

Breek onderhandelingen open met het mediator's proposal

Soms lukt het niet. De tandarts biedt € 6.250 als eindbod, de assistente vraagt € 7.000. De werkgever biedt € 120.000, de werknemer vraagt € 200.000. De aannemer biedt € 50.000, de onderaannemer vraagt € 80.000. Diederik Diercks gebruikt het *mediator's proposal* als breekijzer. Wat is het, wanneer kun je het gebruiken, hoe doe je dat en welke sociaalpsychologische principes spelen een rol bij de timing en de inzet ervan?

vaardigheden

Door **Diederik Diercks**

Het komt voor in mediations waar ik bij betrokken ben: er is al een paar uur onderhandeld, maar nu wordt er niet meer bewogen. In alle gevallen zijn de alternatieven voor beide partijen slechter dan hun eigen laatste bod en soms zelfs slechter dan het laatste bod van de wederpartij. Desalniettemin overheerst de woede en een gekrenkt rechtvaardigheidsgevoel. Een breekijzer om in deze situaties toch tot een oplossing te komen is het *mediator's proposal*. Disclaimer: deze tool, het gebruik en de inzet ervan, heeft een hoog evaluatief gehalte. Als mediator moet je je daar prettig bij voelen.

De eerste keer dat ik met een mediator's proposal in aanraking kwam was toen ik in 2010 meeliep met een JAMS mediator in San Francisco. JAMS (Judicial Arbitration and Mediation Services) is een Amerikaans mediation- en arbitragekantoor. Ik liep mee met een oud-rechter, nu mediator, opgegroeid in El Paso. In de zes uur durende pendelonderhandeling tussen een werknemer en een werkgever begon de advocaat van de werkgever al na twee uur bij elk nieuw voorstel (van de werknemer) te vragen of dit al het mediator's proposal was: 'Is this the mediator's proposal?' 'No, it's not. This is their proposal.' 'Ok, right. Well, this proposal is unacceptable, because' Aan het eind van de onderhandeling, toen er geen beweging meer in zat, deed de mediator eindelijk zijn mediator's proposal. Dit werd door beide partijen geaccepteerd.

Waarom loopt het vast?

Laten we naar het voorbeeld van de tandarts uit het intro kijken. Hij bood € 6.250 als eindbod, de assistente vroeg € 7.000, ook als eindbod. De tandarts was heel erg boos. En irrationeel. Hij had mij verteld dat hij ongeveer drie ton per jaar verdiende én dat hij al drie maanden slecht sliep door het conflict met zijn assistente. Toch wilde hij niet de laatste € 750 bijleggen. Daarvoor was hij te boos. Elke mediator zal hier *lose-lose*-gedrag herkennen: de onderste treden uit de escalatieladder van Glasl. Dit gold ook voor de assistente. Zij wilde koste wat kost van de tandarts af. Ze had al sollicitaties lopen bij andere tandartsen en een goed arbeidsmarktperspectief. Toch weigerde ze dat laatste stapje van € 750 te zetten: de tandarts moest betalen voor wat hij haar had aangedaan. Beiden leken bereid om het conflict juridisch voort te zetten als de ander niet de laatste stap ging zetten.

Ik kan me voorstellen dat u nu zegt 'dan heb je als mediator ergens iets gemist. Het is immers jouw taak om te de-escaleren?' Zeker, dat zou kunnen. En die vraag stel ik mij ook. In dit geval was een voor mij mitigerende omstandigheid dat ik al de tweede mediator was die hier zijn handen aan mocht branden. Dus laten we voor nu even de aanneme doen dat het geen gebrek aan kwaliteit van de mediator was. Maar als het de mediator niet is, hoe komt het dan dat ze blijven hangen?

Reactive devaluation

In de sociale psychologie is door Lee Ross onderzoek gedaan naar *reactive devaluation* (reactieve ontwaarding).¹ In 1986 onderhandelden Ronald Reagan en Mikael Gorbatsjov in Reykjavik over het verminderen van atoomwapens. Op enig moment lag er een voorstel op tafel. Lee Ross liet dit aan drieduizend Amerikanen zien en vroeg hen of ze het een goed voorstel vonden. Bij de eerste duizend proefpersonen heette het 'The Reagan-proposal', bij de volgende duizend 'The United Nations-proposal' en bij de laatste duizend 'The Gorbachev-proposal'. Het voorstel was inhoudelijk steeds precies hetzelfde en makkelijk leesbaar: een A4'tje in jip-en-janneketaal. U raadt het al: van de duizend Amerikanen die het Reagan-proposal zagen, vond 90 procent het een goed voorstel. Bij de Verenigde Naties-groep was dit 80 procent, maar bij de Gorbatsjov-groep was dit maar 44 procent. Dit noemen we *reactive devaluation*. In andere woorden, hoe goed we een voorstel voor onszelf vinden, hangt af van wie het doet.

Aan het eind van een onderhandeling waarin het niet goed genoeg gelukt is om te de-escaleren, kan dit de drempel tot een akkoord zijn. Wat goed is voor de ander is dat sowieso niet voor mij, dus geen van beiden gaat ooit akkoord met een voorstel van de ander. Het goede nieuws voor mediators: wij zijn de Verenigde Naties!

Wanneer doe je een mediator's proposal?

Timing en een goede inschatting van de mindset van partijen zijn essentieel bij het effectief inzetten van een mediator's proposal. Doe je het te vroeg, dan zullen (beide) partijen het gevoel hebben dat je een partijdig voorstel doet. Ze hebben dan het gevoel dat de onderhandeling niet voldragen is en dat er een voor hen gunstiger resultaat in het verschiet ligt. Doe je een mediator's proposal terwijl een van de twee er überhaupt niet uit wil komen, dan ga je ook nat. Om te begrijpen hoe dit proces in de hoofden van partijen werkt, gebruik ik de *prospect theory*.

Prospect theory

Daniel Kahneman en Amos Tversky formuleerden in een artikel in 1979 de *prospect theory*.² Deze theorie stelt, kort gezegd, dat mensen bereid zijn om grotere risico's te nemen wanneer ze de status quo ervaren als verlies, dan wanneer ze de status quo ervaren als winst. Het beroemde voorbeeld (en in deze coronatijden angstig werkelijk) is de keuze die zij twee groepen artsen voorlegden. De artsen kregen te horen dat er een grote uitbraak van een nieuwe, tot dan toe onbekende ziekte was. De eerste medicijnen kwamen uit de laboratoria

en het was aan hen als artsen om te kiezen welke medicijnen gebruikt gingen worden.

De ene groep kreeg de volgende keuze voorgelegd: 600 patiënten die behandeling A of B krijgen. Bij behandeling A overleven tweehonderd patiënten. Bij behandeling B is er een derde kans dat alle patiënten overleven en twee derde kans dat niemand overleeft. Een meerderheid van de artsen koos voor behandeling A.

De andere groep kreeg deze keuze voorgelegd: 600 patiënten die behandeling C of D krijgen. Bij behandeling C sterven vierhonderd patiënten. Bij behandeling D is er een derde kans dat geen enkele patiënt sterft en twee derde kans dat alle patiënten sterven. Hier koos een meerderheid van de artsen voor behandeling D.

Als je dit met elkaar vergelijkt, zie je dat de uitkomsten van A en C hetzelfde zijn, en van B en D ook. Het enige verschil is de *framing*. De artsen kozen voor zekerheid wanneer deze zekerheid als winst werd geformuleerd en kozen voor de gok wanneer de zekerheid als verlies werd geformuleerd. Voor wie meer wil weten hierover is het boek *Thinking, fast and slow* van Kahneman uit 2011 een aanrader.

De prospect theory in mediation

In het algemeen is de *prospect theory* een waardevol concept voor mediators. Partijen zullen aan het eind van een onderhandeling vaak het gevoel hebben dat wat daar als resultaat ligt een verlies is: het is immers minder dan ze wilden hebben. Aan jou als mediator de schone taak om dat te reframen. Vraag ze naar hun BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) en gebruik het verschil tussen de BATNA en de deal als winst.³

Wat goed is voor de ander is dat sowieso niet voor mij

Een voorbeeld: in een vastlopende onderhandeling vroeg ik een werkgever naar zijn BATNA. Hij was gevechtsklaar en had in zijn hoofd al € 20.000 aan advocaatkosten afgeschreven voor de juridische strijd, maar dan zou gerechtigheid ten minste overwinnen. In zijn hoofd was dus de BATNA als winst geformuleerd, morele winst. Ik vroeg hem vervolgens wat hij zou doen als ik hem nú € 20.000 gaf. Cash in het handje. Hij moest wat lachen en zei na enig aandringen dat hij dat natuurlijk in business development zou stoppen. Toen zei ik: 'Mooi, ik heb hier € 20.000 voor je, je hoeft alleen maar te tekenen.' Hij lachte nog wat harder... en tekende.

Het tekenen was nu als winst geformuleerd, waardoor hij afzag van de gok. Tot dat moment voelde tekenen als verlies (een som geld aan de werknemer betalen) en koos hij dus voor de gok (verder procederen).

De prospect theory bij mediator's proposal

Het goede moment voor een mediator's proposal is wanneer partijen het alternatief (het einde van de onderhandeling) als verlies ervaren. Dit betekent ten eerste dat partijen er écht van overtuigd moeten zijn dat er geen beweging meer mogelijk is in de onderhandeling. Wanneer zij het gevoel hebben dat het laatste bod van de ander of van henzelf nog moet komen, zullen ze minder ontvankelijk zijn voor een mediator's proposal. Immers, dit voorstel is voor hen een gok ('wat wordt het? Gaat de ander akkoord?') en het alternatief voelt op dat moment nog als winst ('even door in de onderhandeling en dan gaat de ander toch doen wat ik wil').

Het goede moment voor een mediator's proposal is wanneer partijen het alternatief (het einde van de onderhandeling) als verlies ervaren

Ten tweede moet het alternatief als verlies voelen. Als een van de twee er heilig van overtuigd is dat zijn BATNA met alle aspecten (dus niet alleen geld, ook belasting, rust, context, onzekerheid, etc.) beter is dan zijn laatste bod, dan is er geen ruimte voor een mediator's proposal. Vaak is dit echter niet zo en de manier om dat te checken is door als mediator, het liefst plenair, na de vaststelling dat er geen beweging meer in de onderhandeling zit, de BATNA's met ze door te lopen. In het voorbeeld in het intro, over de werkgever die € 120.000 wilde betalen en de werknemer die € 200.000 vroeg na vijf uur onderhandelen, ging ik met ze aan tafel zitten en besprak de re-integratie. Immers, nu er geen deal was, moesten ze invulling gaan geven

aan die re-integratie. Dit escaleerde binnen vijf minuten. Op dat moment ervoeren beiden de status quo, het in stand houden van de arbeidsrelatie, als verlies en was er vruchtbare grond voor de gok, het mediator's proposal.

De regels van het mediator's proposal

Je kunt als mediator alleen zo'n voorstel doen wanneer de partijen een verbintenis voelen met het proces. Ik spreek hiertoe beide partijen apart en neem de tijd om het proces uit te leggen en groot te maken. Het moet hierdoor voor hen voelen als een laatste kans, een formeel moment, een ritueel. De regels zijn als volgt:

1. Het mediator's proposal is mijn voorstel, het voorstel van de mediator. Het gaat ergens tussen de laatste twee voorstellen van partijen in liggen.
2. Dit voorstel doe ik niet omdat ik denk dat dit redelijk of rechtvaardig zou zijn, het is niet wat ik vind dat het moet zijn en het is ook niet mijn juridische inschatting van de situatie. Het is enkel waarvan ik denk dat het voor beide partijen acceptabel zou kunnen zijn. Als ik denk dat zo'n voorstel niet bestaat, doe ik het ook niet.
3. Het is niet onderhandelbaar, want het is het voorstel van de mediator en partijen zijn niet in onderhandeling met de mediator.
4. Eerste ronde: de mediator doet bij beiden apart het voorstel, waarbij er niet gereageerd mag worden door partijen. Ook dit maak ik groot: ook al weten zij direct of ze ja of nee gaan zeggen, ik wil het niet weten, zodat ik het niet kan 'lekker' (verbaal of non-verbaal) aan de andere partij. Mijn zorg hierbij is dat, zodra de een weet dat de ander ja gaat zeggen, er weer reactive devaluation optreedt. Ik heb een keer een voorstel gedaan waarbij een van twee partijen aangaf drie dagen nodig te hebben om dit met de achterban te kunnen bespreken. De andere partij wist meteen zijn antwoord ('ja'), maar ik heb dat drie dagen afgehouden.
5. Tweede ronde: beiden geven aan mediator apart een ja of nee, zonder dat ze weten wat de ander zegt. De mediator loopt na het krijgen van dit antwoord ook weer even weg bij de partij, ongeacht of dit de eerste of de tweede partij was. Beide rondes kunnen ook prima telefonisch of per mail, dan gelden dezelfde regels.
6. Diegene die nee zegt, krijgt niet te horen wat de ander heeft gezegd. Bij twee keer een ja is er een deal. Overigens, vanuit de afspraken in de mediationovereenkomst is dat op dat moment een mondelinge overeenstemming en dus nog niet bindend. Dat is hij pas wanneer het op papier staat en getekend is. Ik heb echter nog nooit meegemaakt dat partijen terugkomen op hun mondelinge ja.

Inhoud van het mediator's proposal

Voor de inhoud van het voorstel zijn geen vaste regels, anders dan onder punt twee hiervoor. Jij doet als mediator een voorstel waarvan jij denkt dat het voor beiden acceptabel zou kunnen zijn. Dat oordeel heb je op basis van alle informatie die je gedurende de onderhandeling van hen hebt gekregen. Jij hebt een relatie met hen opgebouwd, jij kent hen en hun belangen. Soms zit het precies in het midden, soms meer aan de ene kant, soms meer aan de andere kant. Een kleine vuistregel is wel dat het makkelijker is om minder geld te ontvangen dan om meer geld weg te geven.

Je kunt spelen met wat voor de een belangrijker is dan voor de ander: wanneer een werknemer heel erg aan zijn opgebouwde vakantiedagen hangt (erkenning voor altijd werken en geen vrij nemen) terwijl de werkgever het belangrijk vindt dat de bonus over een ziektejaar niet wordt uitbetaald, dan kun je daar rekening mee houden in je voorstel.

Kritiek op de interventie

Er zijn een aantal (terechte) kritieken op de interventie die ik regelmatig hoor.

'Je bemoeit je met de inhoud'

Je gaat je als mediator bemoeien met de inhoud, terwijl dat nu juist het terrein van partijen is. De mediator is er voor het proces. In een recente uitspraak heeft de tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators een onverbindend voorstel door een mediator beoordeeld.⁴ De tuchtcommissie diskwalificeert het doen van een mediator's proposal an sich niet, maar stelt wel dat een hoge mate van zorgvuldigheid van de mediator is vereist. Deze uitspraak illustreert het risico van het doen van een mediator's proposal. Het ging hier op twee punten mis. Ten eerste verloor de mediator de controle over het proces: de ene partij zette de ander onder tijdsdruk en de mediator faciliteerde dit. Zo ontstond er toch weer reactive devaluation, maar nu op het proces. Ten tweede werd het voorstel van de mediator als partijdig ervaren. En dit is precies het risico van je met de inhoud bemoeien. Waarschijnlijk deed de mediator het voorstel te vroeg, oordeelt ook de tuchtcommissie. Er had nog geen voldragen onderhandeling plaatsgevonden.

'Dit is te formeel'

Het proces zoals ik het hiervoor heb beschreven is heel groot en formeel. Dat stuit soms op weerstand van collega-mediators. En dat snap ik. Ik sprak eens een collega die vertelde dat hij dit ook doet, maar dan zonder de bombarie, juist heel klein. Hij neemt beide partijen dan aan tafel, herhaalt nog eens de laatste voorstellen en zegt dan, heel onschuldig kijkend met een grote glimlach, iets

in de trant van: 'Joh, ik hoor jou 5.000 zeggen en jou 8.000. Ik zit een beetje te denken, ik weet niet hoor, ik kan ernaast zitten, maar wat zeggen jullie ervan als we dat verschil delen? 6.500? En dan nu klaar zijn?' En dat werkt voor hem. Het principe blijft hetzelfde: jij als neutrale derde biedt partijen, op basis van de relatie die je met hen hebt opgebouwd, een uitweg zonder gezichtsverlies.

Jij doet als mediator een voorstel waarvan jij denkt dat het voor beiden acceptabel zou kunnen zijn

Terug naar de tandarts

In het geval van de tandarts ben ik precies in het midden gaan zitten, op € 6.625. Beiden zeiden direct ja en hadden zo overeenstemming bereikt. Een week later sprak ik hen en zeiden ze allebei dat ze voor het eerst in een half jaar weer een hele week goed hadden geslapen.

Als MfN-registermediator handel je altijd volgens jouw beroepsnormen. Een mediator's proposal kan daarbij horen, mits er akkoord en commitment van partijen is. Jij geeft nog steeds geen oordeel als mediator en behoudt je neutraliteit. ●

Noten

1. Lee Ross & Constance A. Stillinger, *Psychological barriers to conflict resolution*, Stanford: Stanford Center on Conflict and Negotiation/Stanford University 1988, p. 4.
2. Daniel Kahneman & Amos Tversky, 'Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk', *Econometrica* 1979/2.
3. Roger Fisher & William Ury, *Getting to YES*, Penguin Books 1981. In dit boek wordt, als een van de vijf principes van principieel onderhandelen, de best alternative to a negotiated agreement (BATNA) als volgt gedefinieerd: als partijen niet tot overeenstemming komen, wat is dan hun beste alternatief?
4. Zaak M-2019-5, te vinden op mediationtuchtrecht.nl.



Diederik Diercks is MfN-registermediator, gespecialiseerd in arbeidsmediations. Hij is als directeur mediation en opleidingen werkzaam bij Result Mediation.