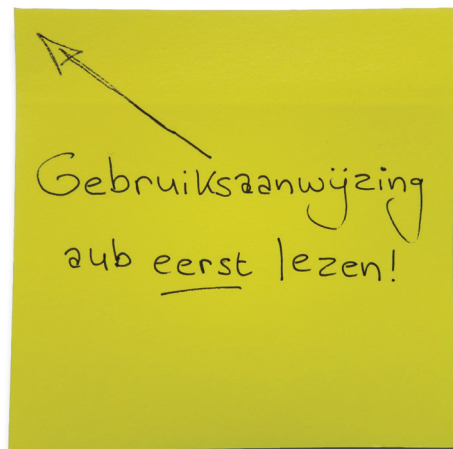


Toolkit Mediation

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



4 Introductie van mediation en definitie

4.1 Wat is mediation?

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

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

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



Mediation

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



Legal Mediation

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

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

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

Een legal mediator ondersteunt partijen actief:

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

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



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

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

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

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



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

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

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

Ury gaf in een speech op TED een andere definitie³ van het begrip mediator aan de hand van de volgende anekdote:⁴ een vader liet zijn drie zonen zeventien kamelen na. De oudste zoon had recht op de helft, de middelste op een derde, en de jongste op een negende van de kamelen. Het probleem was dat zeventien niet te delen is door twee, drie of negen zonder kamelen te halveren of over te gaan op 'deeltijdkameel'-constructies of vergelijkbare ingewikkelde afspraken, dus konden zij het niet met elkaar eens worden over de verdeling. Een wijze oude vrouw hoorde van het conflict en bood hun haar eigen, dus de achttiende, kameel aan. Daarmee konden ze het snel met elkaar eens worden: de oudste zoon kreeg negen kamelen (de helft van achttien), de middelste zoon zes (een derde van achttien) en de jongste zoon kreeg twee kamelen (een negende van achttien). Dit komt neer op in totaal zeventien kamelen, dus de wijze oude vrouw kreeg haar kameel weer terug.

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

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

4 www.ted.com/talks/william_ury.html, 4 oktober 2010.

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



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



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

4.2 Basisprincipes van mediation

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

Basisprincipes mediation:

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

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

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

- **Beslotenheid, vertrouwelijkheid en geheimhouding.**

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

- **Separate the people from the problem, oftewel op de bal laten spelen en niet op de man.**

Door inbreng van het perspectief van een derde partij kan een mediator emotionele en communicatieve aspecten van de inhoud scheiden, en zo partijen op alle niveaus tot een optimale oplossing laten komen. De basis van veel conflicten ligt op een communicatief, emotioneel niveau. Dit wordt vertaald in inhoudelijke argumenten en vervolgens vaak in formeel juridische standpunten en eisen. Doorgaans is het zo dat indien de emotionele thema's onvoldoende aan bod komen het niet mogelijk blijkt om het over de inhoudelijke of meer zakelijke thema's te gaan hebben, laat staan daarover overeenstemming te bereiken. Boosheid bijvoorbeeld of ongenoegen dat blijft terugkeren, kan voortgang in het mediationproces blokkeren (IV-4 omgaan met emoties en II-8 *blocking issues*).

- **Het gaat om de toekomst en gezamenlijke en individuele belangen van partijen.**

Het proces is gericht op de toekomst, zaken die partijen binden of die beiden onderschrijven, gezamenlijke en (achterliggende) individuele belangen (II-7) van partijen in plaats van op het verleden en starre standpunten (II-10). Zo stelt de mediator bijvoorbeeld vragen als 'Hoe moet jouw takenpakket eruitzien, wil je de functie naar behoren kunnen vervullen?' of 'Hoe moet de werkplek ingericht worden, wil je weer voor 50% aan het werk gaan?', en niet alleen vragen naar feiten of zaken die in het verleden zijn gebeurd.

- **Het gaat om eigen beslissingen en oplossingen van de betrokken partijen zelf.**

Het conflict of geschil en de verantwoordelijkheid voor de oplossing daarvan blijven tijdens een mediation bij partijen. Delegeren aan een derde (rechter, arbiter of advocaat) leidt vaak tot mentaal afstand nemen; die kans is in mediation veel kleiner omdat partijen zelf beslissen hoe ze het conflict willen oplossen en actief bij het proces betrokken worden. Omdat de mediator geen beslissing oplegt en de oplossing een afspraak is die partijen zelf maken, zijn er tevens verdergaande oplossingen mogelijk dan oplossingsmogelijkheden die binnen het juridische spectrum vallen (gelijk, ongelijk, al dan niet schadevergoeding).

De oplossingen in een mediation baseren zich op belangen van partijen (subjectieve criteria II-7) en/of objectieve criteria (III-16.1) waar beide partijen zich in kunnen vinden; in plaats van op juridische rechten, eisen en standpunten of door derden opgelegde criteria.

- **Partijen communiceren direct met elkaar en de mediator.**

Naast contact met de mediator is er direct (persoonlijk) contact tussen de partijen onderling en hun raadslieden (afhankelijk van de stijl en aanpak van de mediator kan dit meer of minder zijn: I-2.1), issues worden vanuit meerdere perspectieven bekeken.

- **Individueel vertrouwelijk gesprek tussen een partij en mediator is mogelijk in een caucus.**

De mediator kan separate gesprekken voeren met partijen en/of hun raadslieden in een zogenoemde *caucus* (II-16) en zo de werkelijke belangen en *blocking issues* (II-8) van partijen bij de mediation betrekken. Tevens kan de mediator zo met elke partij in vertrouwen opties voor de oplossing exploreren. Een mediator kan zo als het ware aan beide kanten van de onderhandelingstafel zitten.

- **Taart vergroten.**

Tijdens de mediation kunnen ook zaken worden geëxploreerd die op zich buiten het geschil staan, maar die kunnen bijdragen aan het vinden van oplossingen.

4.3 Vrijwilligheid, *law encouraged mediation* en *mandatory commitment*

Tot nog toe is aan het principe van vrijwilligheid van de keuze voor mediation star vastgehouden: als mensen, bedrijven, juridische adviseurs of organisaties niet willen, dan hoeven ze als ze een conflict of geschil hebben niet na te denken over de optie mediation. Het is de vraag of dit in het belang van de rechtzoekende is, omdat het vasthouden aan dit principe een blokkade vormt voor het daadwerkelijk gebruik van mediation en het bereiken van duurzame oplossingen. Veel rechtzoekenden zijn 'one-shotters' in de geschiloplossingsbranche en zijn afhankelijk van professionele 'repeat players' zoals de advocaten.⁵ In de praktijk blijkt dat veel advocaten terughoudend zijn om mediation aan hun cliënt aan te bevelen (I-2.8, blokkades van advocaten),⁶ ook in zaken waar mediation in het belang van de rechtzoekende zou zijn. Ook meer professionele spelers als bedrijven en managers hebben vaak weinig ervaring met mediation, maar er heerst wel vaak een negatieve beeldvorming over de 'softe aanpak' die mediation zou betekenen en er zijn andere vooroordelen. Daarnaast realiseren bedrijven zich onvoldoende wat mediation hun kan opleveren, omdat ze geen overzicht van de tijd en kosten hebben die gemoeid zijn met het oplossen van geschillen. In contrast met de negatieve beeldvorming en het gebrek aan inzicht staat de praktijk dat organisaties na een nadere kennismaking wel veel interesse tonen in mediation. Ondernemingen geven aan geïnteresseerd te zijn in alternatieven om geschillen op te lossen omdat ze niet altijd tevreden zijn met de gebruikte standaardoplossingen.⁷ In de praktijk kennismaken met mediation is van groot belang. Bedrijven die mediation eenmaal hebben beproefd, zijn overtuigd. De stichting ACB rapporteerde in haar

5 Galanter (1974) maakt in 'Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change' onderscheid tussen twee soorten van conflictgedrag: partijen die 'professioneel' conflictgedrag vertonen, de 'Repeat Player', en 'amateurgedrag', de 'One Shotter'. Kil (2007) maakt in 'Toolkit Mediation Advocacy', p. 32-33 een interessante vergelijking: de advocaat als Repeat Player en de cliënt als One Shotter.

6 Bron: marktonderzoek van de Stichting ACB in 2004. Schonewille, M.A. (2004), Winst maken bij het oplossen van geschillen. Mediation en conflictmanagement in Nederlandse ondernemingen. Den Haag: ACB Mediation. www.acbfoundation.nl.

7 Idem.

kennisbank destijds al (1998-2004) dat meer dan 90% van de bedrijven die eenmaal een mediationprocedure heeft doorlopen, zegt te overwegen die in de toekomst weer in te zetten.

Daarnaast speelt nog een ander probleem een rol. Bedrijven hebben niet altijd de vrije hand in het kiezen van de methode van geschiloplossing. Voor het initiëren van mediation of een andere ADR-methode is men immers afhankelijk van de medewerking van anderen, collega's, externe (juridische) dienstverleners en uiteraard vooral ook de wederpartij. In overleg afspreken hoe je een geschil gaat oplossen, is moeilijk met iemand met wie je al een verschil van mening hebt. Als één partij iets voorstelt, blijkt haast per definitie dat de tegenpartij het er niet mee eens is. Dit fenomeen van *reactive devaluation* (III-16.3), gecombineerd met automatismen en een gemonopoliseerde markt door rechtspraak en advocatuur, leidt ertoe dat in de praktijk weinig gebruik gemaakt wordt van alternatieven voor rechtspraak en arbitrage.

Mediation als vanzelfsprekende of verplichte eerste stap kan deze dynamiek doorbreken. Hieronder volgen wat cijfers over het gebruik van mediation. Door de gerechten worden in Nederland jaarlijks ongeveer 1,6 miljoen procedures aanhangig gemaakt,⁸ er worden daarvan door de rechter 2.893 zaken naar mediation doorverwezen, waarvan 2.399 van start gaan en 2.326 afgerond worden met een slagingspercentage van 59%. Op initiatief van partijen en/of hun juridische adviseurs vinden er naar schatting 50.000 mediations plaats.⁹ Dat komt neer op slechts 3% gebruik van mediation. Toch is dat vanuit een Europees perspectief nog relatief rooskleurig. Volgens een in juni 2010 verschenen rapport¹⁰ in het kader van een door de Europese Commissie gesponsord project, kan de toepassing van mediation worden samengevat in een paradox van twee cijfers: de ratio van gemiddeld 0,5% gebruik van mediation (aantal mediations/aantal bij de gerechten aanhangig gemaakte zaken)¹¹ steekt schril af tegen het gemiddelde slagingspercentage van 75%. Waarbij als slagingspercentage van 'vrijwillige' mediation 80% wordt aangegeven en 70% bij verplichte mediation (bijvoorbeeld na doorverwijzing door een rechter).

In Nederland is het al enige jaren mogelijk dat partijen tijdens een gerechtelijke procedure worden doorverwezen naar mediation, bijvoorbeeld op aanbeveling van de rechter (*court encouraged mediation*). Dit heeft echter nog steeds niet geleid tot een significant aantal mediationtrajecten, zeker niet in zakelijke geschillen (in 2016 werden

8 Bij de 1,6 miljoen procedures zijn een klein deel buiten beschouwing gelaten. Het betreft de bijzondere kamers, megazaken, commissies van toezicht en tuchtrecht en het werk van de rechtercommissaris strafzaken. Bron: jaarverslag van de Raad voor de rechtspraak 2016.

9 Bron: in het rapport 'De stand van mediation in Nederland' (2010) wordt het aantal mediations door NMI-mediators op 47.300 geschat.

10 'The Cost of Non ADR: Surveying and Showing the Actual Costs of Intra-Community Commercial Litigation', June 2010. Te downloaden via www.adrcenter.com/international en www.toolkitcompany.com onder de resources-tab.

11 Ook hier zijn de strafrechtprocedures buiten beschouwing gelaten, het gaat om burgerlijke en handelszaken, het soort zaken waar de Europese Mediationrichtlijn op toeziet.

158 handelsgeschillen door de rechter doorverwezen).¹² Bovendien zijn de besparingen en opbrengsten veel groter als de keuze voor mediation wordt gemaakt voordat een procedure bij een rechtbank is gestart.



Hoe kan ervoor worden gezorgd dat rechtzoekenden mediation gaan zien als een 'aantrekkelijke vanzelfsprekende eerste optie'. *Law encouraged mediation* of *mandatory commitment* om de mogelijkheden van mediation te onderzoeken, of zelfs de verplichting om een mediationssessie te proberen alvorens de gang naar de rechter te maken, lijkt een veelbelovende benaderwijze.

Daarvoor is wel een duidelijke wettelijke infrastructuur nodig die verder gaat dan de summiere aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering om te voldoen aan de Europese richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken. Ondanks de ruimte die de EU-Mediationrichtlijn de lidstaten geeft, regelt dit wetsvoorstel alleen het strikt noodzakelijke voor grensoverschrijdende mediations.

Als de wettelijke infrastructuur van mediation geregeld is, zou er tegelijkertijd een wettelijk verankerde inspanningsverplichting moeten komen om mediation als eerste stap te proberen of aantoonbaar serieus na te denken over mediation en daarbij een gefundeerde keuze voor of tegen mediation te maken, alvorens de zaak aan een rechter voor te leggen, *mandatory commitment*. Het principe van vrijwilligheid geldt dan voor de keuzevrijheid van partijen of zij een eenmaal opgestart mediationtraject willen voortzetten. Als een partij tijdens de eerste mediationbijeenkomst tot de conclusie komt dat ze met de mediation wil stoppen, dan is dat mogelijk. Partijen houden ook de vrijheid om zelf te beslissen welke oplossing ze wel of niet willen accepteren. Partijen kunnen niet worden gedwongen om een concreet resultaat van een mediation te accepteren. Zij ondertekenen de vaststellingsovereenkomst alleen als zij het met de inhoud daarvan eens zijn.

De te verwachten opbrengsten van mediation als 'aantrekkelijke vanzelfsprekende eerste optie' zijn enorm. Een paar cijfers: in het eerdergenoemde onderzoek uit 2010¹³ worden de gemiddelde tijdsduur en de kosten van een juridische procedure in een handelsgeschil voor alle landen van Europa onderling vergeleken. Analoog aan het 'doing business'-scenario¹⁴ van de Wereldbank wordt een standaardcasus¹⁵ gebruikt als referentie. De tijdsduur loopt van driekwart jaar (246 dagen in Duitsland) tot bijna vier

¹² Jaarverslag van de Raad voor de Rechtspraak 2016.

¹³ 'The Cost of Non ADR: Surveying and Showing the Actual Costs of Intra-Community Commercial Litigation', June 2010. Te downloaden via www.adrcenter.com/international en www.toolkitcompany.com onder de resources-tab.

¹⁴ De 'Doing Business Monitor' van de Wereldbank is te raadplegen op www.doingbusiness.org.

¹⁵ Goederen ter waarde van € 200.000,- worden verkocht aan een koper. De koper weigert om te betalen vanwege vermeende gebreken aan de goederen (slechte kwaliteit). De verkoper daagt de koper voor de rechter in de hoofdstad, er volgt een aantal getuigen-/deskundigenverklaringen. De rechter oordeelt 100% ten gunste van de verkoper. Er volgt geen hoger beroep. De verkoper krijgt zijn geld via een openbare verkoop van roerende goederen van de koper.

jaar (2204 dagen in Italië) en de totale kosten zijn tussen de € 6796,- (in Cyprus) en € 65.710,- (in Zweden). Nederland behoort tot de duurdere landen en bij de landen waar het traject naar verhouding vrij lang duurt: 700 dagen en € 32.000,-.

In het onderzoek is berekend dat indien mediation als eerste stap verplicht gesteld zou worden in Europa de gemiddelde besparing 224 dagen en 32% van de juridische kosten bedraagt.¹⁶

4.4 De plaats van mediation binnen het spectrum van geschilbeslechtingsmethoden, EDR/ADR-methoden en conflictmanagement



Alternative Dispute Resolution (ADR) wordt ook omschreven als *Appropriate, Adequate of Amicable Dispute Resolution*. Of soms schertsend voor advocaten: *Alarming Drop in Revenues*. In het Nederlands wordt het vertaald met *Anders Dan Rechtsgang* of *Anders Dan* (naar de) *Rechter*. Ook spreekt men van *Early of Effective Dispute Resolution (EDR)*. Ik heb er al eerder voor gepleit om naast de term ADR, in het kader van conflictmanagement het begrip EDR, *Effective Dispute Resolution*, te gebruiken.¹⁷ De kern van effectieve geschiloplossing is dat per geschil moet worden bekeken wat de beste manier is om dit geschil tussen deze betrokken partijen aan te pakken. Daaruit volgt vervolgens welke methode het beste is om tot een oplossing te komen. Dat is een wezenlijk andere benadering dan het zoeken naar een 'alternatief' voor de 'gebruikelijke' juridische wijze van conflictoplossing. Ook arbitrage of procederen (eventueel over een deelgeschil) kan een goede benadering zijn. Het gaat erom wat in een specifiek geval de beste methode is om, rekening houdend met de belangen van alle betrokkenen en de omstandigheden, tot een oplossing voor het geschil te komen. EDR gaat verder dan ADR: ADR is een *tool* die gebruikt wordt in het kader van EDR of integraal conflictmanagement. EDR is een benaderwijze van zakelijke conflicten, waarbij conflicten als een managerial vraagstuk worden gezien in plaats van als een juridisch probleem. ADR, maar ook juridische procedures, wordt daarbij als een instrument ingezet om bij het oplossen van geschillen de ondernemingsdoelstellingen te kunnen realiseren. Bij integraal conflictmanagement zijn *effective dispute resolution* en *prevention* vast ingebed in het ondernemingsbeleid, met specifieke richtlijnen, een *corporate EDR/ADR policy*, maatschappelijk verantwoord ondernemen, *corporate governance* en ingebouwde controlemechanismen (zie hieronder Inleiding hoofdstuk 7).

¹⁶ Uitgaande van een slagingspercentage van mediation van 75%, met 548 dagen als gemiddelde duur voor de juridische procedure en 87 dagen als gemiddelde duur voor het mediationtraject. Vervolgens is uitgerekend waar het *break-evenpunt* ligt: hoe laag kan het gemiddelde slagingspercentage van mediation in alle landen van Europa zijn om verplicht stellen van mediation als eerste stap nog steeds te rechtvaardigen? Om tijd te besparen ligt dat bij een slagingspercentage van 19% en om geld te besparen bij 24%. In een aantal landen zijn de cijfers nog dramatischer. In Italië wordt al tijd bespaard als slechts 4% van de mediations slaagt.

¹⁷ Eijsbouts, A.J.A.J. & M.A. Schonewille (2008), *Corporate governance, integraal conflict management en mediation*. Den Haag: Sdu Uitgevers, *Forum Conflictmanagement* 2008/03, p. 81-86. Schonewille, M.A. (2008), *Geslaagde samensmelting tussen best practices en de nieuwste inzichten uit de wetenschap. Boekbespreking Geschilafdoening in zakelijke contracten*. Den Haag: Boom Juridische uitgeverij. *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*, jrg. 12, nr. 2, p. 13-20.