

Deel I. Algemeen

1 Inleiding

Zakelijke mediation is met een enorme opmars bezig in moderne geschillenbeslechting. Door de globalisering van onze economie neemt de complexiteit van conflicten toe, wat nog verder wordt versterkt door een steeds breder wordend palet van belanghebbenden en een toename van het aantal juridische geschillen. Gezien deze toename van complexiteit en aantallen geschillen, is het niet vreemd dat procederen niet langer als de enige en beste optie wordt gezien. Veel bedrijven hebben interne richtlijnen die erop gericht zijn conflicten te de-escaleren en minnelijke oplossingen te zoeken. Advocaten zijn zelfs in veel jurisdicties verplicht te pogen een geschil te schikken voordat ze naar de rechter stappen. Daarbij wordt echter nog te weinig gebruikgemaakt van mediation.

Om het beste resultaat voor een interne of externe cliënt te behalen is het niet alleen raadzaam, maar zelfs essentieel om ook mediation als strategie in te zetten.

Mediation biedt verschillende voordelen in vergelijking met procederen: geschillen worden in een vroeg stadium opgelost, de vertrouwelijkheid van de gesprekken blijft gewaarborgd en, het allerbelangrijkste, waardevolle zakelijke relaties blijven intact. De sleutel is daarbij de aanwezigheid van een onafhankelijke derde die dit proces begeleidt en de mogelijkheid heeft met ieder van de partijen afzonderlijk te spreken. Dit creëert een dynamiek waarin partijen samen effectiever tot een oplossing kunnen komen. Mediation kan behulpzaam zijn bij een breed palet aan (dreigende) geschillen: van interne conflicten en complexe onderhandelingen tot massaclaims. Mediation is echter niet in alle gevallen de optimale strategie. Wat in een specifieke casus de meest efficiënte oplossing is, kan alleen worden bepaald met een genuanceerde blik, een grondige analyse en professionele kennis van zaken. Het succes van een mediation valt of staat bovendien met de betrokken mediator en de wijze waarop partijen en hun juridisch adviseurs deelnemen en zich hebben voorbereid.

Mediation advocacy (of advisory) gaat verder dan alleen vertegenwoordiging in rechte: het draait om de kennis en kunde om de interne of externe cliënt strategisch door elke fase van het mediationproces te begeleiden. Deze vaardigheid vergt niet alleen juridische expertise, maar ook een goed begrip van de mediationdynamiek om het gunstigste resultaat te behalen.

Dit boek is specifiek geschreven voor bedrijfsjuristen en advocaten en vormt uw praktische gereedschapskist om mediation advocacy optimaal in te zetten. Of u nu een interne of externe cliënt vertegenwoordigt en met of zonder mediator onderhandelingen voert, deze publicatie zal van onschatbare waarde blijken. U vindt hier handige checklists, bewezen modellen en essentiële inzichten om weloverwogen beslissingen te kunnen nemen, de meest geschikte beslechtingsmethode te kiezen en uw cliënt op doeltreffende wijze in het

gehele mediation- of onderhandelingsproces bij te staan. De nadruk ligt hierbij op procesmanagement, zodat u goed voorbereid bent om het beste resultaat voor uw cliënten te behalen.

Deze gids bevat allerlei strategieën en technieken om uw mediationvaardigheden als juridisch adviseur of advocaat verder te verbeteren. Of u nu nieuwkomer bent in de wereld van mediation of uw praktijk naar een hoger niveau wilt tillen, deze publicatie bevat onmisbare materie voor iedereen die de nuances van mediation advocacy wil doorgronden en gaat voor excellente dienstverlening aan interne of externe cliënten.

Wij willen graag onze dank uitspreken aan Stéphanie Schouten voor haar uitstekende vertaling naar het Nederlands van het oorspronkelijk Engelse manuscript van dit boek en haar goede suggesties.

Dank je wel, Stéphanie, voor je toewijding en inzet. Jouw bijdrage heeft dit project naar een hoger niveau getild en ervoor gezorgd dat we de deadline toch nog hebben gehaald.

2 Definities en regelgevend kader

2.1 Alternatieve of passende geschillenbeslechting (ADR)

ADR (Alternative/Appropriate Dispute Resolution) is de algemene term voor methodes om een geschil buiten rechte in der minne op te lossen. Daarbij hebben partijen verregaande inspraak op de manier waarop het geschil wordt afgehandeld en kunnen zij vaak ook zelf op de uiteindelijke oplossing aansturen. Hierbij valt te denken aan onderhandelingen, ombudsmannen, geschillencommissies, conciliation-initiatieven² en mediation. Soms wordt ook arbitrage tot ADR gerekend.³ Voor deze publicatie valt arbitrage, net als procesvoering, niet onder de ADR-definitie, omdat een derde de uitkomst bepaalt en niet de betrokkenen zelf.

Alternatieve geschillenbeslechtingsmethodes hebben een lange geschiedenis in Europa, bijvoorbeeld in de vorm van bindend advies of verschillende vormen van bemiddeling. Deze traditionelere methodes hebben aanvankelijk vanuit de Verenigde Staten een nieuwe impuls gekregen door nieuwe ontwikkelingen, waaronder ook mediation. In de EU is Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken⁴ (de 'Mediationrichtlijn') van toepassing op grensoverschrijdende civielrechtelijke

2 Internationaal wordt in de regel het begrip *conciliation* gebruikt voor bemiddelingen onder leiding van een facilitator. Conciliation is vergelijkbaar met wat in Nederland onder bemiddeling verstaan wordt, maar dekt de lading niet altijd volledig. Daarnaast kan het tot verwarring leiden omdat in België het woord 'bemiddeling' gebruikt wordt om mediation aan te duiden.

3 In de VS wordt arbitrage als onderdeel van ADR gezien (alles buiten de rechter om).

4 Richtlijn 2008/52/EG, *PbEU* 2008, L 136/3. In Nederland geïmplementeerd middels de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, 15 november 2012, *Stb.* 2012, 570. Deze is beperkt tot grensoverschrijdende geschillen.

geschillen, waaronder familierechtelijke en handelszaken. Deze richtlijn heeft tot doel de toegang tot alternatieve geschillenbeslechtsmechanismes te vergemakkelijken en de minnelijke schikking van geschillen te bevorderen, waarbij het gebruik van mediation wordt aangemoedigd, onder meer door een voorspelbaar juridisch kader te bieden. De Mediationrichtlijn is van toepassing indien ten minste een van de partijen haar woonplaats heeft in een Europese lidstaat.⁵ In de meeste lidstaten⁶ heeft de richtlijn tot wetgeving geleid, zowel voor grensoverschrijdende zaken als geschillen binnen de eigen grenzen. Er bestaan tussen de lidstaten echter grote verschillen in deze wetgeving.

Naast de Mediationrichtlijn is voor consumenten ook relevant Richtlijn 2013/11/EU betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen.⁷ Deze voorziet in een buitengerechtelijke oplossing voor consumentengeschillen over goederen en diensten die van ondernemers op de interne Europese markt zijn gekocht. Samen met Verordening 524/2013/EU betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen vormen zij het regelgevend kader op EU-niveau voor alternatieve geschillenbeslechting.⁸

2.2 Mediation

Mediation is onderdeel van buitengerechtelijke geschillenbeslechting (oftewel ADR) en biedt een gestructureerd en vertrouwelijk proces voor het oplossen van een conflict. Dit gebeurt onder leiding van een professionele derde, die neutraal en onpartijdig is, of beter als 'omnipartijdig' omschreven kan worden, omdat geen enkele mediator (of wie dan ook) volledig neutraal is en de mediator zorgdraagt voor de belangen van alle partijen. De mediator legt geen (juridische) beslissing op. Partijen houden zelf de regie in handen over de oplossing en het proces. In de meeste rechtsgebieden, waaronder Nederland, is partijautonomie het belangrijkste leidende beginsel voor mediation. Het resultaat van de onderhandelingen wordt in de regel in een vaststellingsovereenkomst neergelegd, die juridisch bindend en afdwingbaar is.

2.3 Mediation advocate of advisor

Een mediation advocate of advisor is iemand die in het mediationtraject één partij vertegenwoordigt en ondersteunt. Dit kunnen (bedrijfs)juristen of advocaten zijn, maar dat

⁵ Denemarken is hiervan uitgesloten.

⁶ In Nederland is nog geen mediationwetgeving voor civiele en handelsgeschillen. Zie voetnoot 6 hiervoor.

⁷ Richtlijn 2013/11/EU betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG ('Richtlijn ADR consumenten') d.d. 21 mei 2013, PbEU 2013, L 165/63.

⁸ Zie overweging 12 Richtlijn ADR consumenten: 'Verordening (EU) nr. 524/2013 voorziet in de oprichting van een platform voor onlinegeschillenbeslechting (online dispute resolution – ODR) dat consumenten en ondernemers één enkel toegangspunt voor de buitengerechtelijke beslechting van onlinegeschillen biedt, door middel van ADR-entiteiten die bij het platform zijn aangesloten en ADR door middel van kwaliteitsvolle ADR-procedures aanbieden. De beschikbaarheid van kwaliteitsvolle ADR-entiteiten in heel de Unie is derhalve een essentiële voorwaarde voor de goede werking van het ODR-platform.'

hoeft in de meeste landen niet, omdat mediation een buitengerechtelijk proces is. Er zijn echter wel landen waar alleen advocaten cliënten mogen of zelfs moeten begeleiden in mediation, zoals in Italië, Griekenland en Argentinië.

In veel landen, waaronder Nederland, is 'advocaat' (en de equivalenten daarvan in andere talen) een beschermde titel die aangeeft dat de betreffende persoon daartoe is opgeleid; wie deze kwalificaties niet heeft behaald en niet voldoet aan de geldende ethische normen en gedragsregels, mag ook de titel 'mediation advocate' niet voeren. Die kan dan de term 'mediation advisor' gebruiken. In sommige landen is die connotatie er echter niet. Welke aanduiding internationaal wordt gebruikt, is dan ook grotendeels afhankelijk van de specifieke jurisdictie.

Voor deze publicatie volgen wij de aanbeveling van de Mediation Advocacy Taskforce van het International Mediation Institute (IMI) en gebruiken wij de Nederlandse nomenclatuur, waarbij onder mediation advocate wordt verstaan een advocaat die een cliënt bijstaat in mediation. Mediation advisor wordt gebruikt voor ieder ander die een partij bij mediation ondersteunt.⁹ Vanwege de leesbaarheid gebruiken wij in dit boek de term 'mediation advocate' om zowel de mediation advocate als de mediation advisor aan te duiden.

3 Algemene inleiding tot het mediationproces: fases in vogelvucht

Mediation is per definitie een op maat gemaakt proces dat aansluit bij de specifieke behoeftes van de betrokken partijen. Het proces volgt echter ook een bepaalde structuur en behelst meer dan alleen 'een goed gesprek waarbij mediationstechnieken worden toegepast'. Bij mediation worden over het algemeen de volgende zeven fases doorlopen die kort samengevat de volgende elementen behelzen:

1. Pre-mediationfase

- Beoordeling van geschiktheid en strategie: beoordelen of mediation geschikt is voor het conflict en een strategie bepalen.
- Overleg met andere partij: bespreking(en) met de andere partij om overeenstemming te bereiken over mediation.
- Selecteren en vinden van een mediator: een geschikte mediator kiezen en benaderen.
- Overleg/briefing mediator: de mediator informeren over de zaak en verwachtingen bespreken.

⁹ IMI, *Competency Criteria for Mediation Advocates and Advisors*, te vinden via <https://imimediation.org/orgs/competency-criteria-mediation-advocates-advisors/> (laatst geraadpleegd op 2 december 2024).

- Administratieve aspecten: regelen van praktische zaken, zoals locatie en tijd.
- Juridische aspecten: juridische voorbereidingen treffen, zoals de mediation-overeenkomst, en relevante documenten verzamelen.

Idealiter zijn een aantal van deze elementen vooraf afgestemd in een tussen partijen gesloten contract via een helder geformuleerde mediationclausule voordat het conflict is ontstaan.

2. Openingsfase

- Introductie door de mediator: de mediator legt de regels, mogelijkheden en rollen uit.
- Openingsverklaringen: partijen en/of hun mediation advocates geven hun openingsverklaringen.
- Inventarisatie van conflictpunten en de belangen die een rol spelen: een eerste overzicht van de conflictpunten, een eerste kennismaking met mogelijk onderliggende belangen van partijen en inventarisatie van alle overige relevante betrokkenen.

3. Exploratiefase

- Verkenning van belangen: de mediator helpt bij het identificeren en begrijpen van de onderliggende belangen, zorgen, behoeftes en motivaties van alle betrokkenen.

4. Optiefase

- Genereren van opties: verschillende mogelijke oplossingen bedenken die voldoen aan de belangen, zorgen, behoeftes en motivaties van alle betrokkenen.
- Inventariseren objectieve criteria: van welke objectieve maatstaven kunnen partijen gebruikmaken om de opties te beoordelen?

5. Onderhandelingsfase

- Onderhandelingen: besprekingen tussen de partijen om tot een overeenkomst te komen.

6. Afsluitende fase

- Opstellen overeenkomst: de gemaakte afspraken schriftelijk vastleggen en ondertekenen.

7. Implementatiefase

- Implementatie van de overeenkomst: de uiteindelijke uitvoering van de afspraken zoals vastgelegd in de overeenkomst.

Deze fases hoeven niet per se serieel op elkaar aan te sluiten en kunnen verschillen qua tijdsduur. In het vervolg van dit boek zullen wij dieper ingaan op de specifieke kenmerken van de verschillende fases.