
Mediation

Mr. P.C. Schonewille-van Diest

Eerste druk



Mediation

Mr. P.C. Schonewille-van Diest

Eerste druk

Noordhoff Uitgevers Groningen | Houten

Ontwerp omslag: G2K (Groningen-Amsterdam)

Omslagillustratie: iStock

Eventuele op- en aanmerkingen over deze of andere uitgaven kunt u richten aan:
Noordhoff Uitgevers bv, Afdeling Hoger Onderwijs, Antwoordnummer 13, 9700 VB
Groningen, e-mail: info@noordhoff.nl

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die desondanks onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden auteur(s), redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich aanbevolen.



0 / 17

© 2017 Noordhoff Uitgevers bv Groningen/Houten, The Netherlands.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van reprografische veeleelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor verschuldigde vergoedingen te voldoen aan Stichting Reprorecht (postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

ISBN (ebook) 978-90-01-85663-2

ISBN 978-90-01-83697-9

NUR 820

Woord vooraf

Wie vijftien jaar geleden vertelde dat hij naar de mediator ging om zijn scheiding te regelen werd vaak een beetje raar aangekeken, want onbekend maakte onbemind. Tegenwoordig verwijst het Juridisch Loket door naar de scheidingsmediator, hebben overheidsinstanties mediators in hun personeelsbestand en zien bedrijven de (financiële) voordelen van een mediationstraject ten opzichte van een puur juridische ontslagprocedure.

Mediation wordt steeds belangrijker en 'gewoner' in onze maatschappij. Als methode om conflicten op te lossen of juist te voorkomen, als alternatief voor het inschakelen van de rechter of als oplossing voor het eindeloos laten voortduren van burenruzies. Dat is de reden waarom het vak Mediation steeds vaker wordt opgenomen in het curriculum van juridische of juridisch-gerelateerde opleidingen.

Bij het maken van dit boek heb ik geput uit mijn ervaringen als mediator én docent Mediation op het hbo. Ik merkte dat het vak Mediation voor studenten nogal abstract kan zijn en moeilijk te plaatsen. Zeker na Gespreksvaardigheden en andere vaardighedenvakken waarin van hen actief oplosend vermogen wordt verwacht, kan het vak Mediation met als kern 'partijen moeten het zelf doen' en 'de mediator faciliteert' verwarrend zijn.

Daarom heb ik geprobeerd *Mediation* zo praktisch mogelijk te maken, onder andere door het boek in deze uitgebreide inleiding zo duidelijk mogelijk in de grondverf te zetten. Aan de docent met praktijkkennis de taak om samen met de studenten de studiestof te verlevendigen.

Dit boek is zeer geschikt voor studenten die kennismaken met het vak Mediation. Of zij nu in de sociaal-juridische dienstverlening terechtkomen, als juridisch adviseur gaan werken of op een andere manier in een (semi-) juridisch beroep terechtkomen: als hbo-jurist krijgen deze professionals te maken met mensen in conflictsituaties. Voor hen is belangrijk dat zij straks als professionals weten wat mediation is en hoe het werkt in de praktijk. Dit boek geeft hen de handvatten om te adviseren en/of te verwijzen, omdat zij de kern van mediation hebben leren kennen en leren toepassen op praktijk-situaties.

Helaas was het wetgevingstraject bij het afronden van dit boek nog niet ver genoeg gevorderd om een concreet hoofdstuk aan de Mediationwet te wijden, dus dat houden we tegoed voor een volgende druk.

Pauline Schonewille
Deventer, februari 2017

Inhoud

Inleiding 7

1 Wat is mediation? 13

- 1.1 Definitie 15
- 1.2 Ontstaan van mediation 16
- 1.3 Mediation in Nederland 16
- 1.4 Mediation in het kort 18
- 1.5 Kenmerken van mediation 20
- 1.6 Mediation in de schaduw van het recht 24
- 1.7 Het juridische kader van mediation 24
Vragen 27

2 Mediation en conflict 29

- 2.1 Wat is een conflict? 30
- 2.2 Escalatieladder van Glasl 31
- 2.3 Conflictanalyse 33
- 2.4 Voor- en nadelen van een conflict 34
- 2.5 Voorbeelden van conflicten en mediation in verschillende rechtsgebieden 35
Vragen 43

3 Mediation in de praktijk 45

- 3.1 Waarom wordt mediation steeds vaker ingezet? 46
- 3.2 Wanneer wordt mediation toegepast? 47
- 3.3 Slagingskans van mediation 50
- 3.4 Mediation en andere vormen van conflictoplossing 55
- 3.5 Een mediator inschakelen 56
Vragen 58

4 De mediator 61

- 4.1 Wat is een mediator? 62
- 4.2 Het beroep van mediator in Nederland 63
- 4.3 Mediatorsfederatie Nederland 63
- 4.4 Basisbeginselen voor de mediator 64
- 4.5 Taken van de mediator 67
- 4.6 De persoon van de mediator 70
- 4.7 Beroepshouding 70
- 4.8 Mediationstijlen 71
Vragen 75

5 Mediationvaardigheden 77

- 5.1 Algemene vaardigheden 78
- 5.2 Belang van communicatie in mediation 79

5.3	Conflictstijlen	82
5.4	Gesprekstechnieken	83
5.5	Interventies toepassen	85
5.6	Onderhandelen	92
	Vragen	97
6	Het mediationproces	99
6.1	Deelnemers	100
6.2	Fasen van het mediationproces	104
6.3	Juridische aspecten van mediation	115
6.4	Tussentijdse verslagen	121
	Vragen	123
7	De mediationovereenkomst	125
7.1	Wat is een mediationovereenkomst?	126
7.2	Onderwerpen in de mediationovereenkomst	128
7.3	Vorm van de mediationovereenkomst	130
7.4	Verplichtingen voor de mediator	131
	Vragen	133
8	Vaststellingsovereenkomst	135
8.1	Wettelijke definitie	136
8.2	Onderwerpen	137
8.3	Opsteller van de vaststellingsovereenkomst	140
8.4	Ondertekening	141
8.5	Afwijken van dwingend recht	141
8.6	Executoriale titel	142
8.7	Overheid als partij bij de vaststellingsovereenkomst	143
	Vragen	144
	Modellen en reglementen	145
	Bijlage 1 Model Mediationovereenkomst	147
	Bijlage 2 Mediationreglement	151
	Bijlage 3 Toelichting op Mediationreglement	157
	Bijlage 4 Gedragsregels	160
	Bijlage 5 Model Geheimhoudingsverklaring	166
	Bijlage 6 Model Mediationclausule voor bedrijven	167
	Bijlage 7 Europese richtlijn	168
	Literatuur	174
	Register	175

Inleiding

Dit boek is geschreven voor (aankomende) professionals in het juridische werkveld. Het biedt een brede basis voor iedere hbo-jurist die wil of moet weten wat mediation is en op welke manier mediation ingezet kan worden bij conflicthantering, als methode om een conflict op te lossen of om (verdere escalatie) te voorkomen. Het mediationproces wordt stap voor stap toegelicht, inclusief de juridische aspecten die van belang zijn en waar een jurist extra op moet letten. Tot slot maak je kennis met mediationvaardigheden – die komen altijd van pas, zowel in je professionele loopbaan als privé.

Opbouw van het boek

Het boek bestaat uit acht hoofdstukken. In hoofdstuk 1, 2 en 3 beginnen we met de basis van mediation. Aan de orde komen de elementaire kennis van conflicten en mediation: wat is mediation, wat is een conflict en wanneer kan mediation worden ingezet om een conflict te voorkomen of op te lossen? In dit onderdeel worden de kaders geschetst van mediation als vorm van conflictoplossing, en worden belangrijke basisbegrippen behandeld en uitgelegd.

Hoofdstuk 4 en 5 gaan over de mediator en mediationvaardigheden. Wat is de taak van de mediator nu precies? Achterover leunen en zorgen dat partijen geen ruzie meer maken, actief meedenken over een oplossing of ligt het toch genuanceerder? In deze hoofdstukken maak je kennis met de mediator als professional en met de vaardigheden die hij kan inzetten om het mediationproces zo goed mogelijk te begeleiden.

Het mediationproces zelf bestaat uit verschillende fasen die elk hun eigen doel, kenmerken en juridische elementen hebben. In hoofdstuk 6 nemen we het mediationproces onder de loep en zien we wie daarbij betrokken kunnen zijn, naast de conflicterende partijen en de mediator.

Het mediationproces begint met het ondertekenen van de mediationovereenkomst en eindigt, als de mediation succesvol is geweest, met het ondertekenen van de vaststellingsovereenkomst. We sluiten dit boek daarom af met hoofdstuk 7 en 8 waarin we zien welke afspraken in deze overeenkomsten vastgelegd worden en waarom.

Belangrijke modellen en reglementen

Na hoofdstuk 8 vind je belangrijke modellen en reglementen, zoals het model Mediationovereenkomst en de Gedragsregels voor MfN-registermediators. Deze modellen en regels worden door de mediator gebruikt en bepalen onder welke condities de geregistreerde MfN-mediator werkt.

Deze modellen en reglementen worden in de praktijk dagelijks gebruikt door mediators. Als er in de lesstof naar een bepaald model, reglement of de Richtlijn Mediation wordt verwezen, pak je die er direct bij en bestudeer je het document goed. Zo studeer je gemakkelijker en begrijp je beter waar de lesstof over gaat.

Waarom een vak Mediation?

Studenten die ik lesgegeven heb, vertelden soms in de eerste les: 'Mediation is niks voor mij. Ik wil helemaal geen mediator worden maar hulpverlener (Sociaal-Juridische Dienstverlening) of jurist (HBO-Rechten). Ik wil mensen gewoon zeggen wat ze moeten doen.' Of ze zeiden: 'Mediation is zo vaag en zweverig, het gaat om gevoel enzo; ik ben daar veel te praktisch voor.'

Na afloop van de lessen waren het vaak juist deze studenten die naar mij toe kwamen (en ook goede cijfers voor hun tentamen haalden!). Nu vertelden ze: 'Ik heb geleerd hoe mijn oplossingsgerichtheid in combinatie met mediation juist een instrument kan zijn om cliënten zélf weer in beweging te krijgen.' Niet zelden kreeg ik de vraag van een student of hij stage bij mij mocht komen lopen, omdat het hem zo leuk leek en omdat hij had gemerkt hoe concreet een mediator te werk gaat om partijen te helpen samen een praktisch uitvoerbare oplossing te vinden.

NOG MEER VOORBEELDEN

Een hbo-rechtenstudente was bezig met haar afstudeerstage bij de rechtbank. Ze had vaak een onvoldaan gevoel na een zitting en merkte welke mogelijkheden mediation biedt – ook naast rechtspraak. Ze koos ervoor om op de valreep nog Mediation als extra vak te komen volgen, rondde het vak én haar opleiding af met een 8 en kreeg een mooie eerste baan, juist omdat ze verder had gekeken en het vak Mediation had gevolgd.

Een ander voorbeeld is van een student die een aantal jaren geleden het vak Mediation bij mij heeft gevolgd en nu als beleidsmedewerker bij een gemeente werkt. Hij mailde mij om te vertellen hoe mediation als conflictoplossing bij hem is gaan leven. Hij adviseert regelmatig het bestuur om mediation in te zetten in plaats van een advocaat in te schakelen, zowel bij conflicten met burgers alsook intern (bijvoorbeeld op een afdeling waar collega's elkaar het leven zuur maakten). In de meeste gevallen met positief resultaat, en nu gaat hij zelfs de opleiding tot overheidsmediator volgen.

Je vraagt je dus misschien af wat je met dit vak moet, of waarom het onderdeel is van je juridische opleiding. Het antwoord is simpel. Misschien merk je het in je directe omgeving, en anders (komt het) wel in je werkomgeving: mediation krijgt een steeds belangrijkere plaats in de Nederlandse maatschappij en wordt steeds meer verankerd in de Nederlandse rechtsorde. Je moet dus weten wat mediation is en hoe het werkt in de praktijk.

Dus of je nu in de sociaal-juridische dienstverlening terechtkomt, als juridisch adviseur gaat werken of op een andere manier in een (semi-)juridisch beroep terechtkomt: als hbo-jurist krijg je te maken met mensen in conflict-situaties. Cliënten vragen jou wat ze kunnen doen, collega's en leidinggevendenden zoeken jou op als adviseur/sparringpartner als er stappen gezet moeten worden om juridische problemen op te lossen of te voorkomen. Men

kijkt naar jou voor een oplossing of deskundig advies en daarvan kan mediation een onderdeel zijn. Dat je in zo'n geval naar de rechter kunt gaan, weet iedereen. Maar dat daardoor de verhoudingen verharder, dat het veel tijd en geld kost én niet altijd het gewenste resultaat oplevert is ook bekend. In welke gevallen is mediation juist geschikt en aan welke voorwaarden moet worden voldaan om het mediationproces zo succesvol mogelijk te laten verlopen? Welke voordelen biedt mediation boven een rechtsgang en welke contra-indicaties zijn er?

De hoofdlijnen van mediation in gewone taal

Voordat we met hoofdstuk 1 gaan beginnen, zetten we mediation eerst 'in de grondverf'.

- 1 Mediation is een manier om een conflict op te lossen of te voorkomen, of om verdere escalatie van een conflict te voorkomen.
- 2 Wat is een conflict eigenlijk? In het boek gaan we daar dieper op in. Kort gezegd: een conflict kan groot of klein zijn, enorm geëscaleerd of nog niet. In een conflictsituatie zijn partijen het niet met elkaar eens, ze kunnen ergens niet samen over praten, de verhoudingen zijn verstoord of er is een nare situatie ontstaan die zo goed mogelijk (juridisch) moet worden geregeld.
- 3 Wat verstaan we onder een conflictoplossingsmethode? Mediation is een methode, dus een doordachte manier van handelen, een manier waarop je iets gaat doen. In dat geval: een manier waarop een conflict tussen partijen opgelost kan worden.
- 4 Hoe? Door partijen samen naar een oplossing te laten zoeken.
- 5 Kunnen ze dat zelf? Nee, anders was de oplossing er al geweest. Ze willen het wel zelf doen en daarin hun eigen verantwoordelijkheid nemen, maar samen aan de keukentafel komen ze er niet uit. Partijen hebben deskundige hulp nodig: van de mediator.
- 6 Wat doet de mediator? Hij begeleidt het mediationproces: hij zorgt dat er structuur in het proces en in de gesprekken zit, hij zorgt voor een kop en een staart. Hij helpt partijen om concreet te worden, om echt te vertellen wat hen dwars zit, wat de ander zou moeten doen om te de relatie weer wat te herstellen, om bij zichzelf na te gaan wat zijn rol in het conflict is (geweest) en waarin hij de ander tegemoet kan komen. Hij moedigt partijen aan om door te gaan en zorgt voor een pas op de plaats als ze iets over het hoofd zien. Door zijn kennis en ervaring benoemt hij de heikele punten en doet hij een reality check als partijen niet realistisch naar de situatie kunnen kijken. Hij zorgt dat partijen weten wat de belangrijke uitgangspunten van mediation zijn (onder andere vertrouwelijkheid, geheimhouding, vrijwilligheid, commitment) en herinnert hen daaraan tijdens het proces als dat nodig is. Hij maakt gespreksverslagen tijdens het proces, geeft huiswerk mee en ziet erop toe dat alle partijen zich nog steeds actief inzetten. Als de afspraken zijn gemaakt, stelt de (juridisch) mediator een vaststellingsovereenkomst op waarin de afspraken worden vastgelegd. Als de mediator (deels) niet slaagt, zorgt hij ervoor dat het proces toch goed afgerond wordt, dat partijen afspreken wat ze met de tijdens de mediation gedeelde informatie doen en hoe ze nu verder gaan.
- 7 Beslist de mediator wie er gelijk heeft? Nee, daarvoor moet je bij de rechter zijn. De mediator is neutraal, onpartijdig en heeft geen belang bij de uitkomst. Het kan hem in feite niets schelen wat de uitkomst wordt, als partijen er maar tevreden mee zijn en als ze met hun afspraken maar verder kunnen. Het is zijn taak om hen in dat proces te begeleiden.

- 8 Waar gaat het bij mediation vooral om? Dat partijen inzien dat er niet één waarheid bestaat. Samen moeten ze afspraken maken, zodat ze weer verder kunnen. Dat kunnen ze alleen doen als alles besproken is wat hen dwars zit. Kunnen partijen geen normaal gesprek met elkaar voeren? Ook dan is mediation geschikt, want de mediator helpt mensen om (weer) normaal met elkaar te communiceren.
- 9 Naast een goede (of verbeterde) communicatie, gaat het in mediation om belangen. Het gaat er niet om wie gelijk heeft, maar welke gezamenlijke, tegengestelde en tegenstrijdige belangen er zijn en op welke manier een oplossing gevonden kan worden die rekening houdt met die belangen.
- 10 Welke middelen staan de mediator tot beschikking? De middelen worden interventies genoemd.
- 11 Wat zijn interventies nu weer? Dat zijn manieren waarop de mediator het mediationproces vlot kan trekken als het stil ligt. De mediator stelt bepaalde vragen wel of juist niet. Hij kan een vertrouwelijk individueel gesprek met iedere partij (de caucus) voeren, waardoor bepaalde zaken duidelijk worden en iemand weer verder kan.
- 12 Is mediation zweverig? Nee, het is juist heel praktisch en concreet. Als mediator werk je samen met partijen naar een oplossing toe, door de conflictsituatie te analyseren. Als duidelijk is wat er speelt, kan naar de toekomst gekeken worden: welke mogelijke oplossingen zijn er? Daarbij worden soms ook andere deskundigen ingeschakeld, zoals een psycholoog of een fiscalist.
- 13 Maar in mediation is toch ruimte voor gevoelens? Ja, dat klopt. Dit punt is belangrijk omdat partijen dan durven te praten over waar het echt om gaat, namelijk dat ze gekwetst zijn, bang voor bepaalde toekomstscenario's of concrete wensen hebben voor een oplossing. Dit geeft partijen over en weer de mogelijkheid om informatie te krijgen die ze eerder niet kenden, om elkaar excuses aan te bieden, om uit te spreken dat ze zich willen inzetten voor een uitkomst die voor alle partijen de beste (of de minst slechte is).
- 14 Voor welke situaties is mediation vooral geschikt? Voor situaties waarin partijen samen verder moeten of willen en het dus belangrijk is dat de relatie in stand blijft, herstelt of verbetert. Bijvoorbeeld ouders na een scheiding, twee werknemers bij dezelfde werkgever, gemeente en burger.
- 15 Waarom is mediation dan ook geschikt voor het beëindigen van een arbeidsrelatie of een scheiding tussen twee mensen die samen geen kinderen hebben? Omdat het hen helpt een gezamenlijke periode goed af te ronden. Ook al is het moeilijk, het geeft een beter gevoel om samen terug te kunnen kijken en samen tot een oplossing te komen, dan het conflict uit handen te geven aan een derde (de rechter), die zijn oordeel velt en bepaalt hoe het afloopt. Daarnaast geeft mediation ook veel meer mogelijkheden om samen afspraken te maken over verschillende onderwerpen. De rechter zal alleen een ontslagvergoeding toekennen, terwijl werkgever en werknemer in mediation afspraken op maat kunnen maken. Bijvoorbeeld: de werknemer blijft nog een half jaar in dienst en mag in die periode een opleiding volgen op kosten van de werkgever zodat hij zijn eigen bedrijf kan starten. Na verloop van die zes maanden eindigt de arbeidsovereenkomst. De werkgever én de werknemer weten waar ze aan toe zijn. Voor de werknemer biedt het extra voordeel dat hij een (betaalde) opstap naar een

volgende fase in zijn carrière kan nemen, waardoor het ontslag voor hem niet alleen een bedreiging maar ook een kans kan zijn.

- 16 Kan iedereen mediator worden? In beginsel wel, maar je moet wel beschikken over bepaalde persoonlijke kwaliteiten, een goede opleiding volgen en veel praktijkervaring op doen. Daarnaast moet het een uitdaging voor je zijn om 'op maat' te werken en realistisch vasthoudend te blijven als mensen het zelf even niet meer zien zitten. Ook moet je er tegen kunnen als mensen andere beslissingen nemen dan jij zelf zou nemen, het is immers niet jouw maar hun probleem. Tot slot heb je een grote voorsprong als jurist, omdat mediation veel juridische aspecten kent. Zo begint de mediation met een mediationovereenkomst en eindigt met een (vaststellings)overeenkomst.

Tot slot

Dit boek geeft jou de handvatten om te adviseren en/of te verwijzen omdat je op een gestructureerde manier Mediation hebt leren kennen en leren toepassen. Als je ook nog een docent hebt die zelf een ervaren mediator is, zal het vak echt voor je gaan leven door alle extra praktijkvoorbeelden en kleine anekdotes. Wie weet word je zelf ooit wel mediator, om zo de wereld een beetje mooier te maken. Of pas je de mediationvaardigheden toe in je (juridische) functie waardoor je de toegevoegde waarde voor jezelf en cliënten merkt. Wat het ook wordt: ik wens je veel succes!



1

Wat is mediation?

- 1.1 Definitie**
- 1.2 Ontstaan van mediation**
- 1.3 Mediation in Nederland**
- 1.4 Mediation in het kort**
- 1.5 Kenmerken van mediation**
- 1.6 Mediation in de schaduw van het recht**
- 1.7 Het juridische kader van mediation**

In dit eerste hoofdstuk maken we kennis met de grote lijnen van mediation. Wat is mediation eigenlijk? Kort gezegd is het een methode om een conflict op te lossen. Bijzonder aan mediation is dat partijen dit zelf doen en zelf verantwoordelijk zijn voor de uitkomst. Zij worden in dit proces begeleid door de mediator. De mediator zorgt ervoor dat alle belangrijke onderwerpen aan bod komen en dat partijen leren om (weer) goed met elkaar te communiceren. Dat maakt mediation heel geschikt voor probleemsituaties waarin partijen toch met elkaar verder moeten, zoals burenruzies, problemen tussen collega's en conflicten in de familiesfeer.

Naast een herstelde of verbeterde communicatie levert een succesvolle mediation nog meer op, namelijk een eindoplossing waar alle betrokkenen achter staan. Zij hebben daar zelf naar toe gewerkt onder leiding van de mediator, en dit gezamenlijk bereikte eindresultaat maakt het makkelijker om het leven na het conflict weer op te pakken. Partijen hebben immers samen eerst goed onderzocht wat er speelde en welke mogelijkheden er waren, voordat zij gingen onderhandelen en elkaar uiteindelijk konden vinden in de eindafspraken.

In dat onderzoek naar de diepere oorzaken van het conflict spelen niet alleen de feiten een rol. Er is ook volop ruimte voor emoties, wensen, angsten en ideeën. Ieder mens is immers anders. In mediation krijgen partijen inzicht in de eigen beweegredenen en die van de ander. Daarbij geholpen door de mediator leren zij daarover van gedachten te wisselen en begrip op te brengen voor de ander. Daarmee hebben partijen de eerste stap gezet in de richting van een gezamenlijke oplossing.

De buren van de Magnoliastraat

1

De familie Jansen woont al jaren in een mooie jarendertigwoning in de Magnoliastraat op nummer 30. Naast hen, op nummer 32, woonde tot voor kort buurvrouw Nel. Maar sinds Nel haar heup brak, woont zij in een verzorgingstehuis. Haar zoon Harmen en schoondochter Anne zijn met hun kinderen in het huis van Nel getrokken en willen er een gezellig familiehuis van maken. Op de dag van de verhuizing heet mevrouw Jansen haar nieuwe buren welkom met een zelfgebakken appeltaart en meneer Jansen helpt met het tillen van een zware kast. Aan het einde van de dag drinken de nieuwe buren samen een glaasje, op de verhuizing en een fijne verstandhouding als buren. Het jonge gezinnetje geniet van het huis en van de tuin, alleen is de boel wel aan modernisering toe. Anne is dol op tuinieren en pakt de tuin grondig aan. Ze laat op een mooie dinsdagochtend zonder overleg de giftige taxusstruiken die op de erfgrans met de familie Jansen staan, verwijderen. Als meneer en mevrouw Jansen 's avonds thuiskomen, kijken ze tot hun schrik tegen een kale houten schutting aan in plaats van tegen de mooie donkergroene taxusstruiken. Meneer Jansen belt direct aan op nummer 32 om te vragen of Anne niet even met hen

had kunnen overleggen. Maar Anne is druk met het in bed leggen van de kinderen en wimpelt hem af met de woorden: 'Het waren oude struiken, wees blij dat u ervan af bent en nu kunt meegenieten van een nieuwe strakke schutting. We hebben u toch niet gevraagd om mee te betalen?'

Verstlagen gaat meneer Jansen terug naar huis. Anne en Harmen komen er niet meer op terug en meneer en mevrouw Jansen ook niet. Maar mevrouw Jansen laat haar hondje in het voortuintje van Harmen en Anne plassen, terwijl Harmen zijn grote auto ieder avond precies voor de voordeur van de familie Jansen zet.

Als het jonge gezin enkele maanden later een flinke uitbouw in de tuin wil realiseren, lezen meneer en mevrouw Jansen dat in de krant. Met hun eerdere ervaring in het achterhoofd maken zij direct bezwaar tegen het verlenen van de vergunning bij de gemeente. De buren zien elkaar helaas niet meer bij een glaasje wijn in de achtertuin, maar bij de bezwarencommissie van de gemeente en vervolgens bij de rechtbank. Pech voor Harmen en Anne, want zij kunnen niet zo snel aan de slag als ze zouden willen.

In dit eerste hoofdstuk bespreken we mediation in grote lijnen. Zo wordt duidelijk wat het verschil is tussen mediation en bijvoorbeeld de gang naar de rechter. Ook krijgen we inzicht in de situaties waarin mediation kan worden toegepast en leren we welke rol het recht speelt in mediation. In de vervolghoofdstukken gaan we per onderwerp steeds meer de diepte in.

1.1 Definitie

Mediation is een methodische vorm van conflictoplossing, waarbij partijen zich – onder begeleiding van een onafhankelijke deskundige procesbegeleider, de mediator – inspannen om samen te komen tot een door hen beide gedragen, evenwichtige en praktisch uitvoerbare regeling ter oplossing of voorkoming van het tussen hen (dreigende) probleem. De gemaakte afspraken worden gemaakt in de schaduw van het recht, met inachtneming van alle betrokken belangen, en dit proces heeft daardoor een positieve uitwerking op herstel van de relatie en communicatie tussen partijen.

Belangen

Als partijen een conflict hebben en kiezen voor mediation, geven zij hun conflict niet uit handen aan een derde, zoals een rechter of een arbiter, maar blijven zij zelf verantwoordelijk voor hun conflict. Zij krijgen de beslissing dus niet op een presenteerblaadje aangereikt door een derde, bijvoorbeeld de rechter. In mediation worden zij geholpen door de mediator om zelf beter met elkaar te (leren) communiceren. Door beter te communiceren wordt achterhaald waar het probleem zit (zowel feitelijk als emotioneel), kunnen alle belangen in kaart worden gebracht en kunnen partijen zelf, door middel van onderhandeling, komen tot een eindresultaat dat voor alle betrokkenen goed voelt.

Leren
communiceren

Er zijn veel mediators in Nederland, met zeer diverse professionele achtergronden: psychologen, advocaten, rechters, notarissen, juristen, coaches, docenten, bestuurders, ondernemers, fiscalisten, maatschappelijk werkers, vakbondsbestuurders of televisiepresentatoren. Door deze variatie in achtergronden is ook niet één definitie van mediation te geven die door iedereen onderschreven wordt. Het is afhankelijk van iemands achtergrond, de doelen die de mediator nastreeft en de werkwijze die hij hanteert.

In dit boek gaan we uit van de volgende definitie van mediation, waarvoor de definitie zoals opgenomen in het *Handboek Mediation* (Brenninkmeijer, 2013) als basis is gebruikt:

‘Mediation is een gefaseerde vorm van bemiddeling in een conflict of een geschil, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, het conflict of het geschil samen met partijen diagnosticeert, de communicatie en onderhandelingen tussen partijen begeleidt om – binnen de wettelijke kaders – vanuit hun werkelijke belangen tot gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale oplossingen te komen, vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 900 e.v. Boek 7 BW.’

Uit deze definitie van mediation kunnen we direct al de kern van mediation halen, namelijk:

Kern van
mediation

- Er is een conflict of geschil.
- Partijen en de mediator gaan samen aan de slag.
- Partijen komen zelf tot oplossingen.
- Mediation vindt plaats onder begeleiding van een neutrale bemiddelingsdeskundige (de mediator).
- Mediation vindt plaats in een gefaseerde vorm:
 - Het conflict wordt gediagnosticeerd.
 - Er wordt onderzocht wat de werkelijke belangen achter het conflict zijn.
 - Partijen onderhandelen.

- Partijen komen tot optimale oplossingen waar ze allebei achter staan.
- Het onderhandelingsresultaat wordt vastgelegd in een vaststellings-overeenkomst.

We zien dat mediation niet zomaar een bemiddeling is, waarbij een goedbedoelende derde twee strijdende partijen helpt om hun conflict op te lossen. Mediation is meer dan bemiddeling: het is een proces. Iedere betrokkene, partijen én de mediator, heeft zijn eigen rol om te komen tot het eindresultaat. Essentieel is dat niet alleen het oppervlakkige probleem aan de orde komt, maar ook datgene wat eronder zit. Daar begint het mee. Door dat onderliggende probleem boven water te krijgen, wordt duidelijk wat er écht aan de hand is. Voor partijen is dat vaak een eyeopener. 'Ik wist niet dat dat ook speelde', zegt de één vaak. Waarop de ander antwoordt: 'Maar ik kreeg nooit de kans om het eens goed aan jou uit te leggen.'

Bij de burens van de Magnoliastraat in de openingscasus zie je dat goed. Meneer en mevrouw Jansen maken bezwaar tegen de vergunning die door Harmen en Anne is aangevraagd. Waarschijnlijk hebben ze technisch geen last van de geplande uitbouw, en daar ook op zich geen bezwaar tegen. Maar hun eerdere ervaring maakt dat ze bang zijn voor wat komen gaat. Als Harmen en Anne van tevoren hun plannen zouden hebben besproken, was de kans groot dat de familie Jansen helemaal geen bezwaar tegen de vergunningverlening zou hebben gemaakt.

1.2 Ontstaan van mediation

Bemiddeling in conflicten is al zo oud als de mensheid. De vorm van mediation zoals wij die nu kennen, stamt uit de Verenigde Staten van eind jaren zestig van de vorige eeuw. Daar ontstond Alternative Dispute Resolution, afgekort tot ADR: een alternatieve manier om te komen tot conflictoplossing. Dit werd vooral toegepast bij conflicten in familiesituaties en in buurtconflicten. Het idee daarachter is dat het beter is om partijen zelf hun problemen te laten oplossen, dan dat de rechtbank een knoop doorhakt.

Alternative
Dispute
Resolution

Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw is mediation als methode van conflictoplossing ook in Nederland in opkomst. Mediation is een methode. Dit betekent dat het meer is dan bemiddelen tijdens een goed gesprek tussen twee ruziemakende partijen. Het is een proces, waarbij de mediator partijen door alle fasen heen leidt om in onderling overleg van conflict tot oplossing te komen. Mediation berust op de toepassing van sociaalpsychologische kennis (over ruziemodellen, interventies) in een juridische context.

Methode

Proces

1.3 Mediation in Nederland

Maatschappelijke ontwikkelingen leiden ertoe dat mediation steeds vaker wordt ingezet als methode van conflictoplossing. Daarnaast groeit ook in ons land het besef dat de traditionele juridische aanpak van conflicten vaak niet tot het gewenste resultaat leidt en zoekt men naar andere wegen om tot een oplossing te komen. Op Europees niveau is men daar al langer mee bezig, onder meer door het opstellen van de Europese Mediationrichtlijn. In Nederland zijn inmiddels wetsvoorstellen gemaakt om mediation ook in de

Nederlandse wet te verankeren. Waarom kiezen voor mediation in plaats van een juridische aanpak? In subparagraaf 1.3.1 zien we dat een conflict meer is dan een juridisch geschil en in subparagraaf 1.3.2 dat een juridische procedure nadelen heeft. In subparagraaf 1.3.3 worden maatschappelijke ontwikkelingen op een rij gezet en in subparagraaf 1.3.4 bespreken we het al dan niet verplichte karakter van mediation.

1.3.1 Conflict is meer dan een juridisch geschil

In de eerste plaats is er een groeiend besef dat de traditionele juridische aanpak van conflicten ontoereikend is. Men realiseert zich steeds meer dat het juridische geschil vaak niet hetzelfde is als het onderliggende conflict. Denk nog maar eens aan het voorbeeld aan het begin van dit hoofdstuk. De familie Jansen maakt bezwaart tegen de aanbouw van de burens. Als je verder doorvraagt, voelen zich nog steeds gepasseerd in de kwestie met de schutting. Daarnaast zijn ze bang dat een aanbouw hun licht wegneemt. Misschien zijn er nog meer redenen. Die onderliggende redenen komen niet boven water in een rechtszaal, maar wél als partijen samen om tafel gaan, met een derde-deskundige die het gesprek leidt.

1.3.2 Nadelen van een juridische procedure

Mensen lopen er steeds meer tegenaan dat de juridische weg kostbaar, tijdrovend en onvoorspelbaar is en daarbij vaak erg belastend voor de betrokkenen. Een procedure bij de rechter kost veel tijd en veel geld en je moet maar afwachten wat en wanneer de uitspraak is – waarbij je ook nog afhankelijk bent van de inzet en kwaliteit van je eigen advocaat. In mediation bepalen partijen zelf de uitkomst, en bovendien verloopt het proces in de regel veel vlotter. Verder past mediation als methode van conflicthantering natuurlijk erg goed binnen de Nederlandse traditie van onderhandelen en er samen uitkomen. Denk bijvoorbeeld aan het poldermodel. Hiermee wordt het Nederlandse consensusmodel bedoeld, waarin werkgevers, vakbonden en overheid met elkaar aan tafel gaan zitten om te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden en lonen.

1.3.3 Maatschappelijke ontwikkelingen

Daarnaast spelen de maatschappelijke ontwikkelingen een rol, zowel op micro- als op macroniveau. Op microniveau is zichtbaar dat men steeds meer zelf het heft in handen neemt en invloed wil hebben op het proces en de uitkomst. Die mogelijkheid is er als partijen kiezen voor mediation, in tegenstelling tot de juridische procedure waarin partijen de uitkomst van hun geschil in handen van de rechter leggen. Op macroniveau is de beweging gaande dat mediation en rechtspraak meer complementair (zullen) worden ingezet. Dat is een kentering, want tot voor kort leken rechtspraak en mediation eerder elkaars tegenpolen en hadden rechters weinig op met mediation. Concrete voorbeelden zijn de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht, herstelbemiddeling in het strafrecht en de wetsvoorstellen Mediation.

Microniveau

Macroniveau

Mediation wordt op verschillende gebieden toegepast. Het meest bekend is mediation in het familierecht (bij echtscheiding of verdeling van de boedel na overlijden). Voorbeelden van mediation in de familiesfeer zijn ook te zien in het televisieprogramma 'Het familiediner' waarin de presentator gebrouilleerde families weer bij elkaar probeert te brengen.

Mediation kan ook uitstekend worden toegepast in allerlei andere rechtsgebieden en rechtsverhoudingen. Denk hierbij aan het arbeidsrecht, gezond-

heidsrecht en letselschaderecht, maar ook aan burenruzies en de verhouding tussen burger en overheid.

1.3.4 Verplichte mediation?

In Nederland wordt (nog) niet gewerkt met verplichte mediation. Wel bieden enkele rechtbanken partijen de mogelijkheid om te kiezen voor mediation naast rechtspraak, bijvoorbeeld in het bestuursrecht.

Mediation kan in elke fase van de juridische procedure in gang worden gezet, op initiatief van de rechter of op verzoek van (één van de) partijen. Als voor mediation wordt gekozen, wordt de gerechtelijke procedure tijdelijk stilgelegd. Het voordeel van mediation is onder andere dat daarin meerdere onderwerpen tegelijk aan de orde kunnen komen en dat de besluitvorming vaak sneller verloopt dan bij de rechter.

In het familierecht komt het tegenwoordig voor dat de rechter scheidende partijen laat deelnemen aan een mediation. De rechter doet dat door een zogenoemd deskundigenonderzoek te gelasten, dat plaatsvindt in de vorm van mediationgesprekken. Dit komt met name voor als er minderjarige kinderen bij de scheiding betrokken zijn. Tijdens dit mediationproces wordt onderzocht of partijen er onder begeleiding van de mediator (vaak: twee mediators, bijvoorbeeld een mediator met een juridische en een mediator met een psychologische achtergrond) samen uit kunnen komen. Het is dus wel een echt mediationproces. Er wordt door de mediator(s) gerapporteerd aan de rechter of de mediation succesvol is verlopen of dat partijen er toch niet samen zijn uitgekomen.

Een werkgever die afscheid wil nemen van een werknemer en daarvoor bij de rechter komt te staan, doet er verstandig aan eerst mediation te hebben geprobeerd om er samen uit te komen. In werkgerelateerde conflicten waarin het tot een ontslagprocedure komt, toetst het UWV conform zijn beleidsregels of de werkgever voldoende heeft gedaan om het conflict op te lossen. Mediation wordt hierbij expliciet genoemd als oplossingsrichting. Een werkgever die geen mediationtraject opstart of geen medewerking verleent aan mediation, kan daardoor aanlopen tegen een geweigerde ontslagvergunning of toekenning van een hogere ontslagvergunning aan de werknemer. Ook andersom geldt dit: indien de werknemer medewerking aan mediation weigert, kan dit – afhankelijk van de omstandigheden – in een ontslagprocedure in zijn nadeel worden uitgelegd.

1.4 Mediation in het kort

Mediation heeft als doel de betrokken partijen samen te laten zoeken naar de best mogelijke oplossing voor hun conflict. Zij doen dat niet alleen, maar onder begeleiding van een mediator. De mediator is een onafhankelijke derde, een deskundige procesbegeleider die ervoor zorgt dat alle belangrijke onderwerpen in de gesprekken aan bod komen. Hierna gaan we in op het verschil tussen mediation en bemiddeling en op het procesverloop en zien we wie betrokken partijen kunnen zijn.

1.4.1 Meer dan bemiddeling

Mediation is iets anders dan bemiddeling. Van bemiddeling is sprake als een derde probeert om overeenstemming tot stand te brengen tussen twee

of meer partijen. Ook in mediation gaat men op zoek naar overeenstemming, maar dan op een procesmatige manier. Aan de mediator worden bovendien eisen gesteld. Iedereen kan bemiddelaar zijn, maar niet iedereen is een mediator. Daarvoor moet aan bepaalde eisen worden voldaan. Tot slot is nog een belangrijk verschil dat mediation diverse juridische aspecten heeft, waarvan de mediationovereenkomst (aan het begin) en de vaststellingsovereenkomst (aan het eind) twee belangrijke zijn. In een bemiddelingsgesprek komen geen juridische elementen aan bod, behalve als die deel uitmaken van het feitelijke probleem.

1.4.2 Procesverloop

Een mediationproces bestaat uit een aantal fasen. Geen mediationproces is echter hetzelfde, dus de duur en de volgorde van de fasen kunnen variëren. Toch is het goed om dit proces als leidraad aan te houden, zowel voor de mediator als voor de deelnemende partijen. Duidelijkheid over het proces zorgt ervoor dat het proces concreet blijft en oplossingsgericht voort kan gaan. Partijen weten waar zij aan toe zijn en wat zij ongeveer kunnen verwachten. Juist in een onzekere en emotioneel belastende periode hebben zij behoefte aan structuur en houvast. Soms is het wel zo dat een stapje terug moet worden gezet naar de vorige fase, als blijkt dat een onderdeel toch nog niet helemaal is afgerond. Maar ook dan is dat duidelijk en weten partijen: hierna gaan we weer verder met de volgende fase.

Mediation begint, na een eventueel kennismakingsgesprek, met het bespreken van de essentiële voorwaarden van mediation (zoals de vertrouwelijkheid, de vrijwilligheid, de rol van de mediator en de eigen verantwoordelijkheid van partijen). Vervolgens wordt de mediationovereenkomst ondertekend. Daarna begint het mediationproces echt.

Partijen doorlopen vervolgens onder begeleiding van de mediator de fasen van mediation door. In vogelvlucht gaat dat als volgt. Eerst mogen zij allebei hun kant van het verhaal vertellen. Vervolgens gaan ze op zoek naar de gemeenschappelijke belangen en de verschillende mogelijkheden die er zijn om om te gaan met de situatie. Daarna is het tijd om belangen af te wegen, te onderhandelen en tot eindafspraken te komen. In dit proces gaat het niet alleen om het onderwerp van de ruzie, maar ook om de diepere laag daaronder: om de relationele verhouding tussen partijen. Om de wensen, verlangens, verwachtingen, angsten en ideeën die iedere partij heeft en had; van de situatie, van zichzelf, van de ander. De mediator helpt partijen om hierover samen te spreken, om begrip voor de ander op te brengen en om elkaar daarin tegemoet te komen. Als partijen daar uitgekomen zijn, worden de afspraken op papier gezet. Door ondertekening van deze eindovereenkomst zijn partijen aan de afspraken gebonden en hiermee eindigt het mediationproces.

Alle fasen op een rijtje:

- 1 voorbereidingsfase
- 2 openingsfase: conflictkwesaties vaststellen
- 3 exploratiefase:
 - achterliggende belangen definiëren
 - opties (mogelijke oplossingen voor het probleem) genereren
 - opties beoordelen op aanvaardbaarheid, geschiktheid en uitvoerbaarheid
- 4 onderhandelingsfase

Fasen

Essentiële
voorwaarden van
mediation

Mediation-
overeenkomst

Fasen

- 5 afrondingsfase: *informed consent*, besluit nemen en vastleggen van de afspraken
- 6 ondertekenen van de vaststellingsovereenkomst, einde van de mediation

1.4.3 Deelnemers en betrokkenen

Deelnemers

Deelnemers aan het mediationproces zijn in de eerste plaats partijen. Aan tafel zitten natuurlijke personen. Als een bedrijf of organisatie partij is bij een mediation, dan is altijd sprake van vertegenwoordiging door een natuurlijk persoon.

Mediator

Een andere hoofdrolspeler is de mediator. Hij is de procesbegeleider van het mediationproces. Eventueel kan een co-mediator erbij betrokken zijn of worden. Een co-mediator is een tweede mediator, die samen met de hoofdmediator het proces begeleidt. Als het een complexe zaak betreft met meerdere aandachtgebieden of veel partijen, kunnen twee mediators elkaar aanvullen en afwisselen in het observeren, het leiden van het gesprek, de verslaglegging van het gesprek en de inhoudelijke sturing van het proces.

Co-mediator

Derden

Tot slot kunnen er derden betrokken zijn bij de mediation, zoals partijadviseurs, partijbegeleiders en deskundigen op allerlei gebied.

1.5 Kenmerken van mediation

Mediation is een bijzondere manier van geschiloplossing die zich duidelijk onderscheidt van andere vormen. De specifieke kenmerken van mediation maken duidelijk wat het onderscheid is met andere vormen van conflictoplossing.

Basisbeginselen

Aan mediation ligt een aantal basisbeginselen ten grondslag die mediation haar unieke karakter geven en onderscheiden van andere vormen van conflictoplossing:

- 1 Mediation is een *proces*. Het proces heeft duidelijk gemarkeerd begin- en eindpunt en verloopt in fasen die voor partijen herkenbaar zijn.
- 2 *Vrijwilligheid*. Partijen nemen vrijwillig deel aan de mediation. Zij kunnen daartoe niet gedwongen worden, hoogstens gestimuleerd. Vrijwilligheid betekent niet dat de mediation vrijblijvend is. Van partijen wordt verwacht dat zij zich inspannen om samen verder te komen en zich aan procedureafspraken houden.
- 3 *Autonome zelfbeschikking*. Iedere partij (natuurlijke persoon) is in staat om zelf beslissingen te nemen en voor zichzelf op te komen. Is dat niet het geval, dan is deze partij in de meeste gevallen niet geschikt om deel te nemen aan mediation.
- 4 *Vertrouwelijkheid*. Alles wat besproken en gedeeld wordt tijdens het mediationproces valt in principe onder de vertrouwelijkheid.
- 5 *Ongebondenheid*. Partijen zijn pas gebonden aan een afspraak als deze op schrift is gesteld en door hen beide ondertekend.
- 6 *Commitment*. Partijen zijn bereid zich actief in te zetten om door middel van mediation tot oplossing of voorkomen van het geschil te komen.
- 7 *Communicatie*. Communicatie is essentieel in mediation. De mediator zal partijen helpen en stimuleren om beter met elkaar te leren communiceren.
- 8 *Eigen verantwoordelijkheid*. Partijen zijn zelf verantwoordelijk voor de uitkomst van het proces. Zij nemen de beslissingen, nadat zij de tijd

hebben gehad om inlichtingen in te winnen, een second opinion te vragen enzovoort. De mediator biedt daartoe concrete mogelijkheden tijdens het mediationproces.

- 9 *Onafhankelijkheid.* De mediator is een onafhankelijke procesbegeleider. Hij is neutraal, onpartijdig en ongebonden aan enige uitkomst.

De partijen in mediation moeten deze basisbeginselen kennen en ervan op de hoogte zijn voordat zij met de mediation gaan starten, omdat deze beginselen steeds terugkomen in het proces. Het is de taak van de mediator om hen dat te vertellen.

Ad 1 Mediation is een proces

Mediation is een proces. Dat betekent dat verschillende fases elkaar logischerwijs opvolgen. Het mediationproces kent tevens een duidelijk begin- en eindpunt, die voor alle betrokkenen duidelijk moeten zijn.

Het mediationproces begint met het ondertekenen van de mediationovereenkomst door de partijen en de mediator (en eventuele overige betrokkenen, zoals een partij-adviseur). Dit is het begin van het proces. Het is belangrijk om dit moment te markeren. Vanaf het tijdstip van de ondertekening zijn partijen, de mediator en eventuele overige betrokkenen namelijk gebonden aan deze overeenkomst, waarin onder meer de vertrouwelijkheid is opgenomen. Het mediationproces eindigt (gedeeltelijk) succesvol met een door partijen ondertekende (vaststellings-) overeenkomst, waarin de onderhandelingsresultaten zijn opgenomen. Het proces kan ook voortijdig beëindigd worden door één van de partijen of door de mediator. Dat kan niet zomaar. Degene die het proces wil beëindigen, deelt dat mee aan de anderen, onder opgave van redenen. In scheidingsmediations zie je nog wel eens pure paniek ontstaan bij een van de partners. Dat wordt dan veroorzaakt door het verdriet, de onmacht en/of de angst er niet samen uit te komen. In zo'n geval zal de mediator eerst met deze persoon in gesprek gaan, om te bespreken wat er nu echt aan de hand is, welke mogelijkheden zijn om daar beter mee om te gaan en om te bespreken of eventuele alternatieven (de rechtbank) een betere keuze is.

Het zal je misschien verbazen, maar ook de mediator kan de stekker uit de mediation trekken. Als partijen zich niet houden aan de regels waardoor de setting onwerkbaar is of als hij het gevoel heeft niet meer neutraal te kunnen zijn, komt de positie van de mediator als neutrale procesbegeleider in gevaar. Hij zal zich nooit zomaar onaangekondigd uit de mediation terugtrekken, maar de situatie eerst met partijen bespreken. Mocht de situatie niet verbeteren of niet veranderd kunnen worden, dan is dit voor de mediator aanleiding om het proces te stoppen en partijen te adviseren een andere mediator in te schakelen.

Ad 2 Vrijwilligheid

Vrijwilligheid is het uitgangspunt van het mediationproces. Dit betekent dat men niet tegen zijn zin in mediation kan worden betrokken. Partijen beslissen zelf en op vrijwillige basis, dat zij samen een oplossing willen zoeken voor hun conflict, bijgestaan door een mediator. Zij hadden er immers ook voor kunnen kiezen om hun geschil voor te leggen aan de rechter of een bindend advies te vragen, maar dat doen ze bewust niet. Vrijwilligheid betekent ook dat men vrij is om de mediation op elk gewenst moment te beëindigen. Uiteraard is er wel sprake van commitment: partijen spreken hun intentie uit om er samen uit te komen. Dat heeft tot gevolg dat mediation niet vrijblijvend is. Partijen kunnen

Verschillende
fases

Mediationproces

Niet vrijblijvend

niet zomaar wegblijven van een afspraak en moeten zich houden aan de afgesproken procedure- en omgangsregels. Maar als het echt niet gaat of een van de partijen ziet het echt niet meer zitten, dan kan de mediation beëindigd worden door één van de partijen of zelfs door de mediator. In de mediationovereenkomst wordt overigens vaak afgesproken dat in dat geval nog wel een gezamenlijk beëindigingsgesprek wordt gevoerd.

Ad 3 Autonome zelfbeschikking

Met autonome zelfbeschikking wordt bedoeld dat de mens zelf in alle onafhankelijkheid beslissingen neemt. De mediator begeleidt het mediationproces, maar partijen maken zelf keuzes. Partijen nemen de beslissingen, dat doet de mediator niet voor hen. De mediator is tussenpartijdig, in tegenstelling tot de rechter die bovenpartijdig is.

Ad 4 Vertrouwelijkheid

Vertrouwelijkheid is een van de belangrijkste pijlers van het mediationproces. Met vertrouwelijkheid bedoelen we, dat hetgeen partijen met de elkaar en de mediator bespreken binnenskamers blijft en niet naar buiten zal komen. De vertrouwelijkheid is zo belangrijk omdat partijen zich vrij moeten voelen om uit te spreken waar het werkelijk om gaat, en mogelijke uitkomsten in alle openheid en vrijblijvendheid moeten kunnen bespreken. Dit vergroot de kans op een succesvolle uitkomst van het mediationproces. De vertrouwelijkheid is een belangrijke reden om in bepaalde gevallen voor mediation te kiezen en niet voor een gerechtelijke procedure. Bedrijfsgegevens komen in een juridische procedure eerder op straat te liggen, terwijl ze in het mediationproces onder de vertrouwelijkheid vallen.

Ad 5 Ongebondenheid

Creativiteit

Tijdens het mediationproces wordt de creativiteit van partijen om een oplossing voor hun geschil te vinden geprikkeld. Er is immers een (mogelijk) conflict en voor partijen lijkt sprake te zijn van een onoverkoombare kloof. Soms is dit ook inderdaad het geval, maar vaak zijn er toch mogelijkheden om de kloof te overbruggen. Alleen liggen die niet direct voor de hand. Daarom is het zo belangrijk dat partijen zich realiseren dat het in mediation gaat om het creatief zoeken naar oplossingen en buiten hun eigen kader kijken, en dit zelf leren te doen. Om dit te kunnen is het essentieel dat partijen vrij en ongebonden kunnen denken en spreken over mogelijke oplossingen, voorstellen en ideeën en afspraken. Zij moeten het gevoel hebben ongebonden te kunnen brainstormen en niet direct ergens op te worden vastgepind. Het is aan de mediator om te benadrukken dat in een bepaalde fase sprake is van het verkennen van mogelijkheden en zo veel mogelijk opties bespreken. Een belangrijke taak van de mediator in deze fase is om partijen te faciliteren en een sfeer te creëren waarin zij zich veilig genoeg voelen om van hun ingenomen standpunten af te stappen. Dat helpt hen door een andere bril naar de situatie te kijken, vanuit verschillende gezichtspunten. Daarnaast is het voor partijen essentieel om te weten dat ze zonder negatieve gevolgen kunnen proberen om een stapje richting elkaar te zetten, of zich voorzichtig in te beelden hoe de ander zich voelt. Zij zijn immers nog nergens aan gebonden. Daarin gaat men in mediation namelijk niet over één nacht ijs. Pas als de afspraken op papier zijn gezet door de mediator, als de tijd is genomen om er met deskundigen over te spreken, als eventueel een second opinion is ingewonnen en als de schriftelijke afspraken door alle partijen zijn ondertekend. Dan pas zijn partijen gebonden aan de gemaakte afspraken.

Ongebonden

Veilige sfeer

Ad 6 *Commitment*

Het Engelse woord *commitment* heeft in het Nederlands verschillende betekenissen. Met commitment van partijen in mediation bedoelen we de inzet en betrokkenheid van partijen om van de mediation een succes te maken. Zij committeren zich aan elkaar en aan de mediator om zich in te zetten en zich betrokken te voelen bij het mediationproces, om zo samen te onderzoeken welke mogelijkheden hun conflict zouden kunnen oplossen.

Zoals je in artikel 2.1 van de model-mediationovereenkomst van de MfN kunt lezen (te vinden op de website www.mediatorsfederatienederland.nl en in Bijlage 1 achter in het boek) spreken partijen af dat zij zich zullen inspannen om de kwestie die tussen hen speelt op te lossen door middel van mediation. Door de ondertekening van de mediationovereenkomst verbinden partijen zich contractueel aan deze inspanningsverplichting.

Commitment van partijen

MfN

Ad 7 *Communicatie*

Ruzie hebben, elkaar niet goed begrijpen, de ander eigenlijk niet meer willen zien, bang zijn voor elkaar, respectloos op elkaar reageren: in al deze gevallen is sprake van een verstoorde communicatie. Soms is er helemaal geen communicatie meer mogelijk. Dan zwijgen mensen elkaar dood of communiceren ze via derden zoals de kinderen of vrienden.

Communicatie is een wezenlijk onderdeel van mediation. Iemand wil pas uit zijn schuilplaats komen als de ander snapt wat hem beweegt, als hij niet bang hoeft te zijn voor de ander, als de ander naar hem wil luisteren. Ruis op de lijn ontstaat als partijen niet weten wat de ander dwarszit, maar dat wel denken te weten. Een sfeer van wantrouwen moedigt niet aan om samen aan de slag te gaan, een sfeer van respect helpt wel om toenadering te zoeken. In de eerste plaats worden daarom tussen partijen onderling en tussen partijen en de mediator gespreksregels afgesproken, onder andere over de wijze waarop met elkaar wordt gecommuniceerd tijdens de gesprekken. Partijen moeten met en over elkaar spreken met respect, naar elkaar luisteren, elkaar uit laten praten en elkaar niet beledigen of uitschelden. Communicatie in mediation heeft nog een andere kant. Want naast de spelregels die gelden tijdens de gesprekken, wordt afgesproken hoe tijdens het proces gebruikgemaakt wordt van e-mail en telefoon. Om de neutraliteit te kunnen waarborgen, is het van groot belang dat de mediator niet tussen partijen komt te staan. Een eenzijdig mailtje of telefoontje van een van de partijen kan dat in gevaar brengen. Dat wil de mediator voorkomen. Daarom zal hij met partijen afspreken dat mailtjes alleen naar de mediator en de andere partij gestuurd zullen worden, zodat alle betrokkenen op de hoogte zijn van de inhoud daarvan. De mediator zal ook aan het begin van het proces vertellen hoe hij omgaat met eventuele telefoontjes van een van de partijen: hij zal daarvan een kort gespreksverslag maken en aan beide partijen ter bevestiging toesturen.

Verstoorde communicatie

Gespreksregels

Ad 8 *Eigen verantwoordelijkheid*

De deelnemers aan mediation moeten bereid en in staat zijn hun verantwoordelijkheid te nemen zodat ze zelf kunnen beslissen over mogelijke oplossingen. Dit stelt bepaalde eisen aan de geestelijke vermogens van partijen. Daarnaast vinden mensen het soms moeilijk om zelf verantwoordelijkheid te nemen in het beslisproces. Het lijkt gemakkelijker om de rechter te laten beslissen: als zijn besluit partijen niet bevalt, krijgt hij de schuld. Toch is de volvoering groter als deelnemers aan het mediationproces er samen uitgekomen zijn. De mediator zal daarom in zijn procesbegeleiding oog hebben voor

deelnemers die het moeilijk vinden om knopen door te hakken en met hen bespreken of, en zo ja welke, ondersteuning nodig is. En natuurlijk is er gedurende het proces alle ruimte om advies in te winnen bij deskundigen.

Ad 9 Onafhankelijkheid

De mediator is de onafhankelijke derde die het mediationproces begeleidt. Zijn onafhankelijkheid houdt in dat hij geen enkel belang heeft bij de uitkomst van de mediation. Stel je een mediation voor tussen grondeigenaar Gerrit Jansen en projectontwikkelaar Vast-Goed. De projectontwikkelaar wil op de grond van Gerard Jansen een park met recreatiewoningen realiseren. De grondeigenaar stelt voor dat zijn broer, Johan Jansen, de mediator zal zijn. Zijn motivatie: Johan kent de zaak immers een beetje. Maar broer Johan heeft de schijn tegen en wederpartij Vast-Goed zal niet overtuigd zijn van de onafhankelijkheid van de beoogd mediator. De onafhankelijkheid van Johan Jansen komt door de bestaande familieverhouding al snel in het geding. Het is beter dat Gerrit Jansen en Vast-Goed een andere mediator zoeken die op geen enkele manier bij de zaak betrokken is, zodat beide partijen vertrouwen hebben in de onafhankelijkheid van de mediator.

Onafhankelijke derde

1.6 Mediation in de schaduw van het recht

We zeggen wel dat in mediation de gesprekken plaatsvinden in de schaduw van het recht. Oftewel: binnen de wettelijke kaders maken partijen zelf afspraken. Als het gaat om het vaststellen van partneralimentatie in een scheiding, kan een berekening gemaakt worden van de bedragen die de rechter zou hanteren. Met die bedragen kunnen partijen rekening houden bij hun onderhandelingen. Zij kunnen echter ook andere belangrijke elementen uit hun onderhandelingen daarbij betrekken, bijvoorbeeld de wens van de vrouw om economisch zelfstandig te worden en de tijd die zij nodig heeft om dat te bereiken. In de eindafspraken van dit stel wordt dan bijvoorbeeld vastgelegd dat de hoogte van de alimentatie in acht jaar trapsgewijs wordt afgebouwd en dat de man in die periode de kosten van de opleiding van de vrouw en de extra oppaskosten voor de kinderen voor zijn rekening neemt. Zo vinden deze mensen een oplossing op maat, die de rechter hen nooit had aangereikt. Simpelweg omdat bij de rechter niet ter sprake zou zijn gekomen wat de toekomstwensen van de vrouw zijn en op welke manier de man die kan helpen realiseren, mede in het belang van hun kinderen en een voor hem overzichtelijke periode van alimentatielast.

1.7 Het juridische kader van mediation

Hoe juridisch is mediation eigenlijk? Er wordt wel gezegd dat het alleen maar een manier van conflicten oplossen is, maar mediation kent wel degelijk juridische aspecten die niet verwaarloosbaar zijn. In subparagraaf 1.7.1 zien we dat de wet handvatten biedt en in subparagraaf 1.7.2 worden juridische onderwerpen behandeld die betrekking hebben op mediation. Tot slot wordt in subparagraaf 1.7.3 aangegeven dat mediation nu nog niet in de wet is geregeld, maar dat er wel een wetsvoorstel aanhangig is dat mediation in de wet moet gaan verankeren. We zullen kort aangeven wat dit wetsvoorstel inhoudt.

Juridische aspecten

1.7.1 Juridisch kader

Mediation als zodanig is (nog) niet in de wet vastgelegd, maar mediation kent wel degelijk een juridisch kader. We zagen al dat mediation plaatsvindt in de schaduw van het recht. Hiermee wordt bedoeld dat partijen in het nemen van beslissingen rekening houden met hetgeen de rechter zou zeggen. Op basis van jurisprudentie, vakliteratuur en ook rekentabellen is vaak goed aan te geven in welke richting een rechterlijke uitspraak in een bepaalde situatie zou gaan.

In de schaduw van het recht

1

Mediation wordt vaak toegepast om juridische conflicten op te lossen. Bij de beëindiging van een arbeidsconflict kan de werkgever naar de rechter stappen. Hij kan ook met de werknemer in gesprek gaan en in goed onderling overleg het dienstverband op alle fronten zo goed mogelijk beëindigen. Ruzie om een nalatenschap kunnen de erfgenamen bij de rechter uitvechten. Zij kunnen er ook voor kiezen om naar een nalatenschapsmediator te gaan. Daar wordt niet als eerste gekeken wie er gelijk heeft, maar er wordt eerst aandacht besteed aan de verwachtingen van alle betrokkenen, aan wat de erflater misschien beloofd of gezegd heeft en aan de onderlinge verhoudingen. Eerst het menselijke aspect, iedereen wil gezien en gehoord worden. Pas daarna kan er ruimte ontstaan voor de juridische kwesties die spelen en wordt de wet erbij gepakt.

1.7.2 Juridische onderwerpen

Er is geen Wetboek van Mediation en ook in het Burgerlijk Wetboek is geen enkel hoofdstuk aan mediation gewijd. Toch geeft onze wet wel degelijk handvatten als het gaat om mediation. Op de eerste plaats is er jurisprudentie. Op de tweede plaats worden in mediation afspraken gemaakt en vastgelegd, die afdwingbaar zijn: het overeenkomstenrecht. De mediator moet voldoen aan zijn gedragsregels. Doet hij dat niet, dan is het klacht- en tuchtrecht van toepassing.

Jurisprudentie
Overeenkomstenrecht
Gedragsregels
Klacht- en tuchtrecht

Jurisprudentie

Mediation is nog niet geregeld in het Burgerlijk Wetboek, maar het recht is meer dan het BW alleen. En waar de wet zwijgt, wordt de rechter aan het werk gezet. Er ontstaat steeds meer jurisprudentie over allerlei onderwerpen die het mediationproces en de mediator betreffen. Onder andere de vertrouwelijkheid en de geheimhouding zijn een dankbaar onderwerp voor rechtszaken. Periodiek wordt de belangrijkste jurisprudentie gebundeld en uitgegeven in het tijdschrift *Nederlandse Mediation*. Daarnaast zijn de belangrijkste arresten ook gebundeld in de uitgave *Rechtspraak Mediation* (2013).

Algemeen overeenkomstenrecht

In mediation worden afspraken gemaakt. Het algemene overeenkomstenrecht uit boek 3 en 6 BW is daarom van toepassing. Daarnaast zijn ook artikelen uit boek 7 BW van belang. De mediationovereenkomst is zowel een overeenkomst van opdracht (artikel 7:900 BW) als een meerpartijenovereenkomst. De overeenkomst waarin aan het einde van het mediationtraject de gemaakte afspraken worden vastgelegd, is meestal een vaststellingsovereenkomst (artikel 7:400 BW). Afhankelijk van de aard van de afspraken kan het ook een 'gewone' overeenkomst zijn. Komt een partij haar verbintenis op grond van een overeenkomst niet na, dan treedt (tenzij anders afgesproken) het algemene verbintenissenrecht in werking en kan de andere partij haar aanspreken op nakoming, al dan niet in combinatie met schadevergoeding.

Mediation-overeenkomst

Klacht- en tuchtrecht

Tot slot is de mediator gebonden aan de gedragsregels van de beroepsvereniging waarvan hij geregistreerd lid is. Dat betekent ook dat het klacht- en tuchtrecht van toepassing is, als een cliënt meent dat de mediator zijn werk niet goed heeft gedaan of zich niet aan de gedragsregels heeft gehouden. De mediator die is geregistreerd bij het MfN (Mediatorsfederatie Nederland) is gebonden aan de MfN-gedragsregels en onderworpen aan het toepasselijke klacht- en tuchtrecht.

1.7.3 Wetsvoorstel Mediation

Sinds 21 mei 2008 geldt de Europese Mediationrichtlijn (Richtlijn 2008/52/EG, PbEU 2008, L 136/3). Deze richtlijn heeft kort gezegd tot doel de toegang tot mediation voor burgers en instellingen in Europa eenvoudiger te maken. De Richtlijn moest voor 21 mei 2011 in Nederland zijn geïmplementeerd. Dat is niet gelukt, maar inmiddels is er wel een initiatiefwetsvoorstel ingediend door minister Van der Steur. Op het moment van afronden van dit boek (september 2016) is het initiatiefwetsvoorstel-Van der Steur in consultatie gegeven.

De belangrijkste onderwerpen die dit wetsvoorstel wil regelen zijn de volgende.

Openbaar overheidsregister voor mediators

Er komt een openbaar overheidsregister voor mediators om de kwaliteit van mediation als methode van geschiloplossing te bewaken. Mediators die staan ingeschreven, mogen de wettelijk beschermde titel 'beëdigd mediator' dragen. Voor registratie gelden straks uniforme eisen aan opleiding en ervaring. Deze mediators moeten een eed afleggen voor de rechtbank. Het register biedt betere waarborgen aan degenen die gebruik willen maken van mediation. Alleen degenen die in het wettelijke register zijn ingeschreven, mogen zich beëdigd mediator noemen.

Bevordering van de inzet van mediation

Daarnaast wordt de bevordering van de inzet van mediation gestimuleerd. Dit is van belang omdat het bijdraagt aan dejuridisering van geschillen. In mediation zijn partijen persoonlijk betrokken bij het vinden van een oplossing voor hun geschil. Dit leidt vaak tot een bevredigende en duurzame oplossing waardoor een beroep op de rechter in veel gevallen niet meer nodig is. Het wetsvoorstel van minister Van der Steur bevat tot slot ook maatregelen om het inzetten van mediation, in plaats van het starten van een juridische procedure, in het burgerlijk recht en in het bestuursrecht te stimuleren.

Vragen

-
- 1.1** Waarom neemt de populariteit van mediation als vorm van conflictoplossing in Nederland toe?
 - 1.2** Lees de openingscasus nog eens goed door. Meneer en mevrouw Jansen zijn een bezwaarprocedure gestart bij de gemeente. Stel dat zij voor mediation hadden gekozen. Wat zou hen dat hebben opgeleverd? Betrek in je antwoord relevante kenmerken van mediation.
 - 1.3** Zoek in de media naar een conflictsituatie. Print of knip het artikel uit en neem het mee naar de les. Stel dat jouw advies wordt gevraagd. Zou je dan naar mediation verwijzen? Waarom wel of waarom niet?
-