

Hoe maak je een zakelijke mediation tot een succes?

Vijf tips voor de advocaat

Ondernemingsrecht 2016/9

1. Zorg voor een goede voorbereiding

Zoals iedere goede onderhandelaar weet, valt of staat het uiteindelijke resultaat met een goede voorbereiding. Dat betekent onder meer een analyse van het conflict, uitleg aan de cliënt van wat hij kan verwachten, selectie van en afstemming met een voor de zaak geschikte mediator, en een bewuste keuze van de personen die aan de mediation-tafel plaatsnemen. En het betekent vooral een inventarisatie van de belangen van de cliënt én van de wederpartij om daarmee in de mediation te kunnen inbrengen waar het uw cliënt werkelijk om gaat en te kunnen anticiperen op de opstelling van de wederpartij in de mediation.²

2. Neem voldoende afstand van de cliënt

De advocaat die een front vormt met zijn cliënt maakt een oplossing niet eenvoudiger. Als de advocaat bereid is zijn cliënt een spiegel voor te houden en hem ook op zijn eigen rol in het conflict te wijzen, helpt dit in het proces. Wat ook helpt is een goede samenwerking met de andere advocaat en de mediator. Dat houdt in een open onderlinge communicatie, korte lijnen, bijvoorbeeld over de gevoeligheden van partijen en over de eigen opstelling tijdens de bijeenkomsten. Hierin past bijvoorbeeld ook een regiegesprek tussen mediator en advocaten voorafgaand aan een mediation. Vanuit een goed samenwerkende professionele driehoek valt het duwtje dat vaak nodig is eenvoudig te geven.

3. Val bij impasses niet terug op het juridisch gelijk

Impasses horen erbij. Ook in mediation. Het is de kunst om juist dan niet terug te vallen op het juridisch gelijk, maar te blijven focussen op wat voor uw cliënt belangrijk is in de toekomst, in materiële, relationele, communicatieve en emotionele zin.

Vanzelfsprekend telt u uw knopen, en weegt u een te bereiken resultaat in de mediation af tegen de proceskansen. Neem daarin mee dat die inschatting van de succeskans, opgeteld bij de inschatting van de zaak door de advocaat van de wederpartij, in de regel ruim boven de 100% uitkomt. Dat betekent dat in ieder geval één van de advocaten de kansen te rooskleurig schat. Daarnaast is de vraag natuurlijk in hoeverre de verschillende belangen van uw cliënt zelfs bij winst voldoende worden gediend. Bespreek in dat kader met uw

cliënt wat het voor hem in de praktijk betekent als hij de procedure wint of verliest.

Wat zou u bij een impasse dan wel kunnen doen? Dat hangt af van de oorzaak van de impasse. Is die zuiver financieel, dan kan brainstormen over andere opties, overleg met de achterban, input van deskundigen, koek vergroten, fiscaal advies ed. uitkomst bieden. Vaak hangt een impasse samen met bejegening, emoties of nog niet hersteld vertrouwen, wat kan blijken uit (vrees voor) een verborgen agenda. Ook dan zijn er legio maatoplossingen om de impasse te boven te komen. Zorg in elk geval dat u de oorzaak van de impasse zoals u(w) cliënt die ziet, bespreekbaar maakt. U kunt dan de mediator voeden met suggesties, zoals een time-out, stilstaan bij de communicatie, bespreekbaar maken van de ervaren bejegening, wissel van onderhandelingsdelegatie, achterban aan tafel, een andere setting ed.

(Het gaat bij mediation stap voor stap, met soms een stapje achteruit. Doorzettingsvermogen en geduld zijn voor partijen en hun raadslieden, en voor de mediator, een must.)

4. Haal ook profijt uit een mislukte mediation

Een mislukte mediation wil lang niet altijd zeggen dat een oplossing buiten rechte niet meer haalbaar is. Het kan ook een stap zijn in het proces. Dus neem, als de emoties wat geluwd zijn, in ieder geval de moeite om nogmaals contact te zoeken met de wederpartij voor verder overleg. Ook kunt u, nog gebruikmakend van de mediator, gezamenlijk een beëindigingsdocument opstellen waarin staat hoe ver partijen zijn gekomen. Dat kan niet alleen als basis dienen voor hernieuwd overleg, maar ook om de achterban eensluidend te informeren. Zonder toestemming van de andere partij(en) dient men immers over de inhoud en het verloop van de mediation te zwijgen. Als nadien toch nog wordt gekozen voor een rechter of andere geschilbeslechter kan zo'n beëindigingsdocument ook worden gegoten in de vorm van een arbitraal compromis of een verzoekschrift ex artikel 96 Rv.

5. Pak door als een mediation slaagt

Vaak wordt aan de mediationtafel overeenstemming op hoofdlijnen bereikt met de afspraak dat die hoofdlijnen door de mediator of door één van de advocaten wordt uitgewerkt in een concept vaststellingsovereenkomst. Let op dan, want ook hier zit "the devil in the detail". Zorg dat de uitwerking toch zoveel mogelijk aan tafel wordt doorgesproken, zodat de kans dat hierover ruis ontstaat, vermindert. En als dat toch gebeurt, schroom dan niet nogmaals aan tafel te gaan zitten. Dat werkt veel beter en vooral minder escalerend dan een eindeloze mailwisseling tussen advocaten. Als de ruis de bewoording van de gemaakte afspraken betreft, is het een optie om nog een bijeenkomst met alleen de advocaten en de mediator te beleggen. Dat schakelt vaak snel.

¹ Eva Schutte is mediator te Amsterdam. Jacqueline Spierdijk is mediator te Den Haag.

² NB zie verder onze bijdrage in de special mediation van het *Advocatenblad*, september 2015: "Tien vragen om een mediation goed voor te bereiden".

Desgewenst kunnen de partijen zelf dan nog bijeenkomen voor het tekenmoment. Ook dat hoort bij een zorgvuldige afronding van de mediation.

Misschien wel de belangrijkste tip: **onderschat uw rol als advocaat niet**. De advocaten kunnen een mediation maken of breken. Dit geldt ook als de advocaten niet aan de mediatie tafel plaatsnemen. Uw betrokkenheid – en daarmee uw invloed – blijft gedurende het gehele mediationproces van groot belang.³

³ Zie voor meer tips, ons bij Sdu uitgegeven boek: *De advocaat in mediation*.