

# Wat hebben de mediator en de advocaat aan elkaar?

Vaak bestaat er over en weer onbegrip bij mediators en advocaten over elkaars taakvervulling bij mediations.<sup>1</sup> Hoe is de rolverdeling? Wat is de meerwaarde van de participatie van een advocaat als partijbegeleider aan een mediation? En waarom zou een advocaat zijn cliënt mediation adviseren? John Bosnak geeft een gebruiksaanwijzing. Hij beperkt zich daarbij tot zakelijke mediations, omdat dat zijn ervaringsgebied is.

Door John Bosnak

De termen business mediation en zakelijke mediation worden vaak gebruikt zonder dat precies duidelijk is wat daarmee wordt bedoeld.<sup>2</sup> Ik tracht de begrippen eerst af te bakenen ten opzichte van andere soorten mediation, waarbij ik opmerk dat het onmogelijk is een scherp onderscheid te maken.

## Begrippen

Business mediation is een mediation tussen ondernemers (*business to business*), waarbij het vaak gaat om complexe situaties met juridische, bedrijfseconomische en financiële componenten en relatief aanzienlijke belangen. Kenmerkende aspecten van business mediation zijn dat partijen doorgaans ervaring hebben met dit soort conflicten. Zij moeten daarbij vaak beoordelen of procederen opweegt tegen het einde van een zakelijke relatie. Zij zijn vaak gelijkwaardige, ervaren onderhandelaars. Zakenpartners zijn minder geïnteresseerd in het scheppen van jurisprudentie (behalve wanneer een precedent nodig is) dan in het vinden van een oplossing. Dikwijls wordt een financiële afweging gemaakt tussen mediation en procederen.<sup>3</sup> En vaak kunnen de 'objectieve criteria' van het Harvardonderhandelingsmodel worden gevonden in handelsgebruiken. Mediation gaat over belangen. Die van de onderneming zijn winst,

continuïteit, in tijden van crisis ten minste de overhead terugverdienen en vaak: behoud van de relatie. Dat betekent in een mediation vaak: nu een veer laten tegenover straks een nieuwe opdracht.

Deze catalogus kan moeiteloos worden aangevuld met nog meer voorbeelden, maar het gaat hier meer om de smaak dan om de ingrediënten. Bovendien blijkt vaak dat mediations die zich aanvankelijk aandienen als 'zakelijk' al snel gaan over kwesties die allerminst zakelijk zijn. Die kwesties (emoties, sterke ego's, miscommunicatie, vul maar aan) zijn er dan de oorzaak van dat conflicten niet kunnen worden opgelost. Die hijsen we dan in een juridisch jasje, dat in een mediation weer moet worden uitgedaan.

## Tips

Ik geef hier vijf tips voor de mediator én de advocaat, die voor beiden nuttig kunnen zijn.

### De cliënten

De advocaat dient zijn cliënten door en door te kennen. Dit geldt zeker bij mediation, waarbij andere aspecten dan juridische een rol spelen. Advocaat, breng een bedrijfsbezoek. Ga op zoek naar de smaakmakers; wie trekt waar aan welke touwtjes? Wat zijn de specifieke aspecten bij het bedrijf die aan de

mediator en, belangrijker nog, aan de wederpartij moeten worden duidelijk gemaakt om begrip te kweken? Wie moeten er per se aan de mediatie tafel plaatsnemen, wie moeten juist op afstand worden gehouden? Tijdens de mediation vormt de advocaat een team met de mensen uit het bedrijf, spreekt van tevoren een rolverdeling af: wie gaat waarover wat zeggen?

Mediator, profiteer daarvan: je onbevangenheid en tussenpartijdigheid worden bevorderd doordat deze kwesties allemaal goed vooraf voor je zijn geregeld. Het effect is dat tijdens de mediation de functionarissen van partijen zich kunnen bezighouden met hun persoonlijke ervaringen met het conflict; de advocaat is als coach op de achtergrond aanwezig met feitelijke dossierkennis en informatie over het BAZO, de vaststellingsovereenkomst en andere juridische aspecten.

### Vorbereidende informatie

Het kan voor de advocaat zinvol zijn om van tevoren met de cliënt<sup>4</sup> de vragen door te nemen, zoals die vaak aan ieder der partijen apart worden gesteld bij eendaagse, zakelijke mediations in het kader van mediation naast rechtspraak. Die vragen zijn als volgt door mij enigszins aangepast:

- Schets in maximaal een half A4'tje wat het probleem is waar volgens cliënte



Foto: docstockmedia/shutterstock

- een oplossing voor moet komen.
- Waarover zijn partijen het eens en waarover niet?
- Zijn er ook kwesties die tussen partijen spelen die volgens cliënte buiten de mediation gehouden moeten worden?
- Zijn er verzekeringen in het spel?
- Als gedacht wordt aan een oplossing, welke drie belangrijke elementen zouden daarin voor cliënte in ieder geval aanwezig moeten zijn?
- In vervolg op de vorige vraag: welke drie elementen zouden voor de ander het meest belangrijk zijn?

Voor de mediator is het van belang om hiervan vooraf (uiteraard van beide zijden) kennis te nemen; dat geeft een algemene indruk zonder de tussenpartijdigheid te schaden.

Overleg vooraf over de procedure  
Het is niet ongebruikelijk dat de mediator een regie *conference call* belegt met de advocaten. Maar ook zij kunnen (of een van hen kan) daartoe het initiatief nemen. In zo'n gesprek kan aan de orde worden gesteld of de mediator vooraf een dossier wil ontvangen met een beknopte uiteenzetting van de standpunten van partijen en een tot een minimum beperkte selectie van zeer wezenlijke documenten. Bij zakelijke mediations hebben mediators daar wel eens behoefte aan, maar beslist niet aan vuistdikke procesdossiers! Een goede lakmoesproef voor de coöperatieve instelling van de advocaten kan zijn om zo'n dossier gezamenlijk te maken: eerst een opstelling van de punten waar partijen het over eens zijn, dan de geschilpunten. De advocaat moet vooraf met de cliënte

besproken hebben of men behoefte heeft aan een apart intakegesprek. Zo ja, dan moet dat onder de aandacht worden gebracht van de mediator en de advocaat van de wederpartij.

#### Mandaat

Zowel mediator als advocaat hebben er belang bij dat het goed zit met de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan tafel. Ook hier kan de advocaat het voortouw nemen. Moet er op wezenlijke punten toestemming komen van hogere organen, zorg dan voor een soepele procedure daarvoor, bied aan dat de desbetreffende functionarissen een geheimhoudingsverklaring zullen tekenen.

En nog een tip, specifiek voor advocaten: praat alleen in algemene termen over de hoogte van de volmacht, beperk je ertoe

te melden dat deze ruim voldoende is om vruchtbaar te kunnen onderhandelen. Voorkom daarmee dat je al voordat de onderhandelingsfase is begonnen informatie prijsgeeft over je onderhandelingsruimte, wat in het onderhandelingsjargon *anchoring* heet.

#### Juridische aspecten

Houd de wetgeving in de gaten: binnenkort hebben wij een nieuwe mediationwet met daarin, zoals bij alle nieuwe wetgeving, interessante juridische uitdagingen.

#### Nut van en voor de advocaat

En nu terug naar de wederzijdse vraag: wat is het nut van de advocaat in mediation, wat is het nut voor de advocaat van mediation? Vanuit de mediator gezien ontslaat de aanwezigheid van advocaten hem van de zorg voor de machtsbalans en de verplichting partijen erop te wijzen dat zij zich juridisch moeten laten informeren voordat zij de vaststellingsovereenkomst tekenen. Daarnaast kan de inbreng van advocaten bijdragen tot betere structurering van het proces zoals hiervoor omschreven. De mediator kan zich dan vrijelijk bezighouden met zijn *core business*: partijen begeleiden naar een oplossing. Voor de advocaat ligt hier de uitdaging om een vooroordeel uit de weg te

ruimen. De algemene perceptie is immers dat het inschakelen van een advocaat betekent: ruzie en juridisering. Toon aan dat dat een misvatting is. De taak van de moderne advocaat is: samen met cliënten te werken aan een oplossing van hun probleem, nadat een zorgvuldige analyse is gemaakt van de weg daar naartoe. Als eenmaal de keuze is gemaakt voor mediation, dan kun je als partijbegeleider evenveel meerwaarde voor je cliënten leveren als in de juridische procedure. Dat vergt een andere attitude. Niet de mediator moet worden overtuigd (die beslist immers niet), maar de wederpartij. Daarvoor moet je niet alleen een scherp jurist, maar ook een goede diplomaat zijn. Wanneer de advocaat bijdraagt aan een geslaagde mediation dan betekent dat een tevreden cliënt. Zijn advocaat heeft hem tijd, geld en ergernis bespaard. Traditioneel geeft de advocaat (in de perceptie van de cliënt) vorm aan het geschil; bij een geslaagde mediation draagt hij bij aan de oplossing.

#### Conclusie

In tegenstelling tot het familierecht, het arbeidsrecht en het bestuursrecht is business mediation in Nederland nog onvoldoende van de grond gekomen.<sup>5</sup> Er moet nog veel terrein worden ontgonnen. Samenwerking tussen betrokkenen kan daarbij behulpzaam zijn. Hier past

thus de oproep: mediators en advocaten die affiniteit hebben met de zakelijke mediationmarkt: verenigt u!

#### Noten

- 1 Waar hier geschreven wordt over advocaten kan ook worden gelezen: andere partijbegeleiders met een juridische achtergrond. Mijn ervaring leert dat bij complexe zakelijke geschillen met grote belangen meestal advocaten, al of niet op de achtergrond, een rol spelen. Voor een algemeen overzicht van de taak van de advocaat bij mediation zie Schutte en Spierdijk, *De advocaat in mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, en de daarin op p. 109 vermelde overige literatuur.
- 2 Een goed overzicht is te vinden in Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, par. 15.7.
- 3 Zie voor een berekeningsinstrument op [imimediation.org/ole](http://imimediation.org/ole).
- 4 Bij business mediation zijn meestal rechtspersonen betrokken. Vandaar de vrouwelijke vorm.
- 5 Slechts 8% van het totaal, aldus het Stratus-onderzoek *De stand van mediation in Nederland* van 17 november 2011, p. 11.



#### Over de auteur

John Bosnak was 38 jaar advocaat en is sinds 17 jaar MfN ((register) mediator in een commerciële praktijk. Hij houdt zich namens de MfN bezig met de wetsontwerpen inzake mediation. Hij is hoofddocent ADR bij de opleiding van de NOvA. Hij was vele malen jurylid en mediator bij de door het ICC georganiseerde Commercial Mediation Competitions.



## Cursusoverzicht

# Mediation

Basiscursus

### **Juridische aspecten van mediation - NIEUW**

Woensdag 4 juni 2014 • Hotel Breukelen

PO-punten: 5 MfN categorie 2

Specialisatiecursus

### **Conflict en emoties bij mediation**

#### **Emoties in conflict**

Dinsdag 14 oktober 2014 • Hotel Breukelen

Punten: 6 NOvA beroepsvaardigheden, 6 MfN categorie 1

Masterclass

### **Mediation en moeilijke mensen**

#### **Hoe houdt u het overzicht?**

Dinsdag 21 oktober 2014 • Hotel Breukelen

Punten: 6 NOvA beroepsvaardigheden, 6 MfN categorie 1

Verdiepingscursus

### **Communiceren met kinderen bij scheiding**

Dinsdag 4 november 2014 • Hotel Breukelen

Punten: 4 NOvA beroepsvaardigheden categorie 2, 4 VMSN

Verdiepingscursus

### **De advocaat in mediation - NIEUW**

Dinsdag 18 november 2014 • Hotel Breukelen

Punten: 4 NOvA, 4 MfN categorie 2

Met gratis  
exemplaar van  
het boek  
'Advocaat in  
mediation'

Een overzicht van alle cursussen? Neem een kijkje op onze website:

**[www.sdujuridischeopleidingen.nl](http://www.sdujuridischeopleidingen.nl)**