgesprekken aanwezig zijn (48% oneens en 31% neutraal) (vraag 25). Dit is een verschil met de advocaten die in meerderheid voorstander zijn van hun aanwezigheid.

Met de stelling ‘in mijn ervaring werkt aanwezigheid van advocaten vaak belemmerend: regelingen komen moeilijker tot stand’, is slechts 20% het oneens, 43% is het hiermee eens en 37% is neutraal. Op de vraag of men er voorstander van is dat de managers van partijen aanwezig zijn bij de mediationgesprekken, komt geen eenduidig antwoord (vraag 27).

5.d Redenen voor wel/geen zakelijke mediation

In het vierde deel komen de redenen aan bod waarom men wel of niet voor zakelijke mediation kiest. Aan bedrijven hebben we gevraagd wat voor hen een rol speelt bij de keuze om wel of niet een zakelijke mediator in te schakelen. Dit is gedaan door respondenten te vragen om aan te kruisen welke redenen voor hen belangrijk zijn en in welke verhouding. In beide gevallen is gevraagd om dat per voorbeeld aan te geven op een 5-puntsschaal (van ‘niet van belang’ tot ‘zeer belangrijk’).

Aan bedrijven is eerst gevraagd om aan te geven in hoeverre de volgende redenen een rol spelen in de keuze om wel een zakelijke mediator in te schakelen: a) de doorgaans lagere kosten van mediation (ten opzichte van een rechtsgang); b) de onzekerheid van een juridische procedure; c) het feit dat mediation doorgaans veel sneller is afgerond dan een rechtsgang; d) omdat in een mediation geheimhouding kan worden afgesproken; e) de wens om de relatie met de wederpartij te verbeteren of zorgvuldig te beëindigen; f) omdat bij mediation de zaak in eigen hand gehouden kan worden en zo de risico's kunnen worden beheerst; g) het feit dat de advocaat zakelijke mediation adviseert; h) omdat meerdere claims of meerdere conflicten tegelijkertijd behandeld kunnen worden; of i) omdat de zaak te technisch of te specialistisch is voor de rechter; j. een andere reden, namelijk... (vraag 28). Hieronder zijn de redenen in volgorde van voorkeur (op basis van gewogen gemiddelden) weergegeven.

Redenen	gewogen gemiddelde
e. De wens om de relatie met de wederpartij te verbeteren of zorgvuldig te beëindigen	4,18
c. Het feit dat mediation doorgaans veel sneller is afgerond dan een rechtsgang	4,17
d. In een mediation kan geheimhouding worden afgesproken	3,78
b. De onzekerheid van een juridische procedure	3,69
f. Bij mediation kan ik de zaak in eigen hand houden en zo de risico's beheersen	3,62
h. Meerdere claims of meerdere conflicten kunnen tegelijkertijd worden behandeld	3,32
a. De doorgaans lagere kosten van mediation (ten opzichte van een rechtsgang)	2,98
i. De zaak is te technisch of te specialistisch voor de rechter	2,86
g. Het feit dat mijn advocaat zakelijke mediation adviseert	2,60

Hieruit blijkt dat – op basis van de gewogen gemiddelden – voor bedrijven de relatie met de wederpartij het belangrijkste is, onmiddellijk gevolgd door de snelheid. Kijken we echter naar de reactiepercentages ‘belangrijk’ en ‘zeer belangrijk’ (Bijlage B), dan blijkt een omgekeerde top-2: 87% blijkt de snelheid belangrijk te vinden en 80% blijkt het behoud van de relatie belangrijk te vinden. Anders dan veelal wordt aangenomen (zie hoofdstuk 2) spelen de veronderstelde doorgaans lagere kosten van mediation ten opzichte van een rechtsgang geen grote rol. Het minst belangrijk blijkt het advies van de advocaat te zijn.

Wanneer vervolgens gevraagd wordt om uit bovenstaande redenen de belangrijkste te kiezen, dan blijkt weer de relatie het belangrijkste, opnieuw gevolgd door de snelheid. Kortom, de relatie én de snelheid zijn belangrijk voor het bedrijfsleven – dit ligt in lijn met wat uit de literatuur blijkt (zie hoofdstuk 2). Anders dan bij advocaten wordt de onzekerheid van een juridische procedure minder vaak als belangrijke reden genoemd. Het voordeel van risicobeheersing (het heft in eigen hand versus de onzekerheid van de uitkomst van een juridische procedure) werd ook als pluspunt genoemd in het *Global Pound Conferences* onderzoek (zie hoofdstuk 2).

Bij vraag 28 j. hebben 16 van de 87 bedrijven aangegeven dat een andere reden dan de hierboven onder a. tot en met i. genoemde reden de belangrijkste is om voor mediation te kiezen. Enkele redenen die hier worden genoemd zijn: managen van emoties, gebrek aan vertrouwen, de menselijke kant kan meer aandacht krijgen, minder gezichtsverlies bij mediation, mediation is flexibeler als de omstandigheden toch anders blijken te liggen en er kan makkelijker tot de kern worden doorgedrongen.

Vervolgens is aan bedrijven gevraagd in hoeverre de volgende redenen een rol spelen om *geen* zakelijke mediator in te schakelen: a) het feit dat via een juridische procedure veel meer druk gezet kan zetten op de wederpartij; b) het niet zo'n hoge pet op hebben van mediation; c) omdat het voorstellen van mediation door de wederpartij als een zwaktebod kan worden gezien; d) onvoldoende bekendheid met mediation (een juridische procedure is voor mij vertrouwder); e) het risico dat er geen regeling tot stand komt bij de mediator; f) problemen om een goede mediator te vinden (of het met de wederpartij eens te worden over een goede mediator); g) omdat mediation de ondernemer persoonlijk te veel tijd kost; h) weerstand van mijn advocaat om mediation te beproeven (hij/zij geeft de voorkeur aan procederen); en i) omdat ik vaak een vonnis van de rechter of arbiter nodig heb om mijn achterban te laten zien dat ik het onderste uit de kan heb gehaald (vraag 30); j. een andere reden, namelijk.... Hieronder zijn de redenen in volgorde van voorkeur weergegeven.

Redenen	gewogen gemiddelde
a. Het feit dat ik via een juridische procedure veel meer druk kan zetten op de wederpartij	3,02
f. Problemen om een goede mediator te vinden (of het met de wederpartij eens te worden over een goede mediator)	2,41
e. Het risico dat er geen regeling tot stand komt bij de mediator	2,40
g. Een mediation kost mij persoonlijk te veel tijd	2,03
i. Ik heb vaak een vonnis van de rechter of arbiter nodig om mijn achterban te laten zien dat ik het onderste uit de kan heb gehaald	1,93
c. Het voorstellen van mediation kan door de wederpartij als een zwaktebod worden gezien	1,90
h. Weerstand van mijn advocaat om mediation te beproeven (hij/zij geeft de voorkeur aan procederen)	1,89
b. Ik heb niet zo'n hoge pet op van mediation	1,79
d. Ik ben onvoldoende bekend met mediation (een juridische procedure is voor mij vertrouwder)	1,53

Met voornamelijk gewogen gemiddelden onder de 3,00 springt er niet echt een reden uit waarom men er niet voor kiest om een zakelijke mediator in te schakelen, al staat de reden dat men meer druk op de wederpartij kan zetten met een juridische procedure wel met stip bovenaan. Ook wanneer gevraagd wordt om de belangrijkste reden aan te geven (vraag 31), dan staat deze reden bovenaan. Bij de overige redenen om niet voor mediation te kiezen (vraag 31.j) worden onder meer genoemd: de overtuiging goede kansen te hebben in een rechtszaak, mediation kan door de wederpartij worden gezien als een milde vorm van erkenning van aansprakelijkheid, en de situatie waarin er geen wederzijds belang is bij onderhandeling.

5.e Overige vragen en stellingen

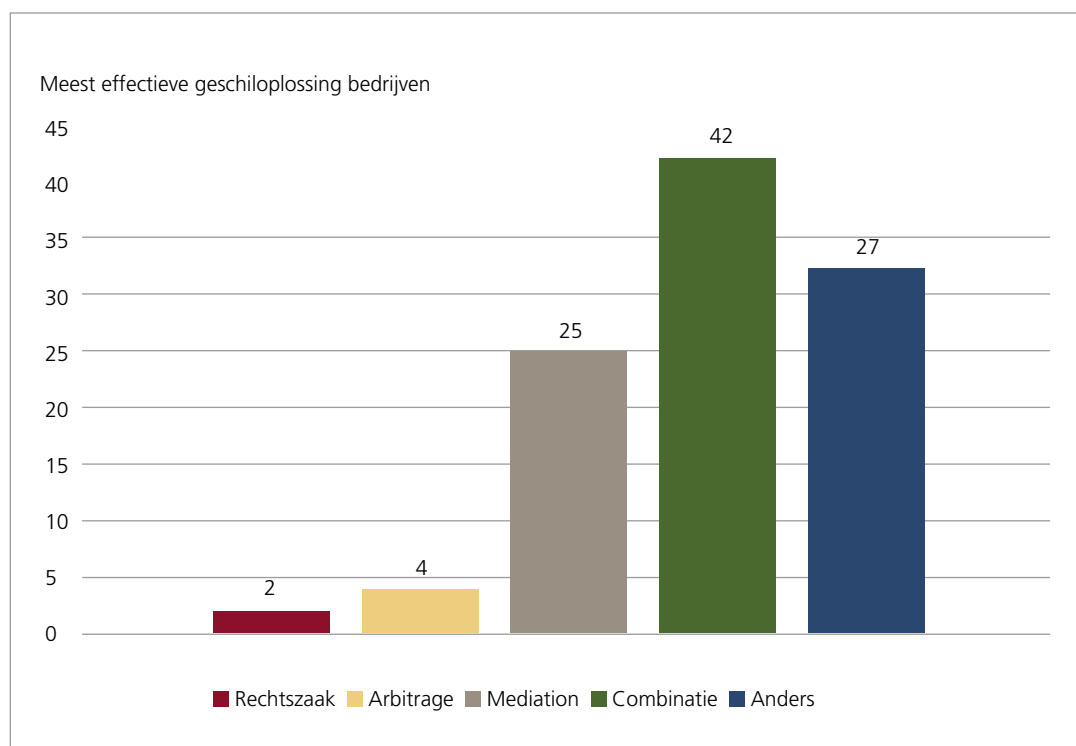
In het vijfde deel zijn de bedrijven een aantal overige vragen en stellingen voorgelegd. Hier is bijvoorbeeld onderzocht in hoeverre het bespreekbaar is, wanneer een mediation niet is geslaagd, er daarna door de mediator een bindend advies wordt uitgebracht om zo het geschil uit de wereld te helpen. Ook zijn de mogelijkheden van Med-Arb bevestigd. Dezelfde soort vragen zijn ook aan advocaten gesteld (Hoofdstuk 4).

Met de stelling dat een advocaat de mogelijkheid van mediation dient te onderzoeken en met de cliënt moet bespreken is bijna 90% het eens (vraag 32). Ruim 90% van de bedrijven geeft aan dat zij wel altijd eerst zelf wil onderhandelen als er een conflict is ontstaan of dreigt te ontstaan (vraag 33). Ruim twee derde onderzoekt eerst of mediation een optie is, voordat men met een conflict naar een rechter of een arbiter gaat (vraag 34). Bijna driekwart geeft aan dat eerst de eigen juridische positie (de juridische sterktes en zwaktes) in kaart wordt gebracht alvorens mediation wordt voorgesteld aan de wederpartij (vraag 35). Op de vraag of de eigen organisatie een mediationclausule in haar contracten opneemt (in het kort: eerst mediation, dan pas procederen) antwoordt ongeveer een kwart bevestigend (vraag 36). Een grote meerderheid van de bedrijven ziet een mediator wel in staat om een conflict op te lossen ook al is het hunzelf of de eigen advocaat niet gelukt om een regeling met de wederpartij te treffen (vraag 37).

Met de stelling dat mediation vooral nut heeft wanneer sprake is van een duurzame relatie tussen partijen, is een meerderheid het eens (vraag 38). Het financiële belang van een zaak lijkt niet van doorslaggevend belang te zijn, meer dan 40% geeft aan hier 'neutraal' in te staan (vraag 39). Driekwart is het oneens met de stelling: als een zaak sterk geëscaleerd is, heeft mediation geen zin. Met andere woorden: ook bij sterke escalatie kan mediation nog zin hebben (vraag 40).

Bijna 50% van de bedrijven is het eens met de stelling: als een mediation niet slaagt, is het wat mij betreft bespreekbaar dat de mediator een bindend advies uitbrengt en zo het geschil uit de wereld helpt. (vraag 41). Hierin verschilt het bedrijfsleven van de advocatuur. Advocaten zijn minder positief over het bindend advies. Voor de stelling dat een mediationbijeenkomst verplicht zou moeten worden gesteld als eerste stap, voorafgaand aan een rechtsgang, is in het bedrijfsleven geen meerderheid te vinden (vraag 42). Twee derde vindt dat, wanneer sprake is van een mediationclausule, het wenselijk is dat eerst mediation wordt geprobeerd voordat de rechter wordt aangezocht of een arbiter de zaak in behandeling neemt (vraag 43). Net als bij advocaten wordt Med-Arb door bedrijven weinig enthousiast en vooral neutraal beoordeeld (vraag 44). Met de stelling dat men niet aan mediation begint voordat een advocaat is geraadpleegd is maar 30% het eens (vraag 45). Evenmin is het advies van de eigen advocaat doorslaggevend (vraag 46), hetgeen ook al uit vraag 26 bleek. Op de vraag of mediation in Nederland vaak te soft is antwoordt drie kwart 'neutraal' of 'oneens' (vraag 47). Een kwart vindt dit wel het geval. Een derde van de respondenten geeft aan het lastig te vinden om een goede mediator te vinden, bijna de helft is het daarmee oneens (vraag 48).

Op de vraag wat de meest effectieve manier is om een geschil op te lossen, antwoorden bedrijven als volgt (vraag 49):



Opvallend hier is de hoge waardering van een combinatie van mediation met een rechtszaak of arbitrage. Net als bij advocaten blijkt uit het open-vraag gedeelte bij de optie 'Anders' dat veel respondenten aangeven dat 'het aan de zaak ligt'. Ook hier zou dus kunnen gelden: dé meest effectieve oplossing bestaat niet op voorhand, het is telkens maatwerk. Slechts 2% vindt een rechtszaak de meest effectieve wijze van geschiloplossing en maar 4% arbitrage.

Het blijkt niet dat het voor bedrijven een groot probleem is om de wederpartij zover te krijgen om van mediation gebruik te maken. Slechts 36% heeft dat probleem en 41% antwoordt neutraal (vraag 50). Op de stelling: ik zou vaker gebruik willen maken van mediation, maar het is een probleem om mijn advocaat zover te krijgen, antwoordt slechts 3% dat men het daarmee eens is en ook hier antwoordt 41% neutraal (vraag 51). Ongeveer de helft geeft aan sommige zaken liever uit te procederen om te laten vaststellen dat men het gelijk aan zijn kant heeft (vraag 52). Net als bij de advocaten, maakt bekend beminde, zo blijkt uit vraag 53. Een kleine 70% is het namelijk eens met de stelling: sinds ik gebruik maak van mediation, ben ik vaker bereid dit middel in te zetten. Dit ligt in lijn met de uitkomsten uit het ACB onderzoek uit 2004 (hoofdstuk 2). Meer dan 80% verwacht van de eigen advocaat bekendheid met mediationvaardigheden (vraag 54). Dat was ook een conclusie uit het eerder aangehaalde IMI onderzoek uit 2013. Bijna 50% is het eens met de stelling dat conflicten tijdrovend zijn voor managers, waarom zij deze bij voorkeur uit handen geven, intern dan wel extern (vraag 55).

5.f Enkele cijfers

In het zesde en laatste deel van de enquête is aan bedrijven gevraagd om op een 10-puntsschaal een waardering of een cijfer op enkele stellingen te geven. De gemiddelde waardering voor het proces van mediati-

on, het verloop van het traject, onder bedrijven is 7,5 (vraag 56). De gemiddelde waardering voor het resultaat, de uitkomst, van mediations is 7,3 (vraag 57). Het gemiddelde cijfer voor de mediator is 7,4 (vraag 58). Tenslotte, op de vraag in hoeveel procent van alle mediations waarbij men was betrokken het is gelukt (geheel of ten dele) een regeling tussen partijen te bereiken antwoordt men met een gewogen gemiddelde van 7,69 op een schaal van 10, dat wil zeggen in 76,9% van de gevallen (vraag 59).

5.g Wat leert ons dit?

In deze paragraaf van dit hoofdstuk leggen we de resultaten van de enquêtes onder bedrijven naast de reeds aanwezige kennis. In de literatuur (zie Hoofdstuk 2) worden, zoals in het vorige hoofdstuk over advocaten ook al aangehaald, als voordelen van mediation beschouwd: de lagere kosten, de snelheid, heft in eigen handen, behoud van de relatie en het bereiken van een duurzame(re) oplossing van het conflict. Wat de kosten betreft (vraag 28), volgens de respondenten uit het bedrijfsleven zijn de veronderstelde doorgaans lagere kosten ten opzichte van een rechtsgang voor hen niet de doorslaggevende reden om voor mediation te kiezen. Hier blijkt uit het onderhavige onderzoek iets anders dan uit de literatuur. Uit ons onderzoek komt wel sterk naar voren dat snelheid als voordeel van mediation ten opzichte van een rechtsgang wordt beschouwd. Ook blijkt dat de wens om de relatie met de wederpartij te verbeteren of zorgvuldig te beëindigen voor bedrijven belangrijk is. Dit ligt in dezelfde lijn als de in de literatuur gesignaleerde duurzamere oplossing die mediation zou bieden. Met het matige imago van mediation (hoofdstuk 2) lijkt het wat betreft bedrijven die ervaring hebben met zakelijke mediation wel mee te vallen, mediation wordt meestal niet soft gevonden (vraag 47), terwijl men ook niet frequent aangeeft dat het lastig is om een goede, gespecialiseerde mediator te vinden (vraag 48).

Als we de uitkomsten van de enquête onder bedrijven vergelijken met die onder advocaten, dan zijn de volgende overeenkomsten en verschillen te zien. Eerst de overeenkomsten: net als bij advocaten lijken bedrijven een bredere definitie te hanteren van zakelijke mediation dan in de enquête is gepresenteerd. Wat de gewenste kwalificaties van de mediator betreft, beide doelgroepen lijken niet zo enthousiast te zijn over mediators die hun beroep buiten een kantoorcombinatie of samenwerkingsverband uitoefenen. Ook wat de achtergrond en ervaring van de mediator betreft hebben beiden dezelfde verwachtingen (goede juridische kennis en ervaring in het bedrijfsleven en als zakelijke mediator).

Bij zowel bedrijven als advocaten met ervaring met zakelijke mediation is het met het imago van mediation en de professionaliteit van mediators ruim voldoende tot goed gesteld. Net als advocaten lopen bedrijven minder warm voor de mogelijkheid van mediation in combinatie met arbitrage (Med-Arb), zo blijkt uit vraag 44. En, net als advocaten, lijkt het bedrijfsleven geen voorstander van een (wettelijke) verplichtstelling van mediation (vraag 42). De toepassing van een mediationclausule in eigen contracten en de daaruit voortvloeiende verplichting om eerst mediation te beproeven, voordat men naar de rechter of een arbiter gaat, wordt wel positief gewaardeerd.

Een verschil tussen bedrijven en advocaten valt te ontwaren wanneer gevraagd wordt naar de redenen om *wel* voor mediation te kiezen. Bij advocaten bleek de onzekerheid van een juridische procedure sterk in het voordeel van mediation te werken, voor bedrijven lijkt die onzekerheid minder van belang. Wel vindt men het belangrijk om het heft in eigen handen te houden en zo aan risicobeheersing te doen. En verder verschillen bedrijven van advocaten ten aanzien van een aantal andere praktijken die typisch zijn voor zakelijke mediation. Bedrijven staan positiever tegenover de optie van mediation in combinatie met bindend advies (vraag 42). Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid van het *mediator proposal* (vraag 24). Bedrijven lijken minder gecharmeerd van de mogelijkheid van op-en-neer pendelen (vraag 21). Opvallend is de onafhankelijke positie die bedrijven ten opzichte van de advocaat innemen. Een aan-

zienlijk deel heeft de advocaat liever niet bij de mediation en men voelt geen verplichting om het advies van de advocaten ten aanzien van (het wel of niet initiëren van) mediation te volgen. Dikwijls is men van mening dat de aanwezigheid van een advocaat het treffen van een regeling bemoeilijkt. Opmerkelijk is verder dat 80% van mening is dat hun advocaten over mediationvaardigheden moeten beschikken. Uit de onderzoeksresultaten volgt dat advocaten de keuze voor mediation niet dwarsbomen als hun cliënt voor mediation wenst te kiezen. De antwoorden op de vragen uit de enquête onder bedrijven leiden ook weer tot nieuwe vragen. De meest in het oog springende constatering is wel dat uit dit onderzoek nog steeds niet duidelijk wordt waarom de bedrijven slechts zelden gebruikmaken van mediation.



HOOFDSTUK 6

Uitkomsten van het onderzoek onder rechters

In dit hoofdstuk worden de uitkomsten van de enquête onder rechters op hoofdlijnen gepresenteerd. Zoals in paragraaf 3.b is toegelicht, is op verzoek van de Raad voor de rechtspraak de enquête verstuurd naar zowel rechters mét als rechters zónder ervaring met verwijzing naar zakelijke mediation. De online enquête tool die wij hebben gebruikt biedt ons de mogelijkheid om de antwoorden van rechters met verwijzingservaring te selecteren (en zo ook die van de rechters zonder ervaring). In dit hoofdstuk presenteren wij eerst de uitkomsten van de antwoorden van rechters mét ervaring met zakelijke mediation omdat die zich het beste laten vergelijken met de uitkomsten van de enquêtes onder advocaten en bedrijven. De volledige uitkomst van het onderzoek onder rechters met ervaring is terug te vinden in Bijlage C. De uitkomsten worden gepresenteerd in de volgorde waarin de vragen zijn voorgelegd. Daar waar relevant, zullen in paragraaf 6.g enkele opmerkelijke uitkomsten worden aangestipt uit het onderzoek onder rechters zonder ervaring. De volledige uitkomst van deze enquête is terug te vinden in bijlage D.

6.a Ervaring met zakelijke mediation

De vragenlijst die aan rechters is voorgelegd bestaat uit zes delen. Het eerste deel betreft een aantal vragen over de rechters zelf en hun ervaring met zakelijke mediation. Zo is bijvoorbeeld gevraagd naar het aantal keren dat is doorverwezen naar mediation.

Het merendeel van de rechters met ervaring is meer dan 10 jaar rechter (vraag 1). Uit de antwoorden op de open vraag bij welke rechterlijke instantie men werkt blijkt een spreiding over het hele land, waarbij het zwaartepunt in de Randstad ligt (vraag 2). Bij vraag 3 is gevraagd naar het aantal malen dat verwezen is naar een zakelijke mediation: 60% geeft aan 1-5 keer, 25% 6-10 keer, en 15% meer dan 10 keer. De 22 rechters die in de enquête aangaven 0 keer te hebben verwezen, hebben wij als de rechters zonder ervaring met zakelijke mediation beschouwd. Van de rechters met ervaring geeft twee derde deel aan tussen de 3 en 10 jaar ervaring met zakelijke mediation te hebben. Op de open vraag in wat voor soort zaken naar een mediator is verwezen wordt divers geantwoord (vraag 4). Net als bij advocaten en bedrijven, lijken rechters bepaalde arbeidsconflicten ook onder zakelijke mediation te begrijpen (vraag 5).

6.b Nut (of het ontbreken daarvan) van zakelijke mediation

Het tweede deel van de vragenlijst betreft vragen naar de mening van de rechters over het nut (of het ontbreken daarvan) van zakelijke mediation.

Volgens de meerderheid van de rechters kan mediation het beste worden ingezet in de fase waarin een juridisch geschil voorkomen kan worden (vraag 6). Met de stelling: als een zaak sterk geëscaleerd is, heeft mediation geen zin, is 87% het oneens (vraag 7). Op de vraag of een combinatie van rechtspraak met mediation een mogelijkheid is om de maatschappelijke effectiviteit van rechtspraak te vergroten, antwoordt meer dan 80% van de rechters met ervaring bevestigend (vraag 8). Op de stelling dat door een uitspraak van de rechter het eigenlijke conflict tussen partijen vaak niet wordt opgelost, antwoordt iets minder dan de helft 'eens', 23% antwoordt neutraal en 30% antwoordt 'oneens'. Laatstgenoemde groep is kennelijk van mening dat men het eigenlijke conflict van partijen wel kan oplossen. Op de stelling: ik zie doorgaans niet de toegevoegde waarde van mediation als de zaak al bij de rechter aanhangig is, antwoordt maar liefst 85% met oneens. Dit betekent dat deze rechters van mening zijn dat ook al is de zaak bij de rechter aanhangig, mediation nog steeds zin kan hebben (vraag 10). Voor de stelling dat vaker verwijzen naar mediation een oplossing zou kunnen zijn om de gemiddelde doorlooptijd van procedures te verkorten is geen meerderheid te vinden (vraag 11).

Een kleine meerderheid van de rechters met ervaring is van mening dat een mediator – anders dan zijzelf – over speciale vaardigheden beschikt om partijen tot elkaar te brengen (vraag 12). Op de stelling dat er geen externe mediators meer nodig zijn als de rechter zich de specifieke mediationvaardigheden eigen maakt, antwoordt 80% ontkennend (vraag 13). Een mediator kan soms voorzien in een deel niet-juridische deskundigheid dat bij de rechter ontbreekt, aldus de meerderheid van de respondenten (vraag 14). De helft van de rechters met doorverwijservaring geeft aan dat mediation doorgaans leidt tot een aanzienlijke tijdsbesparing voor partijen, althans, ten opzichte van een procedure die uitgedeedeerd wordt (vraag 15). Op de open vraag in hoeverre en bij welk soort zaken men het nut inziet van zakelijke mediation wordt divers geantwoord (vraag 16). Hier leest men onder meer: in zaken waarin partijen nog met elkaar verder moeten, in zaken waar veel emoties spelen, in zaken waarin partijen meerdere belangen delen, in complexe geschillen, in zaken met meer dan alleen een juridisch geschil of bij ontvlechting van samenwerkingsverbanden (vraag 16).

6.c Redenen om wel/niet naar zakelijke mediation te verwijzen

In het derde deel komen de redenen aan bod waarom rechters met doorverwijservaring wel of niet besluiten om naar zakelijke mediation te verwijzen. Dit is gedaan door de respondenten aan te laten geven in hoeverre bepaalde redenen een rol spelen bij de beslissing om wel te verwijzen naar zakelijke mediation, alsook naar redenen om dat niet te doen. In beide gevallen is gevraagd om het belang dat men hecht aan het gegeven voorbeeld op een 5-puntsschaal (van 'niet van belang' tot 'zeer belangrijk') aan te geven. Ook is met een open vraag gevraagd welke reden het belangrijkste wordt geacht.

Aan rechters is gevraagd om aan te geven in hoeverre de volgende redenen belangrijk zijn om *wel* te verwijzen naar zakelijke mediation: a) de afstand die de rechter moet betrachten maakt het soms moeilijk om de partijen ertoe te bewegen een regeling te treffen. De mediator heeft meer ruimte om dit te doen; b) het vermindering van de werkdruk voor de rechter; c) de beperkt beschikbare tijd voor een zitting is vaak een obstakel om de partijen te bewegen een regeling te treffen; d) de wens om de gemiddelde doorlooptijd van procedures bij het betreffende gerecht te verlagen; e) het besef dat er in een zaak veel meer factoren spelen dan alleen juridische, bijvoorbeeld emotionele; f) het besef dat mediation kan lei-

den tot behoud of verbetering van de relatie tussen de partijen; en g) omdat een geslaagde mediation op dezelfde voet beloond wordt als het wijzen van een vonnis; h) een andere reden, namelijk... (vraag 17). Hieronder zijn de redenen op basis van gewogen gemiddelden in volgorde van voorkeur weergegeven:

Redenen	gewogen gemiddelde
f. Het besef dat mediation kan leiden tot behoud of verbetering van de relatie tussen de partijen	4,62
e. Het besef dat er in een zaak veel meer factoren spelen dan alleen juridische, bijvoorbeeld emotionele	4,49
c. De beperkt beschikbare tijd voor een zitting is vaak een obstakel om de partijen te bewegen een regeling te treffen	3,30
a. De distantie die ik als rechter moet betrachten maakt het soms moeilijk om de partijen ertoe te bewegen een regeling te treffen. De mediator heeft meer ruimte om dit te doen	2,38
g. Een geslaagde mediation wordt op dezelfde voet beloond als het wijzen van een vonnis	1,81
b. Vermindering van de werkdruk voor mij	1,46
d. De wens om de gemiddelde doorlooptijd van procedures bij mijn gerecht te verlagen	1,27

Hieruit blijkt dat – op basis van gewogen gemiddelden – voor rechters het behoud of verbetering van de relatie tussen partijen het belangrijkste wordt gevonden. Dit ligt in lijn met wat we in de eerdere hoofdstukken zagen bij advocaten en bedrijven. Ook hoog genoteerd staat het besef dat in een zaak veel meer factoren spelen dan alleen juridische. Dit ligt weer in lijn met wat in hoofdstuk 2 is geschreven over het engere, juridische geschil alleen, versus het conflict in zijn volle omvang. Wanneer wordt gevraagd om de belangrijkste reden te kiezen, dan blijken opnieuw even vaak het behoud of verbetering van de relatie en het besef dat een conflict vaak groter is dan het juridische geschil het belangrijkste (vraag 18).

Vervolgens is aan de rechters gevraagd om aan te geven in hoeverre de volgende redenen belangrijk zijn om *niet* te verwijzen naar zakelijke mediation: a) de vertraging in de afdoening die hiervan waarschijnlijk het gevolg is; b) als er twee zittingen nodig zijn, wordt de tweede zitting niet vergoed; c) het feit dat de zaak dan uit zicht van de rechter verdwijnt; d) het de taak van de rechter is om een beslissing te geven, partijen zijn hiervoor naar de rechter gegaan; e) het risico dat er geen regeling tot stand komt bij de mediator; f) problemen om een goede mediator te vinden, g) weerstand van partijen om mee te werken aan de mediation en h) een andere reden, namelijk: ... (vraag 19). Hieronder (volgende pagina) zijn de redenen in volgorde van voorkeur weergegeven:

Redenen	gewogen gemiddelde
g. Weerstand van partijen om mee te werken aan de mediation	4,38
d. Het is mijn taak om een beslissing te geven, partijen zijn hiervoor naar de rechter gegaan	2,41
e. Het risico dat er geen regeling tot stand komt bij de mediator	2,30
f. Problemen om een goede mediator te vinden	2,05
a. De vertraging in de afdoening die hiervan waarschijnlijk een gevolg is	1,97
c. Het feit dat de zaak dan uit mijn zicht verdwijnt	1,30
b. Als er twee zittingen nodig zijn, wordt de tweede zitting niet vergoed	1,11

Hieruit blijkt dat – op basis van gewogen gemiddelden – verreweg de belangrijkste reden om niet naar zakelijke mediation te verwijzen de weerstand van partijen is. Ook wanneer gevraagd wordt naar de belangrijkste reden (vraag 20), dan blijkt dat de weerstand van partijen te zijn. De andere redenen worden veel minder vaak genoemd.

6.d Gewenste kwalificaties van een mediator

Het vierde deel van de vragenlijst betreft vragen die betrekking hebben op de gewenste kwalificaties (achtergrond en ervaring) van de mediator. Vergelijkbare vragen zijn gesteld aan advocaten (paragraaf 4.b) en bedrijven (paragraaf 5.b).

Meer dan de helft van de rechters geeft aan het belangrijk te vinden dat een mediator is aan gesloten bij een mediatorsverband, zoals de MfN of het IMI – 40% staat daar ‘neutraal’ tegenover (vraag 21). Rechters blijken het onbelangrijk te vinden dat de mediator onderdeel uit maakt van een kantoor of samenwerkingsverband, 60% staat er neutraal tegenover (vraag 22). De helft van de rechters geeft aan ‘neutraal’ te staan tegenover het vereiste dat de zakelijke mediator zijn of haar sporen in het bedrijfsleven heeft verdiend (vraag 23). Er blijkt ook geen voorkeur voor een mediator met een achtergrond als gedragswetenschapper. Ook hier antwoordt de meerderheid neutraal (54%) (vraag 24). Een goede juridische kennis bij de mediator wordt wel hoger wordt gewaardeerd: ongeveer de helft vindt dat belangrijk (vraag 25). Ervaring als zakelijk mediator, wordt – net als door advocaten en bedrijven (paragrafen 4.b en 5.b) – hoog gewaardeerd. Bijna 80% vindt dit belangrijk (vraag 26).

6.e Wijze van uitvoering van mediation

In het vijfde deel is de wijze van uitvoering – de aanpak en de mediationstijl – van de zakelijke mediation bevraagd. Rechters spelen weliswaar zelf geen rol in de mediation, maar het is wel interessant om zicht te krijgen op hoe zij een ideale mediation voor zich zien. Ook is gevraagd of het wenselijk is dat aan de mediator wordt gevraagd om een bindend advies te geven en of de combinatie van mediation en arbitrage (Med-Arb) een aantrekkelijke optie is.

Op de stelling: ik wil graag dat de mediator op de hoogte is van de redenen die ten grondslag liggen aan de verwijzing naar mediation, komt geen uitgesproken antwoord. Oneens, neutraal en eens, scoren

ongeveer even hoog (vraag 27). Meer dan 90% van de rechters vindt de belangrijkste taak van de mediator om ervoor te zorgen dat partijen op een constructieve wijze met elkaar in gesprek raken en blijven (vraag 28). Op de stelling: ik ben een voorstander van een mediator die zich tegenover de partijen uitlaat over de kansen en risico's van een zaak om hen in de richting van een regeling te sturen, antwoorden de rechters met verwijservaring vaak met neutraal (43%) (vraag 29). Ruim 90% verwacht van de mediator dat deze de emotionele barrières uit de weg ruimt die aan het treffen van een regeling in de weg staan (vraag 30). Driekwart van de rechters vindt het geen goed idee dat partijen aan de mediator om een bindend advies vragen als de mediation niet slaagt (vraag 31). Op de vraag of de mogelijkheid van Med-Arb aantrekkelijker is dan alleen mediation reageert men niet in positieve zin. Slechts 5% is het ermee eens, 45% is neutraal en de rest is het hiermee oneens (vraag 32). Bijna 80% van de respondenten geeft aan na een geslaagde mediation graag een terugkoppeling van de mediator te krijgen, zodat men weet hoe de zaak is afgelopen (vraag 33).

6.f Overige vragen en stellingen

In het zesde en laatste deel zijn de rechters een aantal overige vragen en stellingen voorgelegd. Bijna 90% van de rechters met verwijservaring is van mening dat een advocaat de mogelijkheid van mediation dient te onderzoeken en te bespreken met zijn of haar cliënt (vraag 34). Op de vraag of rechters vaker zouden moeten verwijzen naar mediation antwoordt de helft 'neutraal', bijna 40% is het hiermee eens en 10% is het oneens (vraag 35). Ruim 70% is het eens met de stelling dat wanneer sprake is van een mediationclause, het wenselijk is dat eerst mediation wordt geprobeerd voordat een rechter wordt aangezocht (vraag 36). Aan rechters is het gegeven voorgelegd dat in sommige landen standaard eerst mediation moet zijn geprobeerd voordat een zaak in rechte aanhangig gemaakt kan worden. Op de vraag of dit in Nederland ook aantrekkelijk zou zijn, antwoordt ongeveer de helft daar negatief tegenover te staan (vraag 37). Ruim 50% is het eens met de stelling dat vaak een gerechtelijke procedure nodig is om partijen zover te krijgen dat zij een regeling treffen (vraag 38). Men antwoordt voornamelijk neutraal op de stelling dat een conflict vaak het beste kan worden opgelost door een combinatie van rechtspraak en mediation (vraag 39).

Ongeveer de helft van de rechters heeft de indruk dat de aandacht voor mediation bij de rechterlijke macht toeneemt (vraag 40). Bijna 90% van de rechters is van mening dat zij niet alleen rekening moeten houden met juridische standpunten, maar ook met de andere belangen van partijen (vraag 41). Bijna 60% van de rechters heeft geen mening over de stelling dat mediation in Nederland te soft is, 40% vindt mediation niet te soft (vraag 42). Meer dan 70% staat neutraal tegenover de stelling dat de kwaliteit van mediation in Nederland te wisselend is, ongeveer 25% is het ermee eens (vraag 43). Op de vraag of het vaak een probleem is om partijen zover te krijgen dat zij mediation willen proberen, antwoordt bijna 70% bevestigend (vraag 44). Eerder al, bij de vragen 19 en 20, bleek de weerstand van partijen al dé belangrijkste reden om niet naar mediation te verwijzen. Ruim 20% van de rechters met verwijservaring geeft aan dat het lastig is om een geschikte mediator te vinden. Ongeveer 40% heeft die ervaring niet (vraag 45). Op de stelling dat wanneer men meer tijd zou hebben voor zaken, partijen vaker met een schikking naar huis zouden gaan, wordt verschillend geantwoord (vraag 46). De helft van geënquêteerde rechters vindt het belangrijkste van rechtspraak dat een oplossing wordt gevonden waar partijen mee verder kunnen (vraag 47).

Iets minder dan de helft van de rechters is het eens met de stelling dat hij of zij zelf over de vaardigheden beschikt die een mediator gebruikt om een schikking tussen partijen mogelijk te maken (vraag 48). Op de vraag over de wenselijkheid van een wettelijke basis voor mediation antwoordt meer dan 40% neutraal, 45% is er geen voorstander van (vraag 49). De bekendheid met de criteria voor geschiktheid voor mediation uit de brochure mediation naast rechtspraak (de zelftest)⁴² ligt rond de 50% (vraag 50).

Tenslotte is aan rechters gevraagd om op een 10-puntsschaal een percentage of een cijfer op een tweetal stellingen te geven. Op de vraag in hoeveel procent van de gevallen er in mediation een regeling (geheel of ten dele) tot stand is gekomen, wordt heel gespreid geantwoord (vraag 51). Op de vraag naar het rapportcijfer voor de ervaring met zakelijke mediation, antwoorden de rechters die een cijfer hebben toegekend gemiddeld met een 7,3 (vraag 52).

6.g Rechters zonder ervaring met verwijzing naar zakelijke mediation

In deze paragraaf worden enkele opmerkelijke uitkomsten belicht uit het onderzoek onder rechters zonder ervaring.

Rechters zonder ervaring zijn voor 75 % van mening dat mediation het beste kan worden ingezet in een fase waarin een juridisch geschil nog voorkomen kan worden. Dit percentage ligt aanzienlijk hoger dan bij de rechters met ervaring (54%) (vraag 6). Rechters zonder ervaring zijn het in meerderheid eens met de stelling: 'een combinatie van rechtspraak met mediation is een mogelijkheid om de maatschappelijke effectiviteit van rechtspraak te vergroten' (55% van de rechters zonder ervaring deelt die mening tegenover 82% van de rechters met ervaring) (vraag 8). Van de rechters zonder ervaring is 65% het oneens met de stelling: 'ik zie doorgaans niet de toegevoegde waarde van mediation als de zaak al bij de rechter aanhangig is', slechts 30% is het met die stelling eens.

Bij de rechters zonder ervaring wordt de stelling: 'door een uitspraak van de rechter wordt het eigenlijke conflict tussen partijen vaak niet opgelost', door 40% beantwoord met: oneens (vraag 9). Van de rechters zonder ervaring is 25% het eens met de stelling: 'de mediator beschikt over speciale vaardigheden om partijen tot elkaar te brengen die een rechter doorgaans niet heeft', 60% is het daarmee oneens (vraag 12). Van de rechters zonder ervaring is 25% het eens met de stelling: 'mediation leidt doorgaans tot een aanzienlijke tijdsbesparing voor partijen (ten opzichte van een procedure die uitgediende wordt)' (vraag 15).

Voor de rechters zonder verwijzervaring is het uiteraard niet zo nuttig om te vragen naar de redenen waarom men naar mediation verwijst (men verwijst immers niet). Overigens beantwoorden zij deze vraag wel. Hun belangrijkste redenen om (in theorie?) *wel* reden te zien voor verwijzing zijn: het besef dat mediation kan leiden tot behoud of verbetering van de relatie en het besef dat er in een zaak veel meer factoren spelen dan alleen juridische (vraag 17.f).

⁴² <https://www.rechtspraak.nl/Uw-Situatie/mediation-naast-rechtspraak/Paginas/Zelftest-meditation.aspx> (laatst bezocht op 8 november 2018).

Maar des te nuttiger is het om hen te vragen waarom zij *niet* verwijzen (vraag 19). Hieronder zijn de redenen in volgorde van voorkeur weergegeven:

Redenen	gewogen gemiddelde
g. Weerstand van partijen om mee te werken aan de mediation	4,32
e. Het risico dat er geen regeling tot stand komt bij de mediator	3,42
d. Het is mijn taak om een beslissing te geven, partijen zijn hiervoor naar de rechter gegaan	3,05
f. Problemen om een goede mediator te vinden	2,74
a. De vertraging in de afdoening die hiervan waarschijnlijk een gevolg is	2,74
c. Het feit dat de zaak dan uit mijn zicht verdwijnt	1,63
b. Als er twee zittingen nodig zijn, wordt de tweede zitting niet vergoed	1,21

Hieruit blijkt dat rechters zonder verwijservaring meer redenen zien om niet naar mediation te verwijzen dan rechters met verwijservaring. Dat is geen verrassende uitkomst. Weerstand van partijen om mee te werken aan de mediation is ook hier de belangrijkste reden om niet te verwijzen. Maar ook het risico dat er geen regeling tot stand komt bij de mediator weerhoudt deze rechters vaak om te verwijzen.

Opvallend is verder nog dat bijna 90% het eens is met de stelling dat een advocaat de mogelijkheid van mediation moet onderzoeken en met de cliënt moet bespreken (vraag 34). Op de stelling dat rechters vaker moeten verwijzen naar de mediator antwoordt de helft neutraal, bijna 30% is het ermee oneens en de rest is het ermee eens (vraag 35). Op de stelling: ‘in sommige landen moet standaard eerst mediation zijn geprobeerd voordat de zaak in rechte aanhangig kan worden gemaakt. Dit lijkt mij ook aantrekkelijk voor Nederland’ antwoordt 60% oneens, 40% is het ermee eens. Een aanzienlijk deel van deze rechters is dus voor zo’n regeling, ook al heeft men zelf niet verwezen (vraag 37). Van de rechters die niet heeft verwezen heeft 60% de indruk dat de aandacht voor mediation bij de rechterlijke macht toeneemt (tegenover 50% bij de rechters met verwijservaring) (vraag 40). Meer dan 60% van de rechters zonder verwijservaring is het eens met de stelling dat het vaak een probleem is om de partijen zover te krijgen dat zij mediation willen proberen (vraag 44).

6.h Wat leert ons dit?

In deze laatste paragraaf van dit hoofdstuk leggen we – net als in de twee voorgaande hoofdstukken – de resultaten van de enquêtes onder rechters naast de reeds aanwezige kennis die beschikbaar is over zakelijke mediation. Zoals gezegd, uit de literatuur (hoofdstuk 2) worden als voordelen van mediation beschouwd: lage kosten, snelheid, heft in eigen handen, behoud van de relatie en het bereiken van een duurzame(re) oplossing van het conflict. Diezelfde voordelen leest men ook in de brochure van de rechtspraak, *Mediation naast Rechtspraak*.⁴³ De belangrijkste reden voor rechters in ons onderzoek om te verwijzen naar mediation is het besef dat mediation kan leiden tot behoud of verbetering van de rela-

43 Als pdf te downloaden via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2011/09/19/mediation-naast-rechtspraak> (laatst bezocht op 20 november 2018).

tie tussen partijen (zie vragen 16, 17 en 18). Wat ook een rol bij verwijzing speelt, is dat rechters beseffen dat er in een conflict (in zijn volle omvang) vaak meer factoren spelen dan strikt juridische.

Als we vervolgens kijken hoe de antwoorden van de rechters zich verder verhouden tot die van de advocaten en bedrijven, dan vallen de volgende dingen op. Een belangrijke reden voor rechters om niet naar mediation te verwijzen, zo zagen we in vragen 19 en 20, is de weerstand van – een van de – partijen om mee te werken aan mediation. Dit staat enigszins haaks op de bevindingen in dit onderzoek onder advocaten en bedrijven. Daaruit kwam juist dat advocaten meestal geen moeite hebben om de cliënt richting mediation te krijgen en dat bedrijven het ook niet zo moeilijk vinden om hun wederpartij over te halen tot mediation. Een grote mate van escalatie behoeft volgens veel rechters niet aan mediation in de weg te staan. Rechters zijn, anders dan advocaten en bedrijven veel neutraler in hun mening over de kwaliteit van mediation in Nederland, maar ze hebben hiermee dan ook veel minder rechtstreeks te maken.

Wat de wijze van uitvoering van de mediation betreft zijn rechters, veel minder dan advocaten en bedrijven, voorstander van een mediator die zich tegenover partijen uitlaat over de kansen en risico's van een zaak. Rechters blijken ook minder positief over de mogelijkheid van mediation in combinatie met bindend advies. Driekwart van de rechters is hiertegen. Over de combinatie mediation en arbitrage (Med-Arb) zijn rechters eveneens vrij negatief. Advocaten en bedrijven stonden hier neutraler tegenover. Bijna 90% van de rechters is van mening dat een advocaat de mogelijkheid van mediation dient te onderzoeken en met de cliënt te bespreken. Bij de advocaten en de bedrijven werden ook al dergelijke hoge percentages aangetroffen. Het lijkt daarmee wel *communis opinio* dat de advocaat die verplichting heeft. In de gedragsregels voor advocaten is die verplichting inmiddels ook opgenomen.⁴⁴ Ruim 70% is het eens met de stelling dat de mediationclausule moet worden gevolgd. Dit is een interessant gegeven, omdat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de mediationclausule niet kan worden afgedwongen, omdat de vrijwilligheid van mediation daaraan in de weg staat.⁴⁵

Tenslotte, als we de rechters mét verwijservaring vergelijken met rechters zónder die ervaring dan zien we dat rechters met verwijservaring meer het nut inzien van zakelijke mediation dan rechters zonder. Bekend maakt ook hier weer bemind. Rechters met verwijservaring onderschrijven de specifieke kwaliteiten van mediators meer dan rechters zonder, en zij staan ook positiever over de tijdsbesparing van mediation ten opzichte van een procedure. Bijna 80% van de rechters geeft aan na een geslaagde mediation graag een terugkoppeling van de mediator te krijgen, zodat men weet hoe de zaak is afgelopen. Dit lijkt een uitnodiging aan het adres van de zakelijke mediator, waarbij wel moet worden aangetekend dat de instemming van partijen vereist is voor een dergelijk bericht aan de rechter.

⁴⁴ Zie de toelichting op artikel 9 Gedragsregels Advocatuur.

⁴⁵ Voor het eerst: HR 20-1-2006 NJ 2006/75.



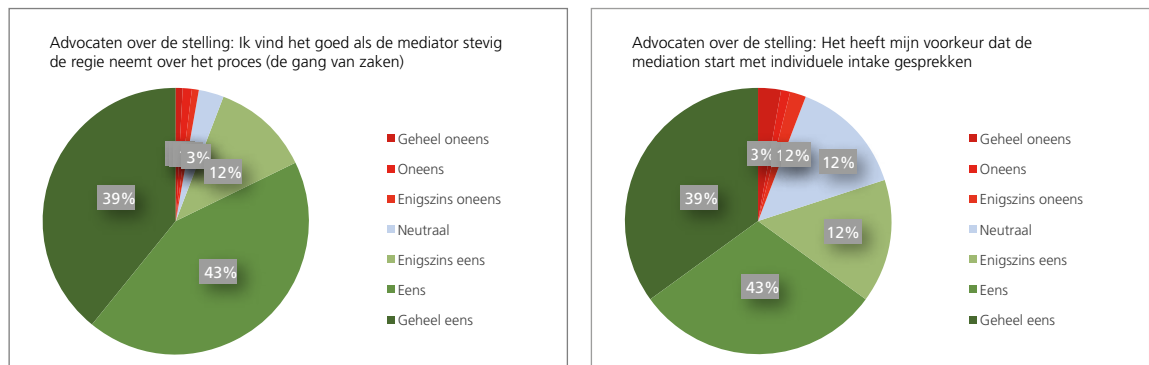
HOOFDSTUK 7

Grafische weergave van enkele belangrijke resultaten

Tijdens het najaar symposium van de Vereniging ZAM op 13 september 2018 zijn een aantal voor de praktijk belangrijke onderdelen uit het onderzoek gepresenteerd. In dit hoofdstuk worden de grafische voorstellingen zoals die tijdens die presentatie zijn gebruikt overgenomen.⁴⁶

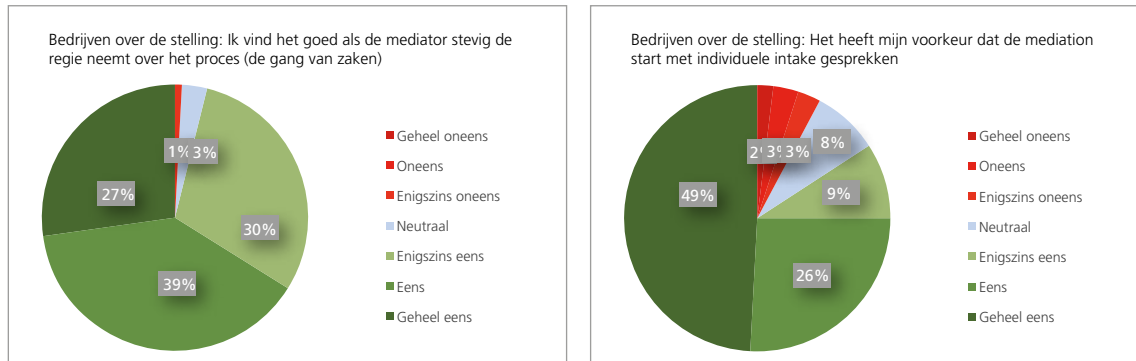
7.a Werkwijze van de zakelijke mediator

Eerst twee vragen aan advocaten over de regie van de mediator over het proces en de wenselijkheid van individuele intakegesprekken:



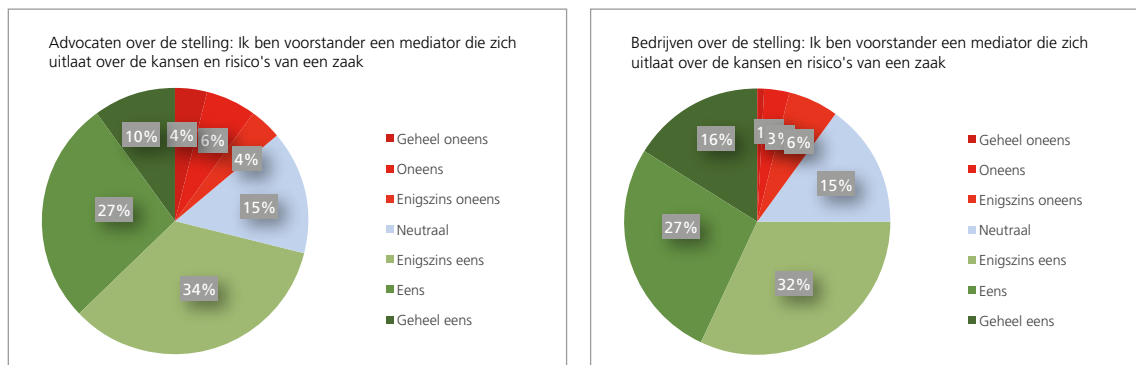
⁴⁶ Het rood in de gebruikte taartdiagrammen staat voor oneens; hoe donkerder rood, hoe meer oneens en het groen in de taartdiagrammen staat voor eens; hoe donkerder groen hoe meer eens. Blauw staat hierin voor: neutraal (en ook: ik heb er geen mening over).

En vervolgens dezelfde vragen over regie en intakegesprekken aan bedrijven:

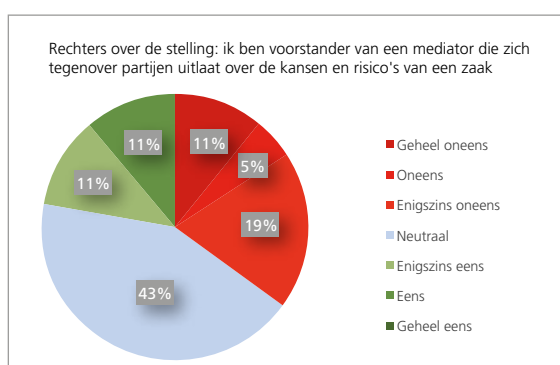


Wat hieruit ten aanzien van de rol van de zakelijke mediator blijkt is dat zowel advocaten als bedrijven graag een mediator zien die stevig de regie neemt en voorafgaand aan de mediation individuele intakegesprekken afneemt.

Een volgende vraag aan zowel advocaten als bedrijven over het zich al dan niet uitlaten over kansen en risico's door mediators:

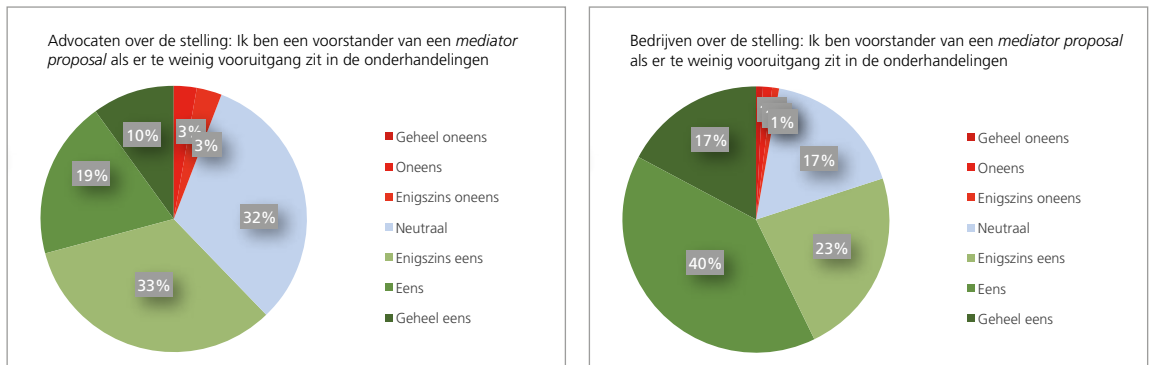


Dezelfde vraag over uitlatingen over kansen en risico's is ook gesteld aan rechters met verwijzervaring:



Hieruit blijkt dat advocaten en bedrijven in meerderheid voorstander zijn van een mediator die zich uitlaat over de kansen en risico's van een zaak en dat de rechters daar veel minder positief tegenover staan.

Een volgende vraag die aan zowel advocaten en bedrijven is gesteld betreft het zogenaamde *mediator proposal*.

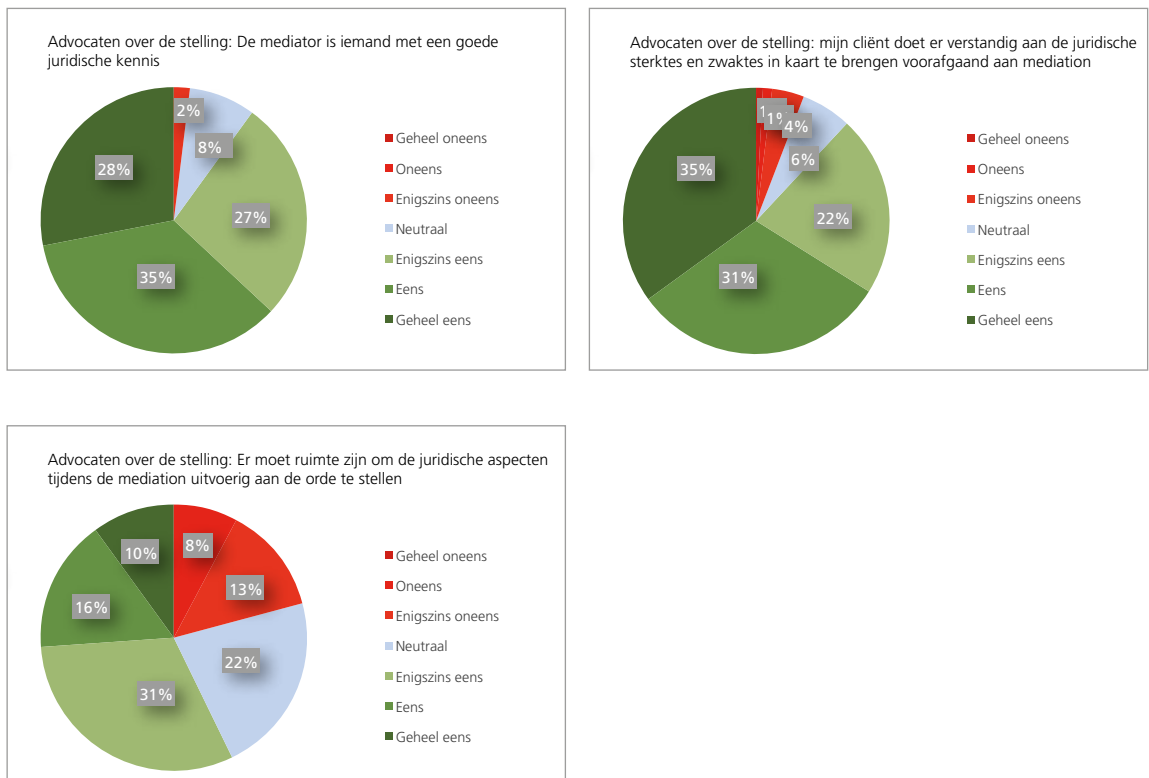


Onder advocaten is ruim 60% voorstander van een *mediator proposal* als er te weinig vooruitgang zit in de onderhandelingen. Bij bedrijven is dit maar liefst 80%.

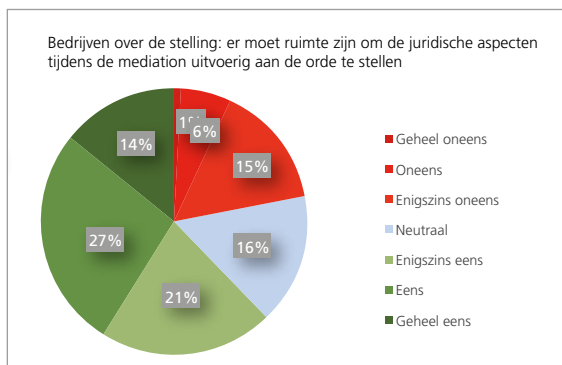
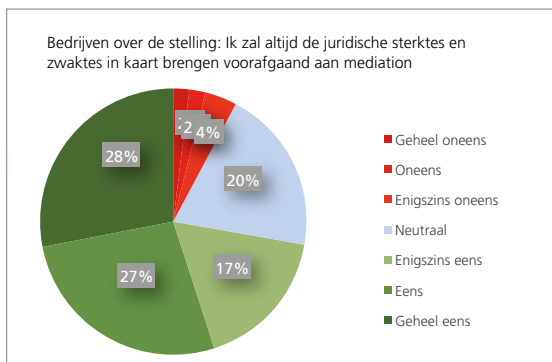
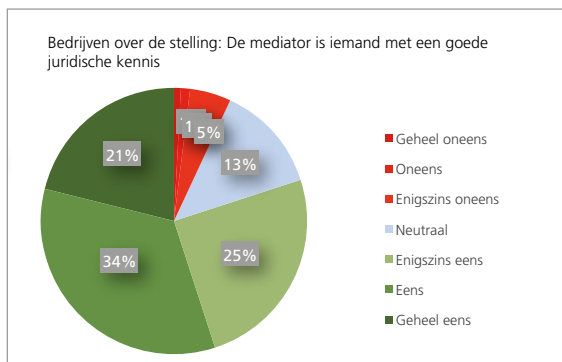
7.b Rol van het recht in zakelijke mediation

Over de rol van het recht in zakelijke mediation zijn in de enquêtes verschillende vragen gesteld. Zo is aan advocaten en aan bedrijven naar het belang van een goede juridische kennis van de mediator gevraagd. Ook is een stelling over juridische zwaktes en sterktes in een zaak voorgelegd. En er is een vraag gesteld over het belang van juridische aspecten tijdens mediation.

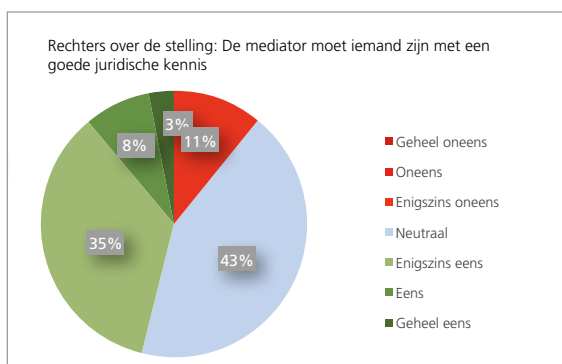
Eerst deze drie vragen aan advocaten:



Vervolgens dezelfde vragen aan bedrijven.

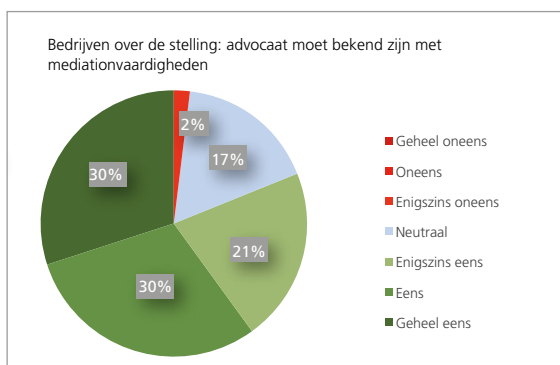
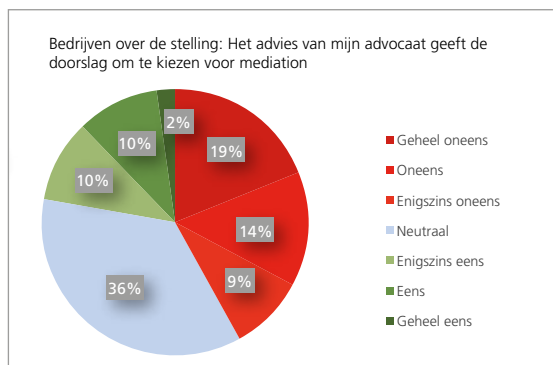
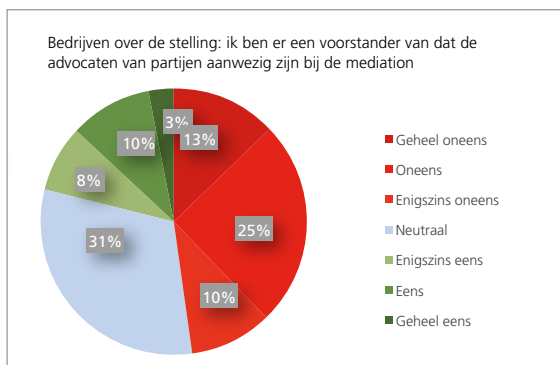


De vraag over de juridische kennis van een mediator is ook gesteld aan rechters.



7.c Rol van advocaten tijdens mediation

De vraag over de rol van advocaten tijdens mediation is gesteld aan de bedrijven. Allereerst is in dit verband gevraagd of men er voorstander van is dat de advocaten van partijen ook aanwezig zijn bij de mediatiegesprekken. Vervolgens is gevraagd of het advies van de eigen advocaat doorslaggevend is bij de keuze om wel of niet voor mediation te kiezen. En tenslotte is de vraag gesteld of men van de eigen advocaat verwacht dat deze bekend is met mediationvaardigheden.



Uit de antwoorden op deze drie vragen blijkt dat 50% van de bedrijven er de voorkeur aan geeft dat de advocaat niet aanwezig is bij de mediation. Slechts 20% van de respondenten heeft dat liever wel. Op de vraag of het advies van de advocaat doorslaggevend is om voor mediation te kiezen, antwoordt 22% bevestigend, terwijl ruim 40% deze vraag ontkennend beantwoordt. Dat advocaten bekend moeten zijn met mediationvaardigheden vindt ruim 80% van de geënquêteerden.



HOOFDSTUK 8

Samenvatting, conclusie en aanbevelingen

In dit laatste hoofdstuk maken we de balans op. Het doel van dit kwalitatieve, empirische onderzoek is om kennis en inzicht te verwerven in kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation, gezien vanuit het perspectief van cliënten van zakelijke mediation (bedrijven) en van verwijzers (advocaten en rechters), allen *met* ervaring met zakelijke mediation.⁴⁷ De hoofdvraag die daartoe wordt beantwoord is: wat zijn op basis van de praktijkervaringen van de drie doelgroepen de behoeften aan en de mogelijkheden voor zakelijke mediation in Nederland? Hieronder volgt een opsomming van de belangrijkste conclusies die uit het onderzoek kunnen worden getrokken, aangevuld met aanbevelingen en leerpunten die mede vanuit de praktijk zijn opgekomen.

1. Kwaliteiten van de zakelijk mediator

Doelgroepen geven aan voorkeur te hebben voor een gespecialiseerde en ervaren mediator:

- Zowel advocaten als bedrijven vinden ervaring als zakelijk mediator zeer belangrijk.
- Advocaten, maar zeker bedrijven vinden ervaring in het bedrijfsleven bij een mediator belangrijk.
- Zowel advocaten als bedrijven geven de voorkeur aan een mediator met juridische kennis, rechters vinden dat ook belangrijk.
- Advocaten en bedrijven vinden het belangrijk als een mediator is aangesloten bij een mediatorsverband, zoals de MfN of het IMI en dat de mediator deel uit maakt van een mediationkantoor of samenwerkingsverband van mediators. Het eerste vinden rechters wel belangrijk, het tweede minder.

Aanbevelingen en leerpunten:

In zakelijke mediation is een zakelijke uitstraling nodig en een bedrijfsmatige aanpak. Niet voor niets geven veel advocaten en bedrijven aan dat zij de voorkeur geven aan een mediator die is aangesloten bij een kantoor of samenwerkingsverband. Een positionering als gespecialiseerde, ervaren en beroepsmatig werkende mediator is een pré.

⁴⁷ Het merendeel van de geënquêteerde advocaten heeft meer dan tien jaar werkervaring, houdt kantoor in de Randstad en heeft ruime ervaring met zakelijke mediation. De bedrijven die aan het onderzoek meewerkten behoren vooral tot het klein- en grootbedrijf, waarbij ook het merendeel uit de Randstad komt. Een ruime meerderheid van de bedrijven geeft aan 1-5 keer met zakelijke mediation te maken te hebben gehad. De rechters in dit onderzoek betreffen ervaren rechters, ook vaak werkzaam in de Randstad en met ervaring met verwijzing naar zakelijke mediation, twee derde tussen de 1-5 keer.

Veel advocaten en bedrijven willen een mediator met voldoende kennis van het recht en zij stellen het op prijs (zie werkwijze zakelijke mediator hieronder) dat er ruimte is om de juridische aspecten aan de orde te stellen. Het kan daarom goed zijn om te vermelden indien een zakelijke mediator een juridische achtergrond of kennis van de materie heeft, dan wel goed samenwerkt met advocaten en andere juristen. Dit is in overeenstemming met wat we weten uit internationaal onderzoek over wensen van de gebruikers van zakelijke mediation.

2. Werkwijze van de zakelijk mediator

Advocaten en bedrijven, de gebruikers van zakelijke mediation, tonen zich een voorstander van een pro-actieve en 'sturende' mediator; een mediator die stevig de regie in handen neemt, zich zonnodig tegenover partijen uitlaat over kansen en risico's, of met een *mediator proposal* komt om de vooruitgang te bespoedigen.

- Advocaten en bedrijven vinden het niet ingewikkeld om een goede mediator te vinden.
- Advocaten en bedrijven geven er de voorkeur aan dat zakelijke mediation start met individuele intakegesprekken.
- Een ruime meerderheid van de advocaten en een meerderheid van bedrijven wil voorafgaand aan zakelijke mediation eerst de juridische sterktes en zwaktes in kaart gebracht zien.
- Zowel advocaten als bedrijven zien graag dat een mediator stevig de regie neemt over het proces (de gang van zaken).
- Een meerderheid van de advocaten en bedrijven toont zich voorstander van een 'sturende' mediator, een mediator die zich uitlaat over de kansen en risico's van een zaak. Rechters blijken hier geen voorstander van.
- De helft van de advocaten is voorstander van een mediator die pendelt, bedrijven blijken hier een minder groot voorstander van.
- Zowel een meerderheid bij de advocaten als bij de bedrijven vindt dat er ruimte moet zijn om juridische aspecten tijdens zakelijke mediation uitvoerig aan de orde te stellen.
- Onder advocaten is een meerderheid voorstander van een *mediator proposal* als er te weinig vooruitgang zit in de onderhandelingen; bij bedrijven is zelfs een grote meerderheid daar voorstander van.
- Alle drie de doelgroepen zien als een van de allerbelangrijkste taken van de mediator om het gesprek tussen partijen in goede banen te leiden en de emoties van partijen te adresseren.

Aanbevelingen en leerpunten:

Het mediaten van zakelijke geschillen tussen bedrijven vraagt om mediators met zowel specifieke mediationvaardigheden, als ook met voldoende kennis van de zakelijke en juridische materie. Ook om een gelijkwaardige gesprekspartner te zijn voor zakelijke gebruikers zoals managers en bedrijfsjuristen, en voor advocaten.

Het aanbieden van de mogelijkheid tot een individueel intakegesprek lijkt een aantrekkelijk voorstel te zijn voor gebruikers. Daarnaast is van belang dat een zakelijke mediator open staat voor specifieke wensen van betrokkenen in een individueel geval. Bijvoorbeeld op het punt van het geven van een inschatting van de kansen en risico's door de mediator, het aanbieden van een *mediator proposal* of het geven van een bindend advies. Wellicht dat de mediationopleidingen nog wat meer kunnen inspelen op het inzetten van sturende instrumenten. Het ligt vervolgens voor de hand om de huidige gedragsregels voor mediators – specifiek die voor zakelijke mediators – nog eens tegen het licht te houden en te kijken of deze voldoende ruimte bieden voor de wensen van de gebruikers.

Bij al die zakelijkheid, moeten mediators niet vergeten om ook te blijven reflecteren op de emoties en de achterliggende problemen en belangen. Niet voor niets geven advocaten, bedrijven en rechters aan dat een van de allerbelangrijkste taken van de mediator is om het gesprek tussen partijen in goede banen te leiden en de emoties van partijen te adresseren.

3. Rol van advocaten bij zakelijke mediation

- Advocaten, bedrijven en rechters zijn het met elkaar eens dat een advocaat de mogelijkheid van mediation moet onderzoeken en met zijn of haar cliënt moet bespreken.
- Bedrijven vinden het belangrijk dat advocaten bekend zijn met mediationvaardigheden.
- De helft van de bedrijven geeft er de voorkeur aan dat de advocaat niet aanwezig is bij de mediation.
- Het advies van een advocaat om voor mediation te kiezen blijkt voor bedrijven niet van doorslaggevende betekenis.

Aanbevelingen en leerpunten:

Bedrijven willen graag een advocaat die bekend is met mediationvaardigheden. De helft van de bedrijven geeft echter tegelijkertijd aan dat zij liever geen advocaten aanwezig hebben aan de mediationtafel. Dat zou te maken kunnen hebben met een gebrek aan mediationvaardigheden bij de betrokken advocaten. In het eerder aangehaalde IMI onderzoek van 2013 gaven bedrijven aan dat in hun ervaring externe advocaten vaak een belemmering vormen voor het mediationproces. Het goed opleiden van advocaten in mediationvaardigheden kan een belangrijke sleutel zijn tot de professionalisering en de stimulering van het gebruik van mediation.

4. Mediation in combinatie met andere vormen van geschilbeslechting

- Mediation in combinatie met andere vormen van geschilbeslechting wordt over het algemeen als positief gezien. Over welke combinatie het beste is verschillen advocaten, bedrijven en rechters van mening.
- Zowel advocaten als bedrijven geven aan dat alleen rechtspraak of arbitrage voor hen niet de meest effectieve vorm van geschilbeslechting is, maar dat de voorkeur uitgaat naar mediation of mediation in combinatie met rechtspraak of arbitrage.
- Ook rechters zijn er niet van overtuigd dat een rechtszaak partijen altijd verder helpt.
- Wanneer expliciet gevraagd wordt naar de combinatie mediation en arbitrage (Med-Arb) dan blijken zowel advocaten, bedrijven als rechters hier neutraal tegenover te staan.
- Mediation in combinatie met bindend advies (het bespreekbaar zijn van een bindend advies door de mediator om zo het geschil uit de wereld te helpen, nadat de mediation daar zelf niet in is geslaagd) wordt positief beoordeeld door bedrijven. Advocaten en rechters zijn hier minder enthousiast over.
- Rechters zien de combinatie van mediation en rechtspraak als een mogelijkheid om de maatschappelijke effectiviteit van de rechtspraak te vergroten.

Aanbevelingen en leerpunten:

Een combinatie van een rechtsgang en mediation wordt vaak genoemd als aantrekkelijke optie. Onderzocht zou moeten worden hoe hieraan in de praktijk het best invulling kan worden gegeven.

5. Belangrijkste redenen voor/tegen zakelijke mediation

De belangrijkste redenen om voor mediation te kiezen zijn snelheid en de mogelijkheid tot behoud of verbetering van de relatie met de wederpartij. De veronderstelde lagere kosten spelen wel een rol, maar veel minder dan de andere redenen om voor mediation te kiezen. De belangrijkste redenen om *niet* voor mediation te kiezen zijn niet eenduidig, en verschillen tussen advocaten, bedrijven en rechters.

- De belangrijkste redenen voor advocaten om mediation te adviseren zijn snelheid en behoud/verbetering van de relatie. Anders dan uit de literatuur volgt, blijken lagere kosten minder van belang.
- De belangrijkste redenen voor bedrijven om voor mediation te kiezen zijn ook snelheid en behoud/verbetering van de relatie. De lagere kosten spelen zijn ook voor bedrijven minder van belang.
- De belangrijkste redenen voor rechters om naar mediation te verwijzen zijn behoud/verbetering van de relatie en het besef dat in een zaak vaak meer factoren een rol spelen dan alleen juridische.
- De belangrijkste redenen voor advocaten om geen mediation te adviseren zijn 'weerstand bij de cliënt' en 'meer druk kunnen zetten via een rechtsgang'. De overall conclusie lijkt evenwel dat de advocaten moeite hebben om algemene redenen te noemen om geen mediation te adviseren. Dat mediation ten koste zou gaan van de eigen portemonnee speelt volgens de advocaten in dit onderzoek geen rol.
- De belangrijkste reden voor bedrijven om niet voor mediation te kiezen is de druk die men kan zetten op de wederpartij in geval van een juridische procedure.
- De belangrijkste reden voor rechters om niet te verwijzen naar mediation is de weerstand bij partijen.

Aanbevelingen en leerpunten:

Zowel advocaten als bedrijven hebben geen moeite om redenen te noemen die ervoor pleiten om mediation in te zetten. Veel moeilijker heeft men het om redenen te noemen om geen mediation in te zetten. Van groot belang is in ieder geval dat de snelheid van mediation die door advocaten en bedrijven zo belangrijk wordt geacht, wordt bewaakt. Er moeten op korte termijn afspraken met partijen worden gemaakt die elkaar in snel tempo opvolgen en een mediation moet in een paar sessies achter de rug zijn.

De vraag die opkomt is waarom de veronderstelde lagere kosten geen doorslaggevende rol spelen in de keuze voor mediation. Er is nader onderzoek nodig om na te gaan of de onderzochte bedrijven wellicht van zodanige omvang zijn dat de kosten niet zo'n rol spelen, of de praktijkervaring van deze groep ervaren gebruikers is dat mediation ook (behoorlijke) kosten met zich kan meebrengen, of dat andere overwegingen een rol spelen zoals dat er bij een mislukte mediation naast de kosten voor de mediation additioneel de kosten voor een rechtsgang gedragen moeten worden.

6. Overig

Op basis van een aantal overige vragen en stellingen die we aan advocaten, bedrijven en rechters hebben voorgelegd vallen de volgende punten op.

- Mediation kan ook nuttig zijn wanneer er geen sprake is van een duurzame relatie tussen partijen, aldus advocaten en bedrijven.
- Mediation kan ook nuttig zijn wanneer de zaak al sterk is geëscaleerd, zo geven advocaten, bedrijven en rechters aan. Dit ontkracht het beeld dat een sterke mate van escalatie tegen mediation pleit.
- Advocaten en rechters geven aan dat mediation ook nuttig kan zijn wanneer een zaak in rechte aangelegd is gemaakt.
- Advocaten en bedrijven geven aan dat zij een mediator wel in staat zien om een conflict op te lossen

- ook al is het hen zelf niet gelukt om een regeling met de wederpartij te treffen.
- Bedrijven geven aan altijd eerst zelf te willen onderhandelen, maar onderzoeken daarna wel de optie van mediation, voordat men met een conflict naar de rechter of een arbiter stapt.
 - Zelfs wanneer rechters zelf beschikken over mediationvaardigheden, dan nog zien zij een toegevoegde waarde in mediation, bijvoorbeeld omdat een mediator soms kan voorzien in een deel niet-juridische deskundigheid die bij de rechter ontbreekt.
 - Advocaten, bedrijven en rechters vinden wanneer sprake is van een mediationclausule, het wenselijk dat eerst mediation wordt geprobeerd voordat de rechter wordt aangezocht.
 - Advocaten geven aan dat het voor hen vaak niet zo'n groot probleem is om de eigen cliënt of de wederpartij van mediation te overtuigen. Bedrijven hebben ook niet zoveel problemen om de wederpartij richting mediation te krijgen. Rechters geven aan dat weerstand bij partijen voor hen de belangrijkste reden is niet naar mediation te verwijzen.
 - Zowel bij advocaten, bedrijven en rechters blijkt: bekend maakt bemind. Als men eenmaal ervaring heeft met mediation is men vaker bereid dit middel in te zetten.

Aanbevelingen en leerpunten:

Geconcludeerd kan worden dat advocaten, bedrijven en rechters met ervaring met zakelijke mediation positief over deze vorm van conflictoplossing oordelen. De behoefte van advocaten en bedrijven bestaat aan een professionele, 'sturende' mediator, met bij voorkeur ervaring in het bedrijfsleven en in ieder geval ervaring met en gespecialiseerd in zakelijke mediations, alsmede met voldoende juridische kennis. Alle doelgroepen zien de toegevoegde waarde van het inschakelen van een mediator, vooral (maar niet uitsluitend) om het gesprek tussen partijen in goede banen te leiden en de emoties van partijen te adresseren. Mediation kan ook bij ernstige escalatie van het conflict een goede optie zijn. Alle doelgroepen zijn die mening toegedaan. De grootste pluspunten van mediation zijn de snelheid en de mogelijkheid tot behoud of verbetering van de relatie. De kans van slagen van mediation is groot. Zowel advocaten als bedrijven rapporteren een slagingspercentage in de orde van grootte van 75%.

Op grond hiervan zou men verwachten dat zakelijke mediation een sterke groei doormaakt. De vraag – ook na dit onderzoek – blijft dan ook waarom het tot nu toe niet gelukt is om een doorbraak te bereiken zodat zakelijke mediation een volwaardig, vanzelfsprekend en vaak gebruikt onderdeel van het gebruikelijke (juridische) systeem van geschiloplossing wordt. Er wordt wel geopperd dat een reden hiervoor is dat mediation voor advocaten vaak financieel minder gunstig uitpakt dan het voeren van een procedure. In dit onderzoek kwam overigens niet tot uiting dat financiële overwegingen voor advocaten een grote rol spelen. In andere onderzoeken – zoals het ACB onderzoek uit 2004 – kwam dit wel naar voren. Ook valt op dat meer dan de helft van de bedrijven aangeeft dat zij sommige zaken liever willen uit procederen omdat zij willen laten vaststellen dat zij het gelijk aan hun kant hebben. De vraag is of partijen altijd een juist beeld hebben of krijgen van hun gelijk en wat het betekent om dat te halen.

Het zou daarom heel goed kunnen zijn dat voor een daadwerkelijke doorbraak van zakelijke mediation in Nederland een externe impuls nodig is, bijvoorbeeld in de vorm van wetgeving, of het ontmoedigen van gerechtelijke procedures. Dit is ook de ervaring in andere landen waar mediation als de gebruikelijke eerste stap voor het oplossen van geschillen gepositioneerd is, een zogenaamd opt-out systeem (waarbij partijen actief actie moeten ondernemen indien zij geen mediation willen doen) in plaats van het *opt-in* systeem dat nu in Nederland geldt (waarbij partijen actief actie moeten ondernemen indien zij mediation willen initiëren). Zakelijke mediators doen er hoe dan ook goed aan om steeds zoveel mogelijk te beantwoorden aan de wensen en de behoeften uit de praktijk; van bedrijven, advocaten, rechters en eventuele andere verwijzers. Ook de mediationopleidingen zouden beter kunnen inspelen op de bestaande behoeften vanuit de zakelijke markt. Het onderhavige rapport biedt hiervoor belangrijke aanknopingspunten.

Bronnen

Geraadpleegde bronnen:

- Barendrecht, J.M. en Baarsma, B.E. (2012), “Mediation 2.0”. *Nederlands Juristenblad* 32: 2239-2243.
- Brenninkmeijer, A., Bonenkamp D., van Oyen, K. en Prein, H. (2017), *Handboek Mediation*. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Combrink, L., Klijn, A., Pel, M. en Verberk, S. (2009), *Op maat beslecht. Mediation naast rechtspraak 1999-2009*. Den Haag: Raad voor de Rechtspraak.
- De Jongh, Joris en Smit, Wouter (2017), “Nederlanders & Mediation, een kwantitatief onderzoek onder Nederlanders in opdracht van de Nederlandse Mediatorsverenigingen de Mediatorsfederatie Nederland”. Ruigrok NetPanel, Amsterdam.
- De Roo, Annie, (2007), “10 jaar TMD: van mediation naar conflictmanagement?” *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*, 11 (1), pp. 3-6.
- Demeyere, Luc, (2011), “Commerciële conflicten managen – enkele schema’s”. *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 15 (2), pp. 30-44.
- Doeleman, H.F. (2016), “Zakelijke mediation, perikelen”. *Ondernemingsrecht* 2016/6, pp. 28-35.
- Drooglever Fortuyn, S. (2014), “Kiezen, kiezen en nog eens kiezen”. *Advocatenblad* juli:18-22.
- Hazenberg, S., Schoenmakers, I. en Verkennis, J.P. (2014), *Jaarverslag 2014*. Het Juridisch Loket.
- IMI (2013), “IMI International Corporate Users ADR Survey January-March 2013”. https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_23457.pdf.
- Ingelse, P. (2014), “De rechter en de mediator”. *Nederlands Juristenblad* 40: 2856-2863.
- Kocken, J. (2011), “Is ‘mediation’ een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van conflicten?” in Hertogh, H. en Weijers, H. (eds.), *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, pp. 225-251.
- Lack, Jeremy, (2011), “Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties” in Ingen-Housz, Arnold, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures - Volume II*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 339-379.
- Leathes, Michael, Bulder, Bob, Schonewille, Manon en Kervers, Willem (2006), “Einstein’s lessons in mediation”, July/August 2006.
- Lipsky, David and Seeber, Ronald (1998), *The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations*. Ithaca, NY: Institute on Conflict Resolution.
- Reuling, Saskia en Schutte, Eva (2012), “Reactie op ‘Mediation 2.0’”. *Nederlands Juristenblad* 41: 2905.
- Schonewille, Manon (2004), “Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen”, Den Haag: ACBMediation.
- Schonewille, Manon (2007), “Mediation en conflictmanagement in de praktijk Troubleshooting in bedrijfsrelaties. Trends in de ontwikkeling van conflictmanagement in het bedrijfsleven”.

- Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*, 11 (1), pp. 54-63.
- Schonewille, Manon (2014), "Business mediation onderzocht", *Tijdschrift Conflictmanagement*, 2.
 - Schonewille, Manon (2017), "Wat willen bedrijven nou echt?" *Global Pound Conferences*.
 - Schonewille, Manon (2018), *Toolkit Mediation. Resultaat bereiken als mediator, manager, mediation advocate en onderhandelaar*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
 - Schonewille, Manon and Fox, Kenneth (2011), "Moving beyond 'just' a deal, a bad deal or no deal" in Ingen-Housz, Arnold, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures - Volume II*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
 - Smeehuizen, Lodewijk (2016), "Hoe denken Zuidas-advocaten over mediation?". *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 20 (2), pp. 31-51.
 - Soerjatin, Ellen (2011), "Mediation in OK zaken, een kwestie van pellen". *de commissaris*, pp. 11-15.
 - Sprangers, Huub (2012), "Mediation, markt en beroep".
 - Van Zelst, Bas (2018), "De toelaatbaarheid van Med-Arb naar Nederlands recht. Over het niemandsland tussen mediation en arbitrage". *Nederlands Juristenblad*, 9, pp. 604-602.
 - Vogels, R.J.M. (2011), "De stand van Mediation in Nederland". Stratus.
 - Wakkie, P.N. (2012), "Een proces op maat", in: Frenk, N., Nihot, P.K. en Wakkie, P.N., *Proces op maat*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Geraadpleegde websites:

- Global Pound Conference Series
<https://www.globalpound.org/download/397/gpc-series-final-report/9775/gpc-series-global-data-trends-and-regional-differences.pdf>
- IMI International Corporate Users ADR Survey
https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_23457.pdf
- Mediation naast Rechtspraak
<https://www.rechtspraak.nl/Uw-Situatie/Onderwerpen/mediation-naast-rechtspraak>
<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2011/09/19/mediation-naast-rechtspraak>
- Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging
<https://www.uu.nl/onderzoek/montaigne-centrum-voor-rechtsstaat-en-rechtspleging>
- Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACB)
<http://www.mediationbedrijfsleven.nl/>
- Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM)
<http://www.vereniging-zam.nl/>

