

'See you in mediation': (internationale) trend in zakelijke conflicten

8 januari 2024

Isabella Wijnberg, mediator en advocaat bij Houthoff, gespecialiseerd in het oplossen van complexe geschillen en massaschadeclaims

Steeds meer bedrijven nemen in hun bedrijfspolicies en contracten mediationclausules op en lossen conflicten op met behulp van een mediator. Dat gaat niet alleen over arbeidsrechtelijke conflicten maar ook over complexe (grensoverschrijdende) miljoenenclaims. Een positieve trend, gezien het steeds diverser wordende speelveld aan stakeholders. Maar hoe ziet zo'n clause eruit en hoe bereid je je voor op mediation?



"Never let a good crisis go to waste" zoals de bekende uitspraak van Churchill luidt. En dat geldt zelfs voor zakelijke conflicten die kunnen leiden tot het versterken van zakelijke relaties of het op een goede manier nemen van verantwoordelijkheid voor fouten uit het verleden. Mediation is daarvoor een waardevol instrument.

De kracht van mediation zit hem onder andere in de contractueel overeengekomen vertrouwelijkheid die een veilige omgeving creëert om alle mogelijke oplossingen te verkennen en onderlinge misverstanden uit de weg te ruimen voordat een geschil escaleert. Partijen bepalen bovendien zelf wat voor hen een acceptabele oplossing is zonder dat een rechtbank of arbiter voor hen beslissingen neemt. Dit kan snel tot een oplossing leiden met alle bijkomende voordelen van dien. Of een mediation in een specifiek conflict nuttig is, hangt voornamelijk af van de betrokken personen (en hun advocaten) en een gedegen voorbereiding. In veel gevallen zal het sowieso nuttig zijn om mediation mee te nemen in het bepalen van de beste oplossingsstrategie en ervoor te zorgen dat jij als bedrijfsjurist beschikt over mediationvaardigheden om conflicten te de-escaleren.^[1]

Mediation in bedrijfspolicies en contractsclausule

Mediation of een andere vorm van ADR kun je grofweg op twee manieren verankeren: via je bedrijfspolicy als richtlijn en/of via een mediationclausule in je contracten. Het zou hier te ver voeren om in te gaan op alle mogelijke varianten die uitgebreide stappenplannen kunnen bevatten. In zijn meest simpele vorm is een mediationclausule bijvoorbeeld:

Partijen zullen zich inspannen geschillen ter zake van of in verband met de Overeenkomst op te lossen met behulp van mediation alvorens een Partij in rechte te betrekken. Dit geldt niet voor procedures met het oog op conservatoire of spoedeisende maatregelen. Deze inspanningsverbintenis houdt in dat [gevolmachtigden van] Partijen tenminste een mediator benoemen [met behulp van een mediationinstituut] en een gesprek hebben onder leiding van deze mediator gedurende twee (2) uur. De kosten worden gelijkmatig door Partijen gedragen.

Zo'n clause kan helpen om via mediation een schikking te beproeven. Het geeft vanzelfsprekend geen garantie op succes. Mediation is naar zijn aard vrijwillig. De Hoge Raad zal hopelijk binnenkort de knoop doorhakken of een mediationclausule in zakelijke geschillen juridisch afdwingbaar is.^[2] Naar mijn mening zou dit het geval moeten zijn. Bovendien kan deze verplichting opnemen in een contract net dat ene externe zetje zijn dat partijen nodig hebben. Een goede mediator heeft aan twee uur bovendien genoeg om partijen te helpen rationeler na te denken over de vraag welke oplossingsrichting in hun belang is. Het is dan ook de moeite waard om mediation expliciet overeen te komen.

Oplossingsstrategie

Stel dat je kiest voor mediation, is het belangrijk je hier goed op voor te bereiden door jezelf af te vragen 1. hoe ver een conflict geëscaleerd is; 2. wat de onderliggende belangen en mogelijkheden van partijen zijn; en 3. wat de reden(en) zijn dat er nog geen overeenstemming is.

I Escalatiegraad

De eerste vraag is hoe ver een conflict geëscaleerd is. Conflicten kennen diverse stadia die door prof. Friedrich Glasl verbeeld zijn in de zogenaamde 'escalatieladder'.^[3] Grosso modo valt deze uiteen in drie stadia. In het eerste stadium wordt het conflict nog als een 'extern' zakelijk probleem gezien. In het tweede stadium wordt het ervaren als een persoonlijke strijd waarbij het voornaamste doel is te winnen van de ander en zelf gelijk te krijgen. In de derde fase wordt het ervaren als gevecht tussen vijanden waarbij het voornaamste doel is schade toe te brengen aan de andere partij – ook als dit mijzelf of mijn eigen bedrijf onevenredig veel kost.

Het is van belang je te realiseren waar een conflict zich op deze trap bevindt. Dit heeft namelijk onder andere invloed op de mate waarin mensen nog in staat zijn gezamenlijk tot een oplossing te komen en rationeel te handelen. In het eerste stadium lukt dat meestal nog aardig, in het tweede stadium al een stuk minder en in het derde stadium is dat vrijwel onmogelijk. Rationeel denken is echter wel cruciaal om te komen tot objectief de beste oplossing. Als je ziet dat het conflict te ver geëscaleerd is om tot oplossing te komen, is je voornaamste taak de-escalatie en niet het oplossen van het probleem zelf. De-escalatie kan bijvoorbeeld door neutraal taalgebruik in de communicatie met de andere partij of door jezelf expliciet te verplaatsen in de schoenen van de ander. NB: dat wil niet zeggen dat je de ander 'gelijk' moet geven of claims opgeeft. Het gaat erom dat je de persoon aan de andere kant ziet, zijn of haar positie en gevoelens erkent en bouwt aan een onderlinge verstandhouding, ook al ben je het over de oplossing van het probleem niet eens.

II Strategie

Een tweede vraag is wat de belangen en mogelijkheden van je eigen bedrijf en de andere partij(en) zijn en welke oplossingsstrategie daar het beste bij past. Denk daarbij aan vragen als: Wat is de kern van dit geschil? Wat zijn de diverse standpunten die worden ingenomen en waarom? Welke stakeholders zijn hier direct of indirect bij betrokken? In hoeverre willen partijen in de toekomst nog zakendoen? Hebben ze haast of geldgebrek? Hoe belangrijk wordt dit conflict gevonden door de diverse stakeholders/ toezichthouders? Hoe belangrijk is privacy c.q. PR? In hoeverre zijn de betrokken personen in staat en bereid om in gesprek te gaan? Kan dit conflict door een rechtbank worden opgelost? Zo ja: hoe lang gaat dat duren en hoeveel zou dat gaan kosten? Is dat de moeite waard? In hoeverre willen partijen zelf een oplossing kunnen bedenken? Welke rol spelen interculturele verschillen en jurisdictie-issues?

Door de belangen en mogelijkheden van alle betrokken partijen op een rijtje te zetten, kun je komen tot een eerste inschatting wat de gewenste oplossings- en onderhandelingsstrategie is en welke stakeholders hierbij betrokken moeten worden.

III Contra-indicaties voor mediation

Een derde vraag is wat de hoofdredenen zijn dat het conflict nog niet is opgelost. Zijn dit redenen die erop wijzen dat mediation niet een goede oplossing is? Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat het belangrijk is om een vonnis te krijgen als precedent, een van de partijen het conflict misbruikt of dat het doel van een aanhangige procedure publiciteit is. Het nemen van bewarende maatregelen en het voeren van een procedure zijn dan onvermijdelijk. Door toch parallel een gesprek aan te gaan onder leiding van een mediator kun je wel onnodige misverstanden, negatieve beeldvorming en escalatie voorkomen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan afspraken over de inhoud van persberichten of afspraken over dossiers die afhankelijk zijn van de uitkomst van een lopende proefprocedure.

Conclusie

^[1] Een behulpzaam boek over mediation en mediationvaardigheden is de in januari uit te komen nieuwe druk van M. Schonewille, *Toolkit Mediation. Resultaat bereiken als mediator, partijbegeleider, manager en onderhandelaar* (5e druk), Den Haag: Boom Juridisch 2024.

^[2] Op 22 december 2023 staat hierover een conclusie van de AG op de rol bij de Hoge Raad. Zie ook de discussie zoals neergelegd in E. Schutte, J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2021, par. 4.2.2.

^[3] F. Glasl, *Konfliktmanagement, Ein Handbuch für Führungskräfte, Beraterinnen und Berater*, 1980. Gecomprimeerd samengevat als gastredacteur in een Nederlandse publicatie in tijdschrift *Mens en Organisatie* (1981).