

Mediation en de rol van de mediator

Caroline Kloppers

Hoewel iedere advocaat bekend is met mediation, is het niet altijd even duidelijk wanneer mediation een goed alternatief kan zijn om een geschil op te lossen. De redactie van het Baliebulletin interviewde mr. drs. Caroline Kloppers over de 'ins en outs' van mediation. Caroline is partner bij BBKWmediation. Caroline is in haar rol als ervaren business mediator betrokken bij conflicten in de zakelijke markt. Dit zijn onder andere arbeidsgeschillen, samenwerkingsgeschillen, aandeelhoudersgeschillen (via de Ondernemingskamer) en bouwgeschillen.

Mediation is een vorm van conflictbemiddeling: de bemiddelaar (mediator) brengt partijen weer met elkaar in gesprek. Het doel is dat partijen zelf tot een oplossing voor hun conflict(en) komen. De mediator beschikt over diverse interventiemethoden en (Harvard) onderhandelings technieken om partijen daarbij te ondersteunen. De ervaringen onder advocaten met mediation zijn divers en zijn sterk afhankelijk van het rechtsgebied waarin men actief is. Volgens Caroline blijkt uit onderzoek dat advocaten die weten wat mediation inhoudt en er (enige) ervaring mee hebben, positiever staan tegenover mediation dan wanneer men er onbekend mee is. Volgens Caroline geldt: "Bekend maakt bemind."

Waarom kiezen voor mediation?

Op de vraag wanneer mediation mogelijk is antwoordt Caroline dat mediation breed toepasbaar is: "Mediation kan (bijna) altijd ingezet worden. Zelfs als een procedure al heel lang loopt, hoeft dat niet te betekenen dat mediation geen optie meer is."

Ook als er al geprocedeerd wordt, kan mediation dus een uitkomst bieden. Het is niet alleen sneller en goedkoper dan doorprocederen maar partijen zijn bovendien niet afhankelijk van een onzekere uitkomst in de vorm van een rechterlijke beslissing. "Partijen staan in mediation zelf aan het roer, zij bepalen zelf de oplossing. En zo komen partijen tot duurzame oplossingen die standhouden op de lange termijn, win-win in plaats van win-loose dus."

Wanneer partijen behoefte aan hebben aan een vertrouwelijke behandeling (in plaats van een openbare rechtsgang) kan mediation ook uitkomst bieden. Caroline; "Denk aan thematiek, die je liever niet op straat (of bij je concurrent) hebt liggen, zoals cijfers, technische informatie, klantinformatie, bepaalde technische procedures en de achtergronden van het een of het ander." Ook wanneer er meer speelt dan de enkele rechtsvraag die in een procedure aan de orde is of kan worden gesteld kan mediation een waardevolle oplossingsroute bieden, denk aan commerciële belangen die vaak ook andere dan enkel juridische oplossingen vergen.

Sinds maart van dit jaar geldt er (opnieuw) een Stimuleringsregeling voor twijfelaars. Als de rechter de zaak doorverwijst naar mediation vergoedt de Raad voor Rechtsbijstand de eerste 2,5 uur van de mediation. Het is niet zo dat met zo'n regeling een stormloop op mediation is ontstaan, maar er wordt wel een eerste drempel weggenomen om het toch te proberen. En in de praktijk

blijkt dat dat zetje helpt: geschillen blijken toch duurzaam opgelost te kunnen worden.

En zijn er open eindjes die een rechterlijke beslissing vergen: artikel 96 Rv biedt die mogelijkheid. Caroline: "Het is mogelijk om als sluitstuk van een bijna geslaagde mediation de rechter te vragen over een deelvraag of een laatst overgebleven juridisch struikelblok een beslissing te vragen. Dit moet dan door beide partijen samen worden verzocht."

Contra-indicaties

Er zijn ook situaties waarin mediation geen oplossing kan bieden: Wanneer een rechterlijke uitspraak nodig is (precedentwerking), wanneer er eerder zonder succes gemediate is en er geen veranderde omstandigheden zijn, wanneer er geen enkele onderhandelingsruimte is of wanneer er bij partijen geen enkele bereidheid is om met elkaar in gesprek te gaan.

"Mediation vergt van beide partijen echt een inspanningsverplichting. Er moet bij alle partijen de oprechte bereidheid zijn het conflict op te lossen." Caroline: "Ontbreekt die bereidheid, dan kan ik als mediator van alles uit de kast halen, maar komt er geen, geen echte beweging in het gesprek en geen oplossing."

De mate van escalatie van een conflict is ook van belang. "Volgens de (aflopende) escalatieladder van Friedrich Glas kent een conflict 9 stadia van escalatie. Zijn partijen in één van de laatste stadia beland (extreme escalatie), dan is het niet meer mogelijk om met mediation het conflict op te lossen."

Caroline: "In de vertrouwelijke voorgesprekken die ik in de eerste fase van een mediation met partijen (en hun adviseur) heb, en dus voorafgaand aan de gezamenlijke gesprekken, toets ik zorgvuldig deze contra indicaties. Is er onvoldoende commitment bij een van of beide partijen of is de situatie te ver geëscaleerd, dan ga ik niet verder. Dat brengt partijen dan niets."

Caroline voegt nog toe: "En vergis je niet, ook al wordt er al geprocedeerd, zelfs in hoger beroep, de mate van escalatie kan toch dusdanig zijn, dat mediation nog steeds wel een optie is!"

Een goede mediator

Een goede mediator is steeds onafhankelijk en onpartijdig en heeft

het vertrouwen van alle betrokken partijen. Dat vraagt om een voortdurende alertheid van de mediator, niet alleen in woorden, maar ook in gedragingen. Je hebt en houdt de regie op het mediationproces, zo vertelt Caroline, maar je gaat als mediator niet over de inhoud. "Het is met andere woorden niet aan de mediator om te bepalen wie gelijk heeft of wat een goede oplossing voor partijen zou zijn. Als mediator ondersteun je alle partijen om te onderzoeken wat voor hen van belang is en hoe ze daar samen een hen allen passende oplossing voor kunnen vinden."

"Het is niet per se noodzakelijk dat een mediator een juridische achtergrond heeft", aldus Caroline. Wel beaamt Caroline dat het handig is dat zij zelf advocaat is geweest: "Ik spreek de taal, ken de juridische kaders en weet ook wat procederen is."

Belangrijk is dat de mediator een grote mate van nieuwsgierigheid aan de dag legt, aldus Caroline, "Waar gaat het eigenlijk over?" Caroline: "Vaak gaat het in het conflict om andere dingen dan waar het om lijkt te gaan. Het juridisch conflict is zichtbaar. Veelal spelen zaken zoals miscommunicatie, gebrek aan erkenning, (financiële) zorgen, continuïteit van een organisatie een veel grotere, maar onderbelichte rol in het conflict. Een goede mediator weet het conflict zo te 'af te pellen' dat deze aspecten naar boven komen. Daar heeft de mediator voor doorgeleerd." Deze aspecten komen niet boven water in een procedure. Caroline: "In mediation is er juist ook aandacht voor die onderliggende wensen, zorgen en behoeften. En wanneer partijen die van elkaar kennen, blijkt het ook mogelijk om tot afspraken te komen die voor beiden opleveren, een win-win dus."

Een goede mediator houdt bovendien de regie op het proces, denk aan de planning van gesprekken, het bewaken van de voortgang, de afstemming met partijen over bijvoorbeeld de vraag wie sluit aan, wie speelt op achtergrond een rol etc. Caroline en haar collega BBKW-mediators zijn MfN-registermediator. MfN-registratie is een kwaliteitskeurmerk, vergt permanente opleiding en intervisie, en kent een klacht- en tuchtrecht-regeling voor bij MfN aangesloten mediators. En dat is alle van belang voor de kwaliteit van mediation en de mediator.

De rol van de advocaat

Vaak wordt gedacht dat de rol van de advocaat tijdens de mediation ondergeschikt is, maar dat is niet zo. Volgens Caroline is de advocaat van grote toegevoegde waarde in het mediationproces. Gedurende de mediation behoudt de advocaat zijn of haar rol als vertrouwenspersoon en adviseur van zijn/haar cliënt. De advocaat kan (vooraf) uitleg geven over mediation en adviseren of mediation een passende oplossingsroute biedt. Ook ten aanzien van de keuze welke concrete mediator een geschikte mediator zou kunnen zijn kan een advocaat ondersteunen: MfN-registratie, inhoudsdeskundigheid, achtergrond, ervaringen van collega's?

Caroline; "Advocaten kunnen hun cliënt voorbereiden op de mediation gesprekken, door hen al eens te laten nadenken over hun

achterliggende belangen en behoeften. En misschien ook al wel over de mogelijke belangen en behoeften van de ander."

Advocaten kunnen vanuit hun specifieke rol aansluiten aan de mediatie tafel, hun rol op de achtergrond vervullen of een combinatie van beide. Caroline vertelt "Advocaten hebben in de praktijk bij aanvang van de mediation vaak een rol meer op de achtergrond en later in het mediationtraject een meer prominente rol, namelijk op het moment dat de onderhandelingen gevoerd gaan worden en gemaakte afspraken juridisch vastgelegd moeten gaan worden."

Caroline: "Er is dus een belangrijke rol weggelegd voor de advocaat. Mediation is niet meer weg te denken uit de wereld van conflictoplossing. Niet voor niets wordt er in de opleiding voor advocaat-stagiaires ook uitgebreid aandacht besteed aan mediation. "

