

Het mediatorsproposaal, een nuttig laatste redmiddel?

Als in een mediation alles al is geprobeerd om tot een oplossing te komen en het toch niet is gelukt om partijen tot elkaar te laten komen, komt het moment om de mediation te beëindigen. Alhoewel, een alternatief zou nog kunnen zijn dat de mediator de rol van niet-bindend adviseur op zich neemt. In dit geval wordt zo'n niet-bindend advies ook wel een mediatorsproposaal genoemd. In deze bijdrage dit keer geen jurisprudentie – die is er nog niet – maar een oproep aan de lezers om ervaringen met het mediatorsproposaal te delen.¹

DOOR EVA SCHUTTE EN JACQUELINE SPIERDIJK



Eva Schutte

is zakelijk mediator en medeoprichter van Reuling-Schutte. Ze publiceert regelmatig over mediation en is lid van het college van beroep van STM.



Jacqueline Spierdijk

was twintig jaar MfN-mediator en legt zich nu toe op het trainen van juristen en mediators in beroepsvaardigheden.

In de Verenigde Staten is het mediatorsproposaal al jaren *common practice*.² Onze indruk is dat het ook in Nederland, in zakelijke mediation, steeds vaker gebeurt. Wanneer is dit aan de orde en wat zijn de spelregels? Voorop staat dat volgens de MfN-Gedragsregels uiterste terughoudendheid is geboden. Artikel 3.2 van de gedragsregels met als kopje Partijautonomie, bepaalt: 'De Mediator doet geen uitspraak over de Kwestie.' In de toelichting volgt een uitleg: 'De mediator doet geen uitspraak over de kwestie of een onderdeel daarvan. Hij neemt dus geen beslissing over de inhoud van het conflict tussen partijen. De mediator is ook terughoudend in het geven van zijn mening of het geven van advies over wat een partij wel of niet zou moeten doen. Een mening of advies is doorgaans niet waarde vrij en onpartijdig en verdraagt zich lastig met de partijautonomie en de neutrale rol van de mediator. De mediator wijst partijen zo nodig op de mogelijkheid om externe adviseurs of deskundigen te raadplegen tijdens de mediation.'

Vanwege die risico's voor de partijautonomie en de neutrale rol van de mediator, zoals verwoord in de hiervoor weergegeven toelichting, is het van belang dat voor partijen duidelijk is wanneer een mediatorsproposaal wel en niet aan de orde is. En verder dat de spelregels daarvan vooraf zorgvuldig met partijen zijn afgestemd, en hierover dus geen misverstand kan ontstaan.

In de praktijk wordt een mediatorsproposaal meestal voorgesteld door de mediator. Het is

immers zijn taak als procesbegeleider om als een mediation dreigt vast te lopen, te onderzoeken of er toch nog een mogelijkheid is om de mediation met overeenstemming af te ronden. Een mediatorsproposaal is echt bedoeld als laatste redmiddel. Zo brengt de mediator het ook bij partijen: het is óf de mediation beëindigen óf een mediatorsproposaal. Vervolgens is het aan partijen om de keuze te maken. Alleen als alle partijen kiezen voor een mediatorsproposaal kan de mediator hiertoe overgaan. Zo niet, dan beëindigt de mediator de mediation.

Als partijen met het mediatorsproposaal instemmen, is het vervolgens aan de mediator om de spelregels hiervoor goed af te spreken en schriftelijk vast te leggen.

De volgende spelregels liggen, volgens ons, voor de hand:

- De mediator omschrijft in overleg met partijen het onderwerp van het mediatorsproposaal nauwkeurig en bakent het af.
- De mediator zal een voorstel doen waarvan hij denkt dat het acceptabel zou kunnen zijn voor beide partijen.
- Beide partijen krijgen het voorstel tegelijk te horen en krijgen de gelegenheid hierover na te denken.
- Er kan alleen ja of nee worden gezegd tegen het voorstel, er kan dus niet over onderhandeld worden.
- Het mediatorsproposaal valt onder de in mediation overeengekomen geheimhouding.
- In geval een of beide partijen het mediators-

proposal niet zonder voorbehoud accepteert/accepteren, beëindigt de mediator de mediation.

- Als beide partijen akkoord gaan met het mediatorsproposaal loopt de mediation door totdat alle gemaakte afspraken zijn vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst of afsprakenlijst.

Er zijn ook andere afspraken te maken, bijvoorbeeld dat de mediator een bandbreedte voorstelt op basis waarvan partijen nog verder kunnen onderhandelen onder leiding van de mediator.

Welke vorm de mediator ook kiest, essentieel is dat de afspraken vooraf duidelijk zijn voor partijen en dat deze ook worden nageleefd en zo nodig door de mediator worden gehandhaafd. Dat betekent dus dat als wordt gekozen voor de vorm waarin partijen ja of nee moeten zeggen tegen het mediatorsproposaal, een reactie die inhoudt dat het alleen wordt geaccepteerd als alsnog aan een bepaalde voorwaarde wordt voldaan, wordt beschouwd als een nee. Het gevolg daarvan is dat de mediator de mediation alsnog beëindigt zonder dat overeenstemming is bereikt. Een andere aanpak zou immers in strijd zijn met de vooraf vastgestelde spelregels.

Ook is het aan de mediator om heldere afspraken te maken over de wijze waarop partijen laten weten wel of niet in te stemmen met het mediatorsproposaal. Het ligt voor de hand dat de mediator partijen vraagt om binnen een afgesproken termijn, al dan niet schriftelijk, naar hem toe te reageren. Als de mediator ervoor kan kiezen om partijen te vragen dit kenbaar te maken in een – laatste – gezamenlijke bijeenkomst, maakt de mediator het zich wel moeilijker, want wie reageert dan als eerste en roep je dan niet juist discussie op je af? Als de reactie op het mediatorsproposaal afzonderlijk plaatsvindt, wordt wel afgesproken dat de mediator niet meedeelt wie ja en wie nee hebben gezegd. De partij die nee heeft gezegd, weet dan niet wat de andere partij of partijen hebben gezegd. Alleen de partij die bij een mediation tussen twee partijen ja heeft gezegd, weet wat de andere partij heeft gezegd. Dat deze partij wel bereid was tot het voorgestelde compromis wordt dan dus niet bekend. De praktijk leert dat dit als positief wordt ervaren.

In hoeverre is het mediatorsproposaal een compromis? Dat is afhankelijk van de zaak. Een mediationproposaal is maatwerk. Het kan natuurlijk zijn dat de mediator een financieel gat dat er nog is, dicht door het tussen partijen te delen. De mediator schat in tegen welk voorstel beide partijen nog net ja zouden kunnen zeggen. Het is dus geen oordeel over wat (juridisch) juist is, uitsluitend een voorstel dat, gezien alles wat de mediator heeft gehoord en geproefd, de meeste kans maakt om door partijen te worden omarmd. Een mediatorsproposaal hoeft niet altijd te gaan over de verdeling van geld. Het kan zijn dat er nog andere geschilpunten resteren, zo zou de mediator ook een voorstel kunnen doen over de toewijzing van roerende zaken of voor een termijn waarbinnen een afgesproken handeling moet worden verricht.

Een voordeel van een mediatorsproposaal kan zijn dat partijen de uitkomst van de mediation gemakkelijker kunnen verant-

woorden aan hun achterban. Zij kunnen immers aanvoeren dat zij hebben vastgehouden aan hun (laatste) bod, maar de mediator erop heeft aangedrongen om toch nog een allerlaatste stap te zetten.

Nadelen kunnen er ook zijn. Partijen die weten of verwachten dat de mediator het instrument van een mediatorsproposaal hanteert, kunnen daarop in de mediation anticiperen. Zij zijn wellicht terughoudender, of minder open over hun werkelijke ondergrens, in de hoop zo het mediatorsproposaal in hun voordeel te beïnvloeden. Als beide partijen de kaarten tegen de borst houden, komt er minder informatie op tafel, wat de succeskans van een mediation beperkt.³

Het is ook de vraag of een mediatorsproposaal partijen niet de kans ontnemt om in te zien dat zij (of een van hen) er kennelijk nog niet aan toe zijn (is) het conflict los te laten, en te zoeken naar manieren waarop dat wél kan. Dat hangt af van de wens van het ambitieniveau van conflictantering: gaat het partijen om stoppen met vechten, bereiken van overeenstemming, oplossen van onderliggende geschilpunten, loslaten of verzoening?⁴

De mediator schat in tegen welk voorstel beide partijen nog net ja zouden kunnen zeggen

Ten slotte is er nog de formele, maar ook wel principiële vraag: mag de mediator eigenlijk een voorstel doen volgens de MfN-Gedragsregels zonder de mediation te beëindigen? Het tweede deel van de hiervoor geciteerde toelichting op gedragsregel 3 ('De mediator doet geen uitspraak over de kwestie') luidt: 'In het geval de mediator op uitdrukkelijk verzoek van alle partijen toch een al dan niet bindende uitspraak wil doen, zal hij duidelijk afstand moeten doen van zijn rol als mediator. Het moet voor partijen duidelijk zijn in welke hoedanigheid hij optreedt. De mediator legt deze rolwisseling schriftelijk vast.'

Naar de letter lijkt deze toelichting te vereisen dat de mediator afstand doet van zijn rol als mediator en echt van rol wisselt alvorens een mediatorsproposaal te doen. Dat zou ook betekenen dat nieuwe afspraken moeten worden gemaakt over honorarium, geheimhouding, en dergelijke. Naar onze indruk is dat zeker niet wat er in de Amerikaanse praktijk gebeurt, maar ook niet in Nederland, en zou dit ook niet wenselijk zijn. Toen deze toelichting op de gedragsregels in 2011 werd geformuleerd, was het mediatorsproposaal in Nederland nog onbekend. Misschien kan de MfN als de tijd daar rijp voor is de positie van het mediatorsproposaal in de toelichting verduidelijken?

Kortom, het mediatorsproposaal is volgens ons een extra instrument voor de mediator, dat echter wel terughoudend moet worden ingezet. De gedachte van mediation is immers dat partijen zelf tot een oplossing komen en deze niet wordt aangedragen door de mediator. Alleen als laatste redmiddel, als echt alles is geprobeerd, kan het nuttig zijn, vinden wij.

Wij zijn benieuwd naar de ervaringen van mediators met het mediatorsproposaal en roepen de lezers dan ook op om die

Herken je een van de volgende situaties?



Gratis proeverij/webinar

Mensen blijven ruzie maken. Een convenant, ho maar! Een ouderschapsplan dat niet wordt nageleefd? IJzige stiltes of emoties die hoog oplopen ... er komt géén beweging in! Heb je meerdere lastige mediations lopen en is de lol eraf dan zuigen deze conflicten je leeg ...

Emotionally Focused Mediation

Emotionally Focused Mediation biedt hierop een antwoord. Het is een vorm van conflictbemiddeling waarbij waardevolle inzichten en praktische handvatten vanuit de Emotionally Focused Therapy (EFT) vertaald zijn naar de context van conflicthantering. Het hechtingsperspectief biedt ons hierbij een nieuwe taal voor mediations in arbeidsrecht, familierecht of herstelrecht.

Leergang Emotionally Focused Mediation

De volgende 7-daagse leergang Emotionally Focused Mediation van Stichting EFT Nederland start op 10 oktober 2022.

Een nieuwe benadering van relaties en communicatievormen. Een zeer effectieve en liefdevolle werkwijze.

Nieuwsgierig?

Gratis proeverij/webinar op dinsdag 21 juni 2022 van 20.00– 21.00 uur.

Lees meer op onze site www.eft.nl/trainingen



ervaringen met ons te delen (mail naar spierdijk@xs4all.nl en/ of evaschutte@reulingschutte.nl). We zijn vooral benieuwd hoe vaak het voorkomt, in wat voor soort geschillen, of het ook andere dan financiële kwesties betreft, en zo ja, welke. En of de spelregels die wij beschreven, worden gevolgd of dat andere afspraken worden gemaakt, en zo ja, welke.

De opbrengst van dit mini-onderzoek delen wij dan weer graag met de lezers, zodat lering kan worden getrokken uit al opgedane ervaringen met het mediatorsproposalen. Dit ook al omdat er nog weinig over is geschreven. Zo wordt het mediatorsproposalen niet eens genoemd in het *Handboek Mediation*.⁵

Hoog tijd dus voor meer duidelijkheid over de voorwaarden voor het mediatorsproposalen zodat het op een verantwoorde wijze kan worden ingezet. ■

NOTEN

1. Diederik Diercks deed dat ook al in zijn artikel 'Breek onderhandelingen open met het mediator's proposal', *TC* 2020/4 en plaatste eigen ervaringen mooi in de context van de sociale psychologie.
2. Stephen A. Hochman, 'A Mediator's Proposal – Whether, When and How It Should Be Used', www.mediate.com, February 2012.
3. Judge Wynne S. Carvill, 'The danger of mediator's proposals', *JAMS ADR Insights*, 9 June 2020, jamsadr.com; zie ook Martin Quinn, 'Mediators proposals: God's gift to mediation, or a betrayal?', *JAMS ADR Insights*, 12 December 2014, jamsadr.com.
4. Dick Allewijn, 'Het laatste kloofje', in: *In het Centrum voor Conflicthantering*, 2004, p. 41.
5. Het mediatorsproposalen wordt wel genoemd in o.a.: M. Schonewille, *Toolkit Mediation*, Boom 2018; E. Schutte en J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Sdu 2021, p. 188 e.v.; M. Brink, *(Business) mediation en materiedeskundigheid*, Boom 2012 en E. Schutte, 'Mediation in ondernemings(rechtelijke) geschillen', in: C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijsen (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI*, Wolters Kluwer 2019, p. 304.