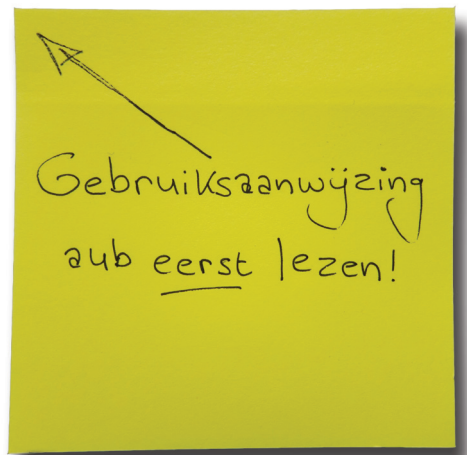


# Toolkit Mediation

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



# Deel I. Planning en afspraken

De indeling van deel I staat in rij I van de checklist. Het eerste onderdeel van dit boek over planning en afspraken kan worden geraadpleegd bij de voorbereiding op en het nadenken over de aanpak van een mediation. Hier staat informatie over de intakefase, een checklist voor het openingsstatement, het maken van afspraken over verslaglegging of het honorarium, en het samenwerken met een co-mediator. Daarnaast wordt aandacht besteed aan het handhaven van spelregels, het inwinnen of geven van deskundigenadvies en juridische en administratieve instrumenten.

## 1 De intakefase

### 1.1 De intake en pre-mediation



De intake van een mediation wordt ook wel de nulfase genoemd. Zodra een eerste contact plaatsvindt met één of meerdere partijen, moet de mediator een aantal beslissingen nemen. Bijvoorbeeld over ethische en zorgvuldigheidsvragen zoals hoe te reageren als je wordt benaderd door één partij, en over praktische vragen zoals hoe de intake en de mediation aan te pakken.

#### Vraagstukken in de nulfase

- Houd ik een intakegesprek of pre-mediationsessie, en zo ja, hoe krijgt dat vorm?**
  - Telefonisch, schriftelijk of persoonlijk?
  - Aan het begin van de eerste mediationsessie of separaat (II-9 en I-3)?
  - Gescheiden gesprekken of een gezamenlijk intakegesprek (zie pre-mediationbijeenkomst hieronder en II-16)?
  - (Ook) een regiegesprek (I-2.8) met de betrokken adviseurs?
  - Vertrouwelijkheid van het (de) intakegesprek(ken).
- Toetsen van conflicterende belangen.**
  - Ben ik als mediator onafhankelijk? Zijn er (direct ofwel indirect) eerdere contacten met een van de partijen geweest?
  - Zijn er andere zaken die invloed kunnen hebben op mijn neutraliteit, zoals ethische grenzen (II-2.1)?
  - Zijn er andere punten waarvan ik partijen op de hoogte moet stellen? Zie ook de gedragsregels en het reglement van de MfN en van het ADR Centrum voor het Bedrijfsleven, ACB.<sup>126</sup>

<sup>126</sup> Te downloaden op [www.nmi-mediation.nl](http://www.nmi-mediation.nl), [www.acbmediation.nl](http://www.acbmediation.nl), [www.acbfoundation.nl](http://www.acbfoundation.nl) en [www.resultadr.com](http://www.resultadr.com).

- Wil ik desgevraagd contact opnemen met de wederpartij en proberen deze ertoe te brengen mediation te proberen. Heeft dat effect op de neutraliteit van mij als mediator (II-2.1)? Zo ja, hoe ga ik daarmee om (II-2.2)?
- Is het geschil geschikt voor mediation? En zijn de partijen ervoor geschikt (I-1.2)?
- Verwachtingen managen.  
Wat verwachten partijen van de mediation? Is dit realistisch? Kan de mediator hieraan voldoen qua:
  - stijl (I-2.1);
  - inhoudelijke expertise, specialisatie en ervaring (I-2.2);
  - aanpak (I-2.3);
  - beschikbare tijd (hebben partijen een deadline) (II-14.1)?
 Welke aspecten moet ik van tevoren afstemmen?  
Co-mediation (I-2.5)?  
Is het beter de zaak naar een andere mediator door te verwijzen (I-2.2)?
- Honorarium.**
  - Weten partijen wat mijn honorarium is en welke werkzaamheden in rekening worden gebracht?
  - Wat is de vergoeding voor reiskosten, reistijd, telefoongesprekken, app-berichten, het schrijven van verslagen (I-4) of overeenkomsten, overleg met een eventuele co-mediator en voorbereiding van een mediationbijeenkomst?
  - Kan ik een indicatie geven over de te verwachten tijd/kosten (II-14.3)?
  - Wil ik een maximaal aantal te besteden uren of een maximum bedrag afspreken als partijen dat willen?
  - Hoe is de kostenverdeling tussen partijen?
- Logistieke afspraken.**
  - Benodigde tijd voor de bijeenkomsten (II-14.3)?
  - Procedure voor afstemmen van:
    - agenda;
    - locatie;<sup>127</sup>
    - schorsing van eventuele andere procedures;
    - eventuele deadlines van betrokkenen (II-14.1).
- Aanpak van de mediation (I-2.3).**

### Pre-mediationsessies: de waarde van individuele meetings voorafgaand aan de mediation



Als je ervoor kiest om een *face-to-face*-pre-mediationsessie te houden, dan kom je voor de vraag te staan of je dat beter in een gezamenlijke bijeenkomst kunt doen of in separate gesprekken, een caucus.

<sup>127</sup> In het Zakboek Mediation (Iest & Spierdijk 2004) staan diverse adressen en tips voor locaties en de intake.

Swaab en Brett hebben 1381 Nederlandse arbeids- en familiezaken onderzocht en kwamen tot de conclusie dat individuele meetings voorafgaand aan de mediation een positief effect hebben op het in een later stadium bereiken van overeenstemming tussen partijen (dus een hoger slagingspercentage tot gevolg hadden). Als een pre-mediationcaucus was gebruikt, bleek de intensiteit van het conflict tussen de partijen na afloop van de mediation afgenomen te zijn. Belangrijk hierbij was de constatering van de onderzoekers dat deze positieve effecten vooral te meten waren indien de interventies van de mediator tijdens de pre-mediationcaucus gericht waren op het opbouwen van een relatie met de partijen en niet zozeer op het bespreken van het conflict of het onderzoeken of stimuleren van potentiële oplossingsmogelijkheden. Mediators die dit doen, lopen het risico om als minder neutraal ingeschat te worden. Recente onderzoeken onderstrepen het cruciale belang van het creëren van *rapport*, het opwekken van vertrouwen en opbouwen van een relatie door de mediator met partijen (II-1).

Het gebruik van de caucus tijdens het mediationtraject had in dit onderzoek minder impact dan het gebruik tijdens de pre-mediationfase. Vooral bij de onderzochte arbeidsmediations.

Conclusie en aanbeveling van Swaab en Brett is dat een caucus niet alleen gezien moet worden als een optie tijdens het mediationtraject, maar dat het een belangrijke tool in de intakefase is. Mediators doen er volgens hen goed aan om een bewuste keuze en *match* te maken tussen de timing en de doelstelling van een caucus.<sup>128</sup>



Dus een mediator moet tijdens een pre-mediationbijeenkomst vooral focussen op *rapport* en het werken aan het opbouwen van een relatie met de partijen, zonder te veel over het conflict en de mogelijke oplossing daarvan te praten. Hoe doe je dat? Het geven van gevoelsreflecties (III-5.2) en tonen van empathie (II-5) zijn goede tools.

## 1.2 Indicaties en contra-indicaties voor mediation



Onderstaande lijst kan helpen om met betrokkenen na te gaan of mediation geschikt is voor dit geschil en deze partijen. De belangrijkste criteria zijn:<sup>129</sup>

- ✓ partijen willen hun conflict oplossen én
- ✓ ze willen en kunnen hierover onderhandelen of zijn bereid hierover met elkaar in gesprek te gaan én
- ✓ het conflict is niet te ver doorgeëscaleerd (IV-7).

<sup>128</sup> Swaab, R. & J. Brett (2007), 'Caucus with Care: The Impact of Pre-Mediation Caucuses on Conflict Resolution', IACM 2007 Meetings Paper.

<sup>129</sup> Vergelijk Pel (2008), 'Doorverwijzen naar mediation'.

### Overige indicaties

- De cliënten willen (snel) een einde aan het conflict.
- Er is sprake van een langdurige relatie, en het in stand houden of zorgvuldig beëindigen van de relatie is van belang.
- Bejegeningproblematiek of een verstoorde communicatie.
- Partijen willen een oplossing die zij zelf hebben gevonden.
- Een uitspraak lost het achterliggende conflict niet (geheel) op.
- Geheimhouding of vertrouwen is belangrijk.
- Er zijn meer dan twee partijen betrokken bij het conflict.
- Meerdere claims/conflicten spelen tegelijkertijd een rol.
- De zaak is technisch en/of inhoudelijk ingewikkeld of specialistisch.
- Het is een internationale zaak (bevoegdheidsproblematiek, toepasselijk recht en vraagstukken rond tenuitvoerlegging).

### De belangrijkste contra-indicaties

- Een partij heeft baat bij vertraging en wil dit belang niet tot onderdeel van de mediation maken (geheime agenda).
- Een betrokkene is te kwader trouw. Wantrouwen (van de wederpartij) rechtvaardigt op zichzelf niet de conclusie dat er werkelijk sprake is van kwade trouw.  
Het is vaak lastig vast te stellen of een partij te goeder trouw deelneemt aan de mediation. Zeker als partijen op doorverwijzing van een derde, zoals een rechter of de bedrijfsleiding, aan de mediationtafel gaan zitten. Als je twijfelt aan de motieven voor deelname, kun je eerst plenair aandacht besteden aan de vraag wat men van de mediation verwacht. Vervolgens kun je proberen in een caucus (II-16) vragen te stellen (III-10) over het commitment en de verwachting met betrekking tot de mediation. Als je sterke aanwijzingen hebt dat een partij niet te goeder trouw deelneemt, kun je eventueel confronterende vragen stellen (III-10.4).
- Er zijn geen nieuwe ontwikkelingen en dezelfde vertegenwoordigers hebben voor dit conflict al eerder mediation geprobeerd, zonder positief resultaat.
- Er is een precedent nodig (bijvoorbeeld een uitleg van Algemene Voorwaarden) of jurisprudentievorming.
- Het gaat een partij er vooral om het eigen gelijk openbaar te bewijzen.
- Een partij is niet in staat of bereid verantwoordelijkheid voor besluiten te dragen, of kan onvoldoende de eigen belangen behartigen.
- Er is onoverbrugbare machtsongelijkheid.



Hulpmiddelen zoals een conflictscan, een zelftest voor partijen, en een kosten-batenanalyse zijn te vinden op [www.acbmediation.nl](http://www.acbmediation.nl) en [www.toolkitcompany.com](http://www.toolkitcompany.com).

### 1.3 Mediation, waarom zou je?

#### De belangrijkste voordelen van mediation/argumenten van voorstanders

- Het werkt snel en efficiënt.
- De oplossing komt van partijen zelf, hetgeen positieve effecten heeft voor de toekomst en waardoor betrokkenen zich meestal houden aan de gemaakte afspraken.
- Voor een oplossing ben je niet gebonden aan het juridische spectrum (gelijk, ongelijk, schadevergoeding of niet).
- Er is flexibiliteit en ruimte voor eigen inbreng en sturing door partijen, zowel op het proces als op de inhoud.
- Een neutrale derde kan beter onderscheid maken tussen emotionele en inhoudelijke aspecten (III-8) en de *blocking issues* vinden (II-8).
- De focus ligt op belangen en toekomst in plaats van op (juridische) standpunten en verleden (II-10).
- Een mediator kan gescheiden met partijen spreken (caucus). Daardoor kunnen de echte belangen op tafel komen en opties in vertrouwen worden besproken (II-16).
- Betrokkenen houden zelf controle over conflict en oplossing. Er is vertrouwelijkheid en beslotenheid.
- Een (werkbare) relatie wordt behouden of zorgvuldig beëindigd.



Het tijdschrift 'Nederlandse Mediation' (hoofdredacteur: Dr. F. Schonewille) van Wolters Kluwer maakt de methodiek en uitkomsten van praktijkmediations inzichtelijk. De uitgave verschijnt viermaal per jaar en is verkrijgbaar als online uitgave en als tijdschrift. Een must read voor zowel professionele mediators die de vakontwikkeling willen bijhouden als startende mediators die behoefte hebben helder inzicht te krijgen in het proces dat leidt tot een vaststellingsovereenkomst in geanonimiseerde praktijkcasussen. Ook zijn de vaststellingsovereenkomsten digitaal te raadplegen. In Nederlandse Mediation is casuïstiek op diverse aandachtsgebieden opgenomen, zoals: arbeidsmediation, familiemediation, overheidsmediation, zakelijke mediation.

## 1.4 Mediation, waarom zou je niet?

### De belangrijkste nadelen van mediation/contra-argumenten van opponenten

- In een mediation kun je alleen die zaken definitief regelen waarover je contractueel afspraken kunt maken. Voor sommige onderwerpen is voor de effectuering een rechterlijke beschikking nodig. Afspraken over thema's van openbare orde als ouderlijk gezag of het uitspreken van een echtscheiding, moeten bij beschikking door de rechter worden bevestigd. Dit is echter geen contra-indicatie voor mediation. Het is in de meeste gevallen veel beter om zelf afspraken te maken dan om een beslissing over belangrijke zaken volledig aan een derde over te laten.
- Als de mediation mislukt, is er geen duidelijkheid. Er is een vervolg(procedure) nodig, met de kans op tijdverlies en de noodzaak dingen opnieuw te moeten doen.
- Er is geen precedent.
- Door de vertrouwelijkheid is er geen openbare jurisprudentieontwikkeling (dit punt wordt inmiddels opgevangen door het tijdschrift 'Nederlandse Mediation').
- Er is niet automatisch een executoriale titel. In de Mediationrichtlijn van de Europese Unie is de executoriale titel geregeld. Bij het verschijnen van deze derde druk is nog niet duidelijk hoe en wanneer de implementatie van de Europese Mediationrichtlijn in Nederland vormgegeven wordt. Het is echter vrij eenvoudig om een vaststellingsovereenkomst (I-8.7) via een notaris te laten omzetten in een executoriale titel. Op grond van de verordening op de Europese executoriale titel kan een dergelijke akte door de voorzieningenrechter worden gewaarmerkt. Deze titel wordt in alle EU-landen met uitzondering van Denemarken erkend. In bepaalde landen buiten de Europese Unie wordt dit echter niet altijd geaccepteerd.<sup>130</sup>



In Inleiding hoofdstuk 5 staan andere EDR/ADR-methoden beschreven.



Bijlage 1 biedt instrumenten voor de proceskeuze: een EDR/ADR-scan en een overzicht van (contra-)indicaties van de verschillende geschiloplossingsmethoden aan de hand waarvan partijen en hun (juridische) adviseurs een gefundeerde keuze kunnen maken voor mediation of een andere methode.



IMI heeft een handige online decision tree gemaakt om gebruikers te ondersteunen bij het maken van een afgewogen keuze voor een mediator. Op [IMImediation.org](http://IMImediation.org), onder mediation tools, decision-tree kan het Engelstalige document online worden ingevuld. Er is ook een handige App 'finding the right mediator'. Een verkorte Nederlandse vertaling is opgenomen als bijlage 3.

<sup>130</sup> Informatie hierover is te verkrijgen bij de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, KNB, te Den Haag.