

Winst maken bij het oplossen van geschillen:
conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen

Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen

Voorwoord

Geschiloplossing moet bedrijfsmatiger aangepakt worden.
Mr. J.H. Schraven, Voorzitter VNO-NCW

Introductie

Corporate governance, mediation en zelf *in control* zijn.
Mr. C.J.A. van Lede, Voorzitter van ACBMediation

Opzet en achtergrond van het marktonderzoek

Winst maken bij het oplossen van geschillen.
Mr. Manon A. Schonewille, Directeur ACBMediation

- I. Samenvatting van de belangrijkste conclusies.**

- II. Waarom bedrijven (te) weinig gebruik maken van mediation. Gezichtspunten van experts.**

- III. Conclusies en aanbevelingen.**
 - 1- Gebrek aan inzicht in het bedrijfsleven.**
 - 2- Het imago van mediation en de rol van de mediators.**

- IV. *Good practices* voor conflict management.**

- V. Voorbeeld casus.**

- VI. Bijlagen.**

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk I. Samenvatting van de belangrijkste conclusies.	12
Hoofdstuk II. Waarom bedrijven (te) weinig gebruik maken van mediation. Gezichtspunten van experts.	18
Hoofdstuk III. Conclusies en aanbevelingen.	20
1. Gebrek aan inzicht in het bedrijfsleven	20
1.1. Bedrijven hebben geen overzicht van de tijd en kosten die gemoeid zijn met het oplossen van geschillen.	20
1.1.1. Commerciële geschillen.	20
1.1.2. Arbeidsconflicten.	23
1.1.2.1. Kosten conflictverzuim.	24
1.1.2.2. Aanpak conflictverzuim.	25
1.2. Conflicten worden doorgaans niet centraal geregistreerd. Bovendien hanteren ondernemingen veelal geen (duidelijke) richtlijnen hoe omgegaan moet worden met geschillen.	27
1.2.1. Mediation als bedrijfspolicy:	27
1.2.1.1. Mediation als <i>corporate policy</i> .	27
1.2.1.2. Institutionaliseren van mediation.	28
1.2.1.3. Stappensysteem conflictmanagement.	29
1.2.2. Centraliseren:	
conflictmanager aanwijzen.	29
1.2.3. Decentraliseren:	
potentiële conflicten vroegtijdig onderkennen.	30
1.2.4. Conflictmanagement en organisatiecultuur.	30
1.2.5. Trends in de Verenigde Staten.	32

1.3. Er is geen bedrijfsmatige aanpak om geschillen op te lossen. Bedrijven kiezen meestal voor de juridische benadering.	35
1.3.1. Geschiloplossing is een juridische aangelegenheid.	35
1.3.2. Managers lossen conflicten niet op.	36
1.3.3. Stimulering door de overheid.	36
1.3.4. Belemmeringen in wettelijke regelingen en systemen en herziening van het burgerlijk procesrecht.	38
1.4. Bedrijven zoeken veelal niet naar de beste prijs – kwaliteit verhouding voor het oplossen van hun conflicten en gaan niet per geschil na wat de beste methode is.	39
1.4.1. Een cultuur van ingesleten patronen.	39
1.4.2. Bedrijven hebben geen keuzevrijheid.	40
1.4.3. De rol van advocaten.	41
1.4.4. Wanneer is mediation geschikt? Conflict scan <i>business to business</i> .	42
1.5. Ondernemingen hebben na een nadere kennismaking met mediation wel interesse.	45
1.5.1. Mediation.	46
1.5.2. Med-arb.	47
1.5.3. Mediation met tijdslimiet.	48
1.5.4. Conciliation en Mitigation.	48
1.5.5. Facilitation.	49
1.5.6. Dispute Review Boards (DRB).	49
2. Het imago van mediation en de rol van de mediators.	50
2.1. Mediation heeft een imagoprobleem.	50
2.1.1. Vooroordelen en misvattingen.	50
2.1.2. Beeldvorming van mediation.	52
2.2. Mediation heeft specifieke kenmerken die de marketing in het bedrijfsleven moeilijk maken.	54

2.3. Er zijn geen pro-mediation argumenten te vinden die altijd en in alle gevallen gelden.	55
2.3.1. De meest genoemde redenen die Nederlandse bedrijven aangeven om mediation te gebruiken.	56
2.3.2. De meest genoemde redenen die Nederlandse bedrijven aangeven om mediation NIET te gebruiken.	57
2.3.3. Vergelijking met de VS.	58
2.4. Op de markt voor geschiloplossing gelden speciale spelregels. Het investeren in een juridische benadering kan een vorm van kapitaalvernietiging zijn.	59
2.5. Mediators maken hun eigen markt in het bedrijfsleven kapot.	60
2.5.1. Het bedrijfsleven heeft weinig vertrouwen in mediation zoals het nu wordt gepresenteerd.	60
2.5.2. De grootste problemen in de presentatie van mediation.	61
2.5.3. Wat bedrijven van een business mediator verwachten.	62
2.5.4. Welke toegevoegde waarde bedrijven van een <i>provider</i> verwachten.	62
2.5.5. Samenvatting van het marketing probleem.	64
2.5.6. Marketing van mediation: 5 tips voor mediators.	65
Hoofdstuk IV. <i>Good practices</i> voor conflictmanagement.	67
1. Bedrijfsmatige aanpak van geschiloplossing.	67
2. Mogelijke benaderingen voor richtlijnen.	68
2.1. Mediation als <i>corporate policy</i> .	68
2.2. Ondertekenen van een <i>pledge</i> of erecode.	68
2.3. Contractuele bepalingen.	68
2.4. Een interne conflictmanager benoemen.	68
2.5. Decentraal werken.	69
2.6. Voor grote geschillen een conflict team benoemen.	69
3. Procedure voor een stappensysteem Conflictmanagement.	69
4. Geschillen in arbeidsrelaties.	70

Hoofdstuk V. Praktijkcasus.

71

- 1. Het geschil.**
- 2. Het verloop van het conflict.**
- 3. De oplossing.**

VI. Bijlagen.

76

- 1. Werkwijze voor het onderzoek**
- 2. Hypotheses blokkades binnen het bedrijfsleven**
- 3. Algemene leidraad open vragen interview**
- 4. Enquête, Multiple Choice vragenlijst**
- 5. Geïnterviewde bedrijven**
- 6. ACB member organisaties**
- 7. ACB hand-out**
- 8. ACB Mediaton clauses**
- 9. Checklist zelf conflicten managen**
- 10. Bestelformulier mediation toolkit voor juristen en mediation toolkit voor managers**

Geschiloplossing moet bedrijfsmatiger aangepakt worden.

Voorwoord van de Voorzitter van VNO-NCW.

Geschiloplossing met behulp van mediation is waardevol voor bedrijven. De overheid stimuleert het gebruik van mediation. In zijn brief aan de Tweede Kamer van 20 april 2004 kondigt Minister Donner aan dat hij het gebruik en de bekendheid van mediation wil gaan bevorderen met een pakket van maatregelen. Het is in het belang van het bedrijfsleven om de invulling van conflictmanagement en mediation in eigen hand te houden. Als bedrijfsleven hebben wij immers baat bij autonomie, zelfregulering en minder regelgeving. Stimulering door de overheid is een goede zaak zolang het niet tot overregulering zal leiden.

Ook een fundamentele herbezinning van het burgerlijk procesrecht is momenteel een aandachtspunt van het Ministerie van Justitie. Bedoeling is om het procesrecht te vereenvoudigen. Een streven dat VNO-NCW graag ondersteunt. Zeker als dat de mogelijkheid van het gebruik van methoden om conflictoplossing in eigen hand te houden zou verruimen.

Als bedrijfsleven hebben wij de beschikking over de Stichting ACBMediation, die voor en door het bedrijfsleven opgericht is. Een instituut waar ondernemend Nederland voor een ter zake kundig advies terecht kan bij het oplossen van geschillen. Evenals voor mediators die gespecialiseerd zijn in het bedrijfsleven. Voor ondernemingen zijn mediators noodzakelijk die speciaal geselecteerd zijn op hun deskundigheid in het bemiddelen bij zakelijke conflicten. Daarnaast is een onafhankelijk advies onontbeerlijk of mediation de aangewezen methode is en zo ja, welke mediator voor een specifieke zaak geschikt is.

Het beleid van de overheid en noodzakelijke maatregelen als mediation-stimulerende wetgeving spelen een belangrijke rol. Ieder bedrijf moet hieraan echter ook zelf bijdragen. Een bedrijfsmatige benadering van geschillen houdt in dat een bedrijf per geschil nagaat wat de beste aanpak is. VNO-NCW ondersteunt ACBMediation van harte bij haar werkzaamheden.

Den Haag, 7 juni 2004
Mr. J.H. Schraven

Corporate governance, mediation en zelf *in control* zijn.

Introductie door de Voorzitter van ACBMediation.

Sinds het midden van de jaren negentig is *corporate governance* een belangrijk thema. Vooral bij beursgenoteerde bedrijven. Tot 2000 lag de focus voornamelijk op het aspect van meer zeggenschap van aandeelhouders over het bestuur van een onderneming.

Momenteel is er mede door de boekhoudschandalen sprake van toegenomen aandacht voor de interne aspecten van *corporate governance*.

Ongetwijfeld zullen ook niet beursgenoteerde organisaties op den duur genoodzaakt worden om maatregelen te nemen op het gebied van *corporate governance*.

Voor zowel *corporate governance* als mediation is het van belang zelf *in control* te zijn. Risicomanagement wordt dan ook sterk benadrukt als instrument van interne *corporate governance*. Conflicten die niet goed gemanaged worden kunnen grote gevolgen hebben voor de onderneming. Bijvoorbeeld financiële gevolgen, schade aan het imago, juridische consequenties, onrust bij het personeel en een lager bedrijfsresultaat. Efficiënt conflictmanagement is dus een van de bouwstenen van risicomanagement.

Met mediation blijft een bedrijf zelf *in control* bij conflicten. Door het oplossen van geschillen bedrijfsmatig te benaderen behoudt een onderneming de controle over de oplossing van een concreet geschil en is tevens preventief *damagecontrol* mogelijk. Managers en ondernemers slagen er in verreweg de meeste gevallen in om de geschillen zelf op te lossen.

Zelf oplossen lukt echter niet altijd. Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van een te sterke focus op de juridische aspecten, op recht in plaats van belang. In zo'n geval staat de onderneming voor de keuze: geef ik het oordeel over een geschil uit handen aan een derde, of maak ik gebruik van mediation en houd ik het heft in eigen hand? Gesteld voor die keuze doet de ondernemer er mijns inziens verstandig aan te kiezen voor mediation.

In het rapport "Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen" wordt gepleit voor het bedrijfsmatig benaderen van geschiloplossing.

Een goed conflictmanagement, richtlijnen en pro-actieve benadering van geschillen is niet alleen van belang in het kader van risk management. Door conflicten beleidsmatig te benaderen kunnen bedrijven niet alleen veel tijd en geld besparen bij het oplossen daarvan, maar ook nieuwe kansen creëren. Een goed gemanaged conflict kan zich ontwikkelen tot een *business opportunity* in plaats van een bedreiging.

Het voorliggende rapport kan er hopelijk toe bijdragen dat Nederlandse ondernemingen geschiloplossing als een management thema gaan behandelen.

Hilversum, 28 mei 2004
Mr. C.J.A. van Lede

Winst maken bij het oplossen van geschillen.

Opzet en achtergrond van het onderzoek door de Directeur van ACBMediation.

Door geschillen bedrijfsmatig te benaderen bespaart een onderneming tijd en geld bij het oplossen van conflicten. Als geschillen gezien worden als een vraagstuk van het management dat met behulp van managementtechnieken- en vaardigheden opgelost moet worden, is er zelfs winst te halen uit conflicten. Of beter gezegd uit het bedrijfsmatig oplossen daarvan.

Een belangrijk kenmerk van "goed managen" is om adequaat te reageren op wisselende omstandigheden zonder daarbij te vervallen in oude patronen. Door conflicten te managen kan bij het oplossen ervan rekening gehouden worden met de doelstellingen van de onderneming. Waar ligt bijvoorbeeld de nadruk op: winstmaximalisatie, minimalisatie van verlies of op het creëren van kansen?

Belangrijkste doelstelling van dit onderzoek is het verkrijgen van inzicht in de redenen waarom bedrijven bij commerciële geschillen niet vaker gebruik maken van mediation. Mediation is snel, beheerst de conflictkosten en geeft betere – bedrijfsmatige – oplossingen. Toch bewandelen bedrijven in een concreet zakelijk conflict bijna automatisch de bekende weg. Dit onderzoeksrapport geeft hierop duidelijke antwoorden.

Naast onbekendheid met de mogelijkheden van mediation spelen ook andere blokkades een rol. Bijvoorbeeld vooroordelen en misvattingen over mediation. Evenals de wijze waarop de aanbieders op de mediation markt het instrument presenteren. Deze blokkades zorgen er voor dat betrokkenen in een concreet geschil huiverig zijn voor het gebruik van een nieuw instrument. Soms wil één van de partijen graag mediation, maar is de wederpartij met moeite (of niet) van het nut te overtuigen, waardoor er geen mediation tot stand komt.

Na een eerste kennismaking in de praktijk blijken bedrijven vaak wel overtuigd te zijn van de effectiviteit van mediation. Meer dan 90% van de bedrijven die via ACB mediation beproefd hebben, zegt het in de toekomst weer in te zullen zetten¹.

¹ ACBMediation kennisbank 2003

Op 20 april jl. stuurde Minister Donner een brief aan de Tweede Kamer waarin hij maatregelen voorstelt om mediation te stimuleren. Een positieve ontwikkeling. Door ervaring in het buitenland weten we dat *court-annexed* mediation een krachtige stimulans is om partijen er toe te bewegen uiteindelijk in een eerder stadium, dus voor de rechtsgang, alternatieve oplossingsmethoden overwegen.

De resultaten die in dit rapport beschreven worden, zijn gebaseerd op een kwalitatief marktonderzoek van de Stichting ACBMediation. In de periode augustus 2003 tot en met mei 2004 zijn een aantal diepte interviews gehouden met managers en bedrijfsjuristen van Nederlandse topondernemingen. De gegevens van de mondelinge interviews zijn aangevuld met een schriftelijke vragenlijst. De (tussen)resultaten zijn steeds getoetst in diverse discussiegroepen met ondernemers en bedrijfsjuristen en met gegevens uit andere onderzoeken (zie bijlage 1: werkwijze onderzoek).

Hoofdstuk I van het rapport begint met een samenvatting van de belangrijkste conclusies uit het marktonderzoek. In hoofdstuk II worden een aantal uitspraken van bekende politici of managers aangehaald. Zij geven hun eigen visie weer op de vraag waarom er nog (te) weinig bedrijven zijn die mediation inzetten.

In hoofdstuk III worden de conclusies en aanbevelingen op grond van het onderzoek uitgewerkt. Waar mogelijk en zinvol wordt de situatie in Nederland vergeleken met de stand van zaken en ontwikkelingen in de Verenigde Staten.

Het onderzoek is vooral gericht op geschiloplossing in commerciële conflicten. Conflictverzuim en arbeidsgeschillen komen slechts zijdelings aan de orde.

Behalve een beschrijving van de blokkades om mediation in te zetten, wordt tevens ingegaan op andere aspecten van geschiloplossing in het Nederlandse bedrijfsleven.

- Hoe gaan bedrijven met geschiloplossing om en met welk resultaat?
- Welke behoeften met betrekking tot geschiloplossing bestaan er in het bedrijfsleven?
- Hoe kunnen bedrijven geschiloplossing bedrijfsmatig benaderen? En waarom zouden ze dat doen? Welke modellen werken in de praktijk?
- Wat zijn de meest interessante aspecten van mediation voor bedrijven?
- Wat verwacht het bedrijfsleven van een mediator?
- Hoe kan de mediation markt zichzelf positioneren om de interesse van het bedrijfsleven te wekken?

In hoofdstuk IV volgt een samenvatting van de *good practices* voor conflictmanagement die tijdens het onderzoek naar voren zijn gekomen. Afsluitend wordt in hoofdstuk V ter illustratie een voorbeeld gegeven van een succesvolle mediation, waarbij alle betrokken partijen uiteindelijk meer overhielden aan het geschil dan dat ze er in geïnvesteerd hadden.

De Stichting ACBMediation is veel dank verschuldigd aan alle bedrijven en organisaties die bereid zijn geweest tijd te investeren in de interviews (bijlage 5). Ook de ACB member organisaties die persoonlijk en in discussiegroepen feedback gegeven hebben op de tussenconclusies en de opzet van het onderzoek hebben een belangrijke bijdrage geleverd.

Ook de marktonderzoeker die op vakkundige wijze de interviews gehouden en uitgewerkt heeft (bijlage 1), speelt een grote rol bij de totstandkoming van dit rapport. ACBMediation wil ook hem nogmaals bedanken voor zijn grote persoonlijke inzet.

Zonder de waardevolle bijdrage van al deze betrokkenen was het niet mogelijk geweest dit rapport tot stand te brengen.

Den Haag, 28 mei 2004
Mr. Manon A. Schonewille

Hoofdstuk I. Samenvatting van de belangrijkste conclusies.

Mediation is nog onvoldoende bekend bij de meeste bedrijven. En voor zover het wel bekend is, wordt er in de praktijk (te) weinig gebruik van gemaakt.

Waarom ondervindt mediation veel weerstand in de praktijk? De oorzaak ligt zowel bij de mediators als bij het bedrijfsleven zelf. Mediation komt niet snel genoeg van de grond vanwege het imago dat mediation heeft en vanwege een gebrek aan inzicht in de noodzaak van conflictmanagement bij het bedrijfsleven.

❖ Gebrek aan inzicht bij het bedrijfsleven

1. Bedrijven hebben geen overzicht van de tijd en kosten die gemoeid zijn met geschillen.

Bedrijven realiseren zich onvoldoende hoeveel het instrument mediation ze oplevert. Ze hebben geen overzicht van de tijd en kosten die gemoeid zijn met het oplossen van geschillen.

Ook ziet een groot deel van de ondernemers en bedrijfsjuristen de voordelen van mediation niet uitgedrukt in termen van tijds- of kostenbesparing. Dit verklaart mede waarom het moeilijk is om het beleidsthema "geschiloplossing" op de agenda van de Raad van Bestuur te krijgen.

2. Conflicten worden doorgaans niet centraal geregistreerd. Bovendien hanteren ondernemingen veelal geen (duidelijke) richtlijnen hoe omgegaan moet worden met geschillen.

Geschillen ontstaan in verschillende onderdelen van een organisatie.

Het oplossen van commerciële conflicten zou een managementtaak moeten zijn. De bedrijfsleiding moet hiervoor duidelijke richtlijnen en procedures opstellen.

3. Bedrijven kiezen meestal voor de juridische benadering. Er is geen bedrijfsmatige aanpak om geschillen op te lossen.

In de praktijk worden geschillen als een juridisch probleem gezien. Iets waar *ad hoc* op gereageerd moet worden. Dit leidt tot de standaardbenadering: (soms) zelf onderhandelen en als dat niet lukt naar de rechter of arbiter. Meestal wordt gekozen voor de bekende weg.

Daarnaast worden geschillen vaak niet opgelost of ze blijven voortsudderen. Middenmanagers zijn vaak geneigd conflicten te vermijden, vooruit te schuiven of "weg te delegeren". Bijvoorbeeld aan de juridische afdeling, de personeelsafdeling of aan een advocaat. Het is van groot belang voor bedrijven om geschiloplossing bedrijfsmatig te benaderen.

4. Bedrijven zoeken veelal niet naar de beste prijs-kwaliteitverhouding voor het oplossen van conflicten. Ze gaan niet per geschil na wat de beste methode is om het geschil op te lossen.

Voor het oplossen van geschillen moet een bedrijf de beste prijs-kwaliteitverhouding nastreven. Hier is een gedifferentieerde aanpak noodzakelijk. Per geschil moet bekeken worden wat de beste benadering is. Er is geen enkele methode die geschikt is om alle geschillen op te lossen.

5. Ondernemingen hebben na een nadere kennismaking met mediation wel interesse.

In contrast met de negatieve beeldvorming en het gebrek aan actieve interesse, staat het feit dat organisaties na een nadere kennismaking met mediation veel interesse tonen in bedrijfsmatige methoden om geschillen op te lossen. Deze passieve interesse moet omgezet worden in actie door productdifferentiatie en maatwerk.

De grootste blokkade blijkt te zijn dat bedrijven geen overzicht hebben van de totale kosten die men per jaar spendeert aan geschiloplossing. Geschillen ontstaan in verschillende onderdelen van een onderneming en worden zelden centraal geregistreerd. Daarnaast hanteren bedrijven geen duidelijke richtlijnen of procedures voor wat betreft het omgaan met geschillen.

Het gebrek aan overzicht en richtlijnen (conclusies 1 en 2) leidt er toe dat ondernemingen het oplossen van geschillen niet bedrijfsmatig benaderen (conclusie 3).

Omdat bedrijven conflicten niet bedrijfsmatig benaderen, zien ze het belang van een andere aanpak niet in. Naast het gebrek aan inzicht in de voordelen bestaat er tevens een cultuur van ingesleten patronen. "Niet over nagedacht", onzekerheid over andere methoden dan de standaardprocedures, of "ik vind procederen nu eenmaal leuk".

Conflicten blijven nogal eens langer dan noodzakelijk voortsuideren. Daarnaast worden reële claims niet doorgezet uit commerciële overwegingen zoals afhankelijkheid en daardoor angst om een grote klant of leverancier kwijt te raken. Ook is het vaak binnen het eigen netwerk *not done* om een derde in te schakelen en openlijk te erkennen dat er sprake is van een conflict. Als er wel actie ondernomen wordt, verloopt dit meestal via het geijkte pad: eventueel eerst zelf proberen en als het niet lukt automatisch naar de rechter of arbiter. Advocaten spelen een cruciale rol in het adviseren van bedrijven over de mogelijkheden van mediation en andere bedrijfsmatige methoden om geschillen op te lossen maar zijn hierin nog (te) terughoudend.

De meeste juristen zijn niet tegen mediation. Sommige juristen zijn wel onvoldoende bekend met de mogelijkheden van mediation voor hun cliënt en de rol die zij hierin kunnen vervullen. Mede door deze onzekerheid en onbekendheid bevelen juristen (te) weinig alternatieve methoden aan. Daarnaast zijn er juristen (ook bedrijfsjuristen) die liever procederen. Hypotheses over de blokkades van juristen zijn opgenomen in hoofdstuk III.1.4.3.

Een nader marktonderzoek zou een belangrijke aanvulling kunnen vormen om te kunnen vaststellen welke aspecten van mediation vooral van interesse zijn voor de advocatuur, wat de belangrijkste blokkades zijn en hoe deze blokkades effectief doorbroken kunnen worden.

Kortom:

Mediation wordt onvoldoende in de praktijk beproefd. Bedrijven laten hierdoor onnodig kansen liggen en zijn (te) veel tijd en geld kwijt met het oplossen van geschillen.

Bovendien is door een gebrek aan getallen de effectiviteit (in geld en tijd) van mediation vrijwel niet aan te tonen. En als men van een product de opbrengst niet kan kwantificeren, heeft het een moeilijke start in het bedrijfsleven.

Een bijkomend probleem is de relatieve onbekendheid van het bedrijfsleven met mediation. De discussie over mediation wordt hoofdzakelijk gekenmerkt door misvattingen en vooroordelen. De

effecten van deze negatieve beeldvorming worden in hoofdstuk III.2 nader beschreven.

In contrast met de negatieve beeldvorming en het gebrek aan inzicht staat het feit dat organisaties na een nadere kennismaking met mediation wel veel interesse tonen in mediation. Ondernemingen geven aan wel geïnteresseerd te zijn in alternatieven om geschillen op te lossen omdat ze niet altijd tevreden zijn met standaardoplossingen. In de praktijk kennismaken met het instrument mediation is van groot belang. Bedrijven die mediation eenmaal in de praktijk hebben ingezet, zijn overtuigd. Meer dan 90% zegt het in de toekomst weer in te zetten².

Hier ligt - met de juiste positionering en communicatie over de mogelijkheden van mediation als managementinstrument - een grote mogelijkheid om te voorzien in een behoefte van de markt. Ook het ontwikkelen en aanbieden van maatwerkprocedures is van belang.

❖ **Het imago van mediation en de rol van mediators.**

1. Mediation heeft een imagoprobleem.

De meeste bedrijven hebben te weinig kennis over wat mediation precies is. De discussie over mediation wordt gekenmerkt door vooroordelen en misvattingen. Iedereen heeft een mening over mediation. Echter bij doorvragen blijkt dat het beeld dat men heeft veelal gebaseerd is op misverstanden.

2. Mediation heeft specifieke kenmerken die de marketing in het bedrijfsleven moeilijk maken.

Na kennismaking met mediation ontstaat vaak enthousiasme om mediator te worden. Voor het initiëren van een mediation als partij is veel minder animo. Ook wordt mediaton - mede door de flexibiliteit van het instrument - vaak gezien als "Haarlemmer olie".

3. Er zijn geen pro-mediation argumenten te vinden die altijd en in alle gevallen gelden.

Mediation heeft een aantal algemene kenmerken die een bedrijf vooral aanspreken. Tevens zijn een aantal veel voorkomende

² ACBMediation kennisbank 2003

blokkades te noemen. Er zijn geen argumenten pro of contra mediation te vinden die altijd en in alle gevallen gelden. Dit vraagt om maatwerk.

4. Investeren in een juridische benadering kan een vorm van kapitaalvernietiging zijn.

Bijvoorbeeld doordat een wederpartij gedwongen kan worden om tegenmaatregelen te nemen of om mee te doen. Ook het beschadigen van een zakelijke relatie kan een vorm van kapitaalvernietiging zijn.

5. Mediators belemmeren de ontwikkeling van de mediation markt.

Mediators maken hun eigen markt kapot voordat deze überhaupt ontwikkeld is. Bedrijven willen een mediator met een zekere mate van inhoudelijke expertise en verwachten bovendien daadkracht. Dit staat wel eens haaks op de "klassieke" mediation leer.

Het bedrijfsleven heeft onvoldoende vertrouwen in mediation, zoals het nu wordt gepresenteerd. Er bestaan zeer veel misverstanden over wat mediation precies is, voor welke zaken het geschikt is en wanneer mediation al dan niet geïndiceerd is. Ondanks het gebrek aan feitelijke kennis hebben managers en bedrijven echter wel een duidelijk beeld van wat mediation volgens hen zou zijn: "een vorm van arbitrage", "ik doe het zelf al jaren", "niets nieuws onder de zon".

Mediation wordt vaak gezien als een product waarmee handig op de markt ingespeeld wordt. De talrijke misvattingen en blokkades zorgen ervoor dat mediation in het bedrijfsleven slechts langzaam van de grond komt. Eenduidige voorlichting en advies is noodzakelijk.

Een manager gaf tijdens het interview aan dat hij actief op zoek was naar een alternatief voor procederen of niets doen. Op de vraag waarom hij dan nog nooit mediation beproefd had antwoordde hij: "Ik heb geen afdeling mediation".

Een eigen mediationafdeling is echter bijna een *contradictio in terminis*. Kenmerkende voor mediation is nu juist dat een onafhankelijke derde partijen helpt om zelf een geschil op te lossen. Een interne mediator is bijna per definitie niet onafhankelijk genoeg om zakelijke geschillen op te lossen. Bij conflicten rond arbeidsrelaties kan dat overigens anders liggen.

De meest **hardnekkige vooroordelen** over mediation zijn:

- Mediaton is soft
- Ik doe zelf al jaren aan mediation
- Mediation is een vorm van arbitrage of een duur woord voor bemiddelen.
- Mediation is in principe het zoeken naar een “polder compromis”.

Het is jammer dat de discussie over mediation vaak vertroebeld wordt door misvattingen en vooroordelen. Want mediation is een waardevolle aanvulling op de rechtspraak. Mediation stimuleren wil niet zeggen dat niemand meer naar de rechter gaat. Het geeft een rechtzoekende de mogelijkheid om per geschil na te gaan wat de beste methode is om een geschil op te lossen.

Mediation biedt dus een extra keuzemogelijkheid. Oftewel: geschiloplossing op maat. Dat kan als voorfase van de rechtsgang, maar het kan ook heel goed in de private fase vóór een juridische procedure.

Een bijkomend probleem aan de vraagkant is de mediationmarkt en de wijze waarop mediation aangeboden wordt.

Het bedrijfsleven heeft geen vertrouwen in mediation zoals het nu wordt gepresenteerd: een vaag en soft instrument dat aangeprezen wordt door mensen die menen na een korte opleiding alle soorten conflicten te kunnen oplossen op een puur faciliterende manier.

In het marktonderzoek is hierover onder meer het volgende gezegd:

“Mediators zijn mensen die mij in de pauze van een congres aanklappen en vertellen dat zij mij kunnen helpen om mijn problemen op te lossen. En dan denk ik; dank u, maar liever niet”.

Of

“Mediation is prima als verlengstuk voor klankschaaltherapie”.

Een onderneming vraagt van een business mediator dat hij/zij een expert is in mediation en veel ervaring heeft in het bedrijfsleven en kennis van het onderwerp.

Hoofdstuk II. Waarom bedrijven (te) weinig gebruik maken van mediation. Gezichtspunten van experts.

1. De Politiek:

Aleid Wolfsen PvdA-Kamerlid.

Wolfsen zegt³ dat ego's mediation vaak in de weg staan. Rechters denken het conflict het beste zelf op te kunnen lossen: zij laten de problematiek moeilijk los. En een advocaat denkt op zijn beurt het beste met een cliënt voor te hebben. Maar is gericht op de juridische procedures en minder op de oorzaken van het conflict. En dat is de kracht van mediation.

Partijen moeten gestimuleerd worden om meer eigen verantwoordelijkheid te nemen om tot de oplossing van een conflict te komen. In plaats van het de verantwoordelijkheid van rechters en advocaten te maken. Hiervoor is volgens hem onder andere nodig dat er veranderingen in het procesrecht doorgevoerd worden, evenals een verandering in het betalingssysteem van rechtbanken.

2. Het topmanagement:

Cees van Lede, oud VZ Raad van Bestuur AKZO Nobel NV.

Van Lede concludeert⁴ dat het managen van conflicten niet hoog op de agenda van de meeste Raden van Bestuur staat. Het is niet eenvoudig om dit beleidshoofdstuk onder de aandacht te brengen. Naast een vergaande onbekendheid en door ingesleten gewoontes speelt interne legitimatie een rol.

Het is soms makkelijker een beslissing die is opgelegd door een derde te "verkopen" aan de achterban dan een eigen oplossing. Volgens van Lede is het thema interne legitimatie samen te vatten onder de titel "ego's".

³ slotdebat van het congres van de Nederlandse Mediators Vereniging (20 april 2004)

⁴ 18 februari 2004 VNO-NCW / ACBMediation congres 'Zakelijk conflict? Denk aan mediation!'

3. De wetenschap,

Professor Maurits Barendrecht als hoogleraar verbonden aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg.

Barendrecht heeft het over de fuik van de standaardprocedure⁵. Hij ziet als het grote probleem van geschiloplossing dat het voor partijen die een geschil met elkaar hebben vrijwel onmogelijk is om afspraken te maken welke methode gebruikt gaat worden om dit conflict op te lossen. Als de één iets wil blijkt haast per definitie dat de andere partij het er niet mee eens is. Dit fenomeen gecombineerd met het feit dat er sprake is van automatisme en een gemonopoliseerde markt door rechtspraak en advocatuur, leidt er toe dat er in de praktijk weinig gebruik gemaakt wordt van alternatieven. Daardoor komen bedrijven terecht in de standaard procedure die voor hun problematiek geldt.

Hij concludeert dat het nogal onwaarschijnlijk is dat de standaardprocedure voor meer dan 90% van de geschillen de procedure met de optimale prijs-kwaliteitverhouding zou zijn.

4. De ondernemers,

Jacques Schraven, Voorzitter VNO-NCW.

Schraven verklaart⁶ dat een bedrijfsmatige aanpak van geschillen van groot belang is. Bedrijven zien geschiloplossing echter vaak als een juridische aangelegenheid.

Als er conflicten zijn wordt er *ad hoc* op gereageerd. Een standaard aanpak is advies te vragen aan de advocaat: "wat zijn mijn kansen?" In plaats van de vraag "hoe kan ik het probleem het beste oplossen?" Daardoor komen geschillen in een andere dynamiek terecht dan hetgeen uit management oogpunt wenselijk is.

⁵ Prof. mr J.M. Barendrecht " Bedrijfsmatige juridische dienstverlening en toegang tot het recht: actievere regulering is nodig" Afl. 2003/35 NJB

⁶ 18 februari 2004 VNO-NCW / ACBMediation congres 'Zakelijk conflict? Denk aan mediation!'

III. Conclusies & aanbevelingen

1. Gebrek aan inzicht in het bedrijfsleven.

1.1. Bedrijven hebben geen overzicht van de tijd en kosten die gemoeid zijn met het oplossen van geschillen.

1.1.1. Commerciële geschillen.

Het is niet bekend hoeveel geld bedrijven per jaar kwijt zijn aan commerciële geschillen (*business to business*). Er is geen overzicht over het totaal aan kosten voor juridische ondersteuning, schikken, afkoopsommen, etc. Daarnaast wordt het aantal conflicten dat een bedrijf per jaar heeft niet geregistreerd. Tot slot wordt de hoeveelheid tijd die een bedrijf kwijt is aan geschillen niet bijgehouden. Inzicht in de kosten die bedrijven jaarlijks met geschiloplossing kwijt zijn, is van essentieel belang. Zonder cijfermateriaal is efficiënt managen van conflicten moeilijk. Het maakt bovendien een vergelijking met "harde data" van alternatieven onmogelijk. Zo kan geschiloplossing onnodig hoge kosten met zich meebrengen. Zowel voor de eigen organisatie als ook voor anderen.

Er zijn nagenoeg geen cijfers voorhanden over conflictkosten binnen Nederlandse ondernemingen. Er is niet bekend hoeveel een onderneming kwijt is aan:

1. aantal en soort geschillen:

Wat zijn de grootste conflictbronnen? Waar, wanneer en waarover ontstaan vaak conflicten in een zakelijke context? Hoe veel geschillen zijn er in een onderneming? Hoe wordt er op conflicten gereageerd?

2. tijd die gemoeid is met geschillen:

Welke vertraging ontstaat bij het afsluiten van contracten? Hoeveel werktijd en energie van medewerkers en managers is gemoeid met conflicten?

3. geld:

Wat zijn de kosten die veroorzaakt worden door mislukte transacties? Hoeveel is een bedrijf kwijt aan juridische bijstand en proceskosten? Hoe hoog zijn de kosten veroorzaakt door schikkingsvoorstellen en wat kosten verstoorde zakenrelaties?

4. gemiste kansen:

Wat zijn de kosten van sub-optimale onderhandelingsresultaten? Hoeveel is een bedrijf kwijt doordat afgezien wordt van (reële) claims? Wat loopt een onderneming mis door het kiezen voor een juridische oplossing voor een bedrijfsmatig vraagstuk?

Wat opvalt is dat kleine(re) bedrijven over het algemeen meer overzicht hebben over het totaal aantal geschillen dan grotere ondernemingen. Zij hebben een beter overzicht van waar en door wie conflicten ontstaan en wat er doorgaans mee gebeurt. Bij grote bedrijven wordt daarentegen beter bijgehouden wat de salariskosten zijn van de juridische afdeling en de kosten voor advocaten die de juridische afdeling maakt. Het is echter niet altijd bekend voor alle *Business Units*. Conflicten komen via verschillende kanalen de organisatie binnen en worden zelden centraal gerapporteerd (zie hoofdstuk III.1.2).

Ook systematisch onderzoek naar de totale lasten van toegang tot het recht ontbreekt. Het is hoogstens mogelijk om een indicatie van de omvang van die lasten te geven⁷. Afhankelijk van de precieze afbakening lijken die lasten jaarlijks ergens tussen de 5 en de 15 miljard euro te liggen. Zou het € 10 miljard zijn, dan is dat 2,5% van het bruto nationaal product, of gemiddeld bijna € 1500 per Nederlands huishouden per jaar.

Maurits Barendrecht, als hoogleraar verbonden aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg heeft geprobeerd te becijferen welk bedrag het bedrijfsleven jaarlijks kwijt is met geschiloplossing. Hij schat dat bedrijven per jaar zo'n 3 miljard Euro betalen voor het oplossen van geschillen. Dat bedrag is exclusief nog niet geëscaleerde geschillen, kosten door het laten zitten van reële claims, verloren kansen door management tijd besteed aan het conflict en suboptimale oplossingen.

⁷ Prof. Mr. J.M. Barendrecht "Bedrijfsmatige juridische dienstverlening en toegang tot het recht: actievere regulering is nodig", (Afl. 2003/35 NjB)

Volgens Barendrecht zijn er aanwijzingen dat de lasten van de toegang tot het recht onwenselijk hoog zijn. En er zijn aanwijzingen dat de gemiddelde lasten per zaak snel stijgen.

Het huidige systeem om conflicten op te lossen houdt zichzelf in stand. Het bedrijfsleven heeft zelf geen overzicht van de kosten die jaarlijks gemoeid zijn met het oplossen van geschillen. Maar ook de procedures bij de rechter en onderhandelingen die daaromheen gevoerd worden zijn nooit op hun totale kosten onderzocht of met een kosten / baten analyse bekeken. Daarom realiseren bedrijven zich onvoldoende de waarde van een instrument als mediation.

In de Verenigde Staten is dit anders. Daar worden de financiële aspecten van geschiloplossing meer systematisch bijgehouden. De financiële impact en het risico van procederen is daar echter ook hoger (zie Hoofdstuk IV.2).

In het Verenigd Koninkrijk worden net als in Nederland de kosten die het bedrijfsleven jaarlijks kwijt is aan geschillen niet systematisch bijgehouden.

Accountant kantoor BDO Stoy Hayward heeft in 2003 een onderzoek gehouden⁸ naar commerciële geschillen. De uitkomst van dit onderzoek is dat er de laatste jaren een toename is in het aantal commerciële geschillen in de UK en dat deze geschillen een behoorlijke impact hebben op het Britse bedrijfsleven. Kleine bedrijven zijn volgens dit accountant kantoor bij een commercieel geschil gemiddeld £ 75.000,- aan directe kosten kwijt. En middelgrote tot grote ondernemingen £ 500.000,-. De overige kosten zijn niet gemeten. Wel geeft drie kwart van de ondervraagde bestuursvoorzitters en directeuren aan dat ze persoonlijk betrokken werden in het geschil en dat dit een grote impact had zowel op hun persoonlijke leven als ook binnen de organisatie. Mede daardoor leidt volgens BDO 3 van de 4 geschillen tot een financieel verlies en 41% van de CEO's zei dat het geschil een negatief effect had op het realiseren van de bedrijfsdoelstellingen. Naast de negatieve financiële impact is er sprake van de volgende effecten:

- vermindering van motivatie bij het personeel,
- verloop in het personeelsbestand,
- niet halen van doelstellingen,
- downsizen van het bedrijf of de bedrijfsactiviteiten
- negatief effect op het image van de organisatie.

⁸ Commercial Disputes Survey 2003 BDO Stoy Hayward June 2003

Daarnaast gaf men aan dat managers veel tijd aan het geschil kwijt waren. Ondanks de toename in het aantal geschillen en de impact daarvan op bedrijven wordt er in de UK weinig preventieve actie ondernomen. Aanbeveling van BDO is om dit wel te doen en te voorkomen dat geschillen onnodig escaleren.

Niet alleen de kosten van commerciële geschillen zijn onbekend. Ook over de financiële gevolgen van arbeidsconflicten is weinig bekend.

1.1.2. Arbeidsconflicten.

Over de financiële gevolgen van arbeidsconflicten - een belangrijke bron van ziekteverzuim – is weinig bekend.

De Kenniskring Arbeidsconflicten van STECR – Stichting Expertise Centrum Reïntegratie - introduceerde in 2003 de werkwijzer arbeidsconflicten⁹. STECR is een belangrijk nationaal kenniscentrum op het gebied van ziekteverzuim en reïntegratie. Zij concluderen dat arbeidsconflicten slecht geregistreerd, slecht onderkend of verzwegen worden. Dit laatste vanwege mogelijke (juridische) consequenties.

Navraag door STECR bij verschillende instanties als AWWN, CBS, FNV, CNV, Arbeidsbureau, Ministerie van Justitie, Ministerie SZW, leverde geen concrete informatie op over de aantallen arbeidsconflicten en de in cijfers uitgedrukte gevolgen hiervan.

Indicaties zijn hoogstens uit wat oudere onderzoeken te destilleren. Onderzoek van het GAK uit 1993 onder 14.000 werkenden heeft aangetoond dat 19% van de werkenden op het werk conflicten heeft met de direct leidinggevenden en 14% met collega's. In een meer recent onderzoek is naar voren gekomen dat door pesten naar schatting jaarlijks 3 miljoen arbeidsdagen verloren gaan¹⁰.

Uit een wat ouder onderzoek van TNO Arbeid blijkt dat het aantal ziekmeldingen op grond van arbeidsconflicten jaarlijks tussen de 70.000 en 100.000 ligt. Ook is uit dit onderzoek gebleken dat arbeidsconflicten in circa 30% van de gevallen de oorzaak is van ziekteverzuim op grond van psychische klachten. Naar schatting leidt 3 tot 4% van de ziekmeldingen op grond van arbeidsconflicten uiteindelijk tot WAO.

⁹ Bron: STECR Werkwijzer arbeidsconflicten 2003 (zie ook: www.STECR.nl).

¹⁰ Weetje van de dag 1351 juni 2004: Bron: "Cijfers liegen niet!"

Vrijwel geen enkel bedrijf weet wat de totale kosten zijn om zieken en arbeidsongeschikten weer aan het werk te krijgen. De kosten van de Arbo-dienst en sociale verzekeringen zijn wel bekend. Maar de kosten die met reïntegratie op de werkvloer gepaard gaan zijn veelal onbekend.

Uit een onderzoek van het Instituut Beleid en Management Gezondheidszorg van het Erasmus Medisch Centrum¹¹ blijkt dat in Nederlandse ziekenhuizen zeer veel conflicten spelen. Het onderzoek is gebaseerd op cijfers uit 2002.

In ongeveer de helft van de Nederlandse ziekenhuizen hebben medisch specialisten conflicten met elkaar. In bijna 40% van de ziekenhuizen spelen conflicten tussen medisch specialisten en de Raad van Bestuur. Ruzies tussen artsen en patiënten doen zich in 65% van de ziekenhuizen voor. Teamconflicten, waarbij bijvoorbeeld de verpleegkundigen overhoop liggen met de artsen, komen voor in 36% van de ziekenhuizen.

Universitair docent gezondheidsrecht L.A.P. Arends, als begeleider betrokken bij het onderzoek, zegt dat de conflicten waarschijnlijk tientallen miljoenen euro's per jaar kosten aan ziekteverzuim, juridische kosten en schadevergoedingen. Het is volgens hem niet gelukt hierover harde cijfers boven water te krijgen. Hij denkt dat het aantal conflicten sinds 2002 nog is toegenomen en pleit voor beter gebruik van mediation¹².

1.1.2.1. Kosten conflictverzuim.

De totale kosten van conflictverzuim voor het gehele bedrijfsleven zijn niet bekend. Er is wel een inschatting te maken per conflictverzuim geval. Hieronder volgt een overzicht van de posten waaruit deze kosten onder andere bestaan.

¹¹ Onderzoek van Jacqueline Gerritsen voor het Instituut Beleid en Management Gezondheidszorg van het Erasmus Medisch Centrum in Rotterdam

¹² Bron: Volkskrant / Dagblad van het Noorden 10 mei 2004 NMI Mediation Nieuws 04, 10-14 mei 2004

Kosten conflictverzuim



Verzuimkosten bestaan oa uit

1. Loonderving (incl doorbetalingsplicht wet WULBZ)
2. Verhoging WAO premie (wet Pemba)
3. Vervangingskosten
4. Afbreukrisico

Proceskosten bestaan oa uit

1. Overhead werkgever (P&O, maatschappelijk werk, bedrijfsarts)
2. Juridische kosten (rechtsbijstand, procederen)
3. Kantonrechters formule
4. Doorlopende emolumenten
5. Af-financiering pensioen

Overige kosten arbeidsconflicten

- Tijdverspilling aan conflict
- Verlies personeel (vervanging)
- Verminderde arbeidsvreugde / engagement
- Sabotage, diefstal etc.
- Onrust
- Verminderde performance bedrijf
- Image bedrijf, media

1.1.2.2. Aanpak conflictverzuim.

Het aanpakken van conflictverzuim vraagt om een open organisatiecultuur.

Uit de recent verschenen publicatie van Stichting Management Studies¹³ "De dialoog als vroege poortwachter" wordt onder andere aanbevolen om verzuimpreventie niet eenzijdig op mens òf werk te richten, maar op openlijk overleg over balans tussen mens én werk.

Conflictverzuim kan als volgt aangepakt worden:

¹³ Stichting Management Studies "De dialoog als vroege poortwachter", 15 maart 2004



Aanpak conflictverzuim

- 1. Ziekteverzuim en conflictverzuim onderscheiden. Ziekteverzuimbegeleiding is ongeschikt voor conflictbehandling**
(vb geen time out periode maar direct actie ondernemen).
- 2. Conflictprotocol maken: richtlijnen voor de organisatie ontwikkelen hoe te handelen is bij (dreigende) escalatie. Stappensysteem:**
 - 1. zelf proberen conflict te managen**
(evt. vervolgens leidinggevende inschakelen)
 - 2. via P&O een externe deskundige inschakelen: mediator, advocaat, coach, etc.**
- 3. Conflicten oplossen is een management taak. P&O / juridische afdeling hebben een ondersteunende taak**
(maar zijn niet verantwoordelijk).
- 4. Draagvlak voor het conflictprotocol creëren in de organisatie.**
- 5. Selectieproces bemiddelaar en verloop / randvoorwaarden mediation duidelijk maken**
(afspraken maken over neutraliteit, vertrouwelijkheid, wie en welke afdeling krijgt welke info / terugkoppeling, wie is opdrachtgever, etc.).

Om goed zicht te krijgen op de volle omvang van de problematiek is volgens STECR een betere registratie van arbeidsconflicten nodig. Op grond van de beschikbare gegevens kan geconcludeerd worden dat de omvang aanzienlijk is. Het is van belang dat hier systematisch onderzoek naar komt en dat er richtlijnen opgesteld worden.

Niet alleen de kosten van het conflictverzuim zelf drukken op het bedrijfsleven. Een deel van de arbeidsgeschillen komt uiteindelijk bij de rechter terecht. Ook daardoor ontstaan kosten.

1.2. Conflicten worden doorgaans niet centraal geregistreerd. Bovendien hanteren ondernemingen veelal geen (duidelijke) richtlijnen hoe omgegaan moet worden met geschillen.

Het is aan te raden dat de bedrijfsleiding duidelijke richtlijnen en procedures hiervoor opstelt. Bovendien is vaak onduidelijk wie verantwoordelijk is voor de oplossing van een geschil. Ook een centrale registratie van het aantal conflicten en de kosten die er mee gemoeid zijn is van belang.

In de gesprekken kwamen een aantal richtlijnen en modellen naar voren die in de praktijk blijken te werken. Zie ook: Hoofdstuk IV *Good practices*.

1.2.1. Mediation als bedrijfspolicy.

Er zijn enkele bedrijven die conflictmanagement als onderdeel van de bedrijfspolitik zien.

1.2.1.1. Mediation als *corporate policy*.

AKZO Nobel NV is bijvoorbeeld een bedrijf dat een nadrukkelijke *corporate policy* op het terrein van conflictmanagement heeft. Per geschil bekijkt dit bedrijf welke methode de beste benaderingswijze is. De *policy* houdt in dat alternatieve geschilbeslechting *the preferred method* is. Om discussies bij het ontstaan van een concreet conflict te voorkomen, neemt deze onderneming in contracten - waar mogelijk- een mediationclausule op.

Zodra een conflict ontstaat, wordt een team gevormd met de betrokken managers en juristen. Dit team analyseert het conflict en gaat na wat de beste benaderingswijze is: mediation of een andere benadering. Als het geschil opgelost is, volgt evaluatie met het team dat het conflict gemanaged heeft om leerpunten voor de toekomst vast te houden (*post dispute review*).

Het maken van richtlijnen wil zeggen dat een onderneming bepaalt wat de bedrijfsfilosofie wordt met betrekking tot geschiloplossing. Daarnaast moeten procedures beschreven worden hoe de organisatie conflictmanagement in een concreet geval toepast. Naast het expliciet ontwikkelen van richtlijnen is het aan te bevelen om een centraal aanspreekpunt voor conflictmanagement te creëren. Evenals een aantal "promotoren" van ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Het is zeker ook het overwegen waard om positieve prikkels als *incentives* en een beloningssysteem in te voeren. Evenals negatieve prikkels als bijvoorbeeld het doorbelasten van kosten.

1.2.1.2. Institutionaliseren van mediation.



Institutionaliseren Mediation

- **Zorg voor support van het topmanagement.**
- **Creëer een organisatiecultuur waarin problemen en conflicten in een vroeg stadium bespreekbaar gemaakt worden.**
- **Managers trainen in het identificeren van (potentiële) conflicten, om escalatie te voorkomen en bij conflicten snel en efficiënt in te kunnen grijpen.**
- **Laat managers en bedrijfsjuristen een introductie cursus ADR volgen en train ze in communicatie technieken.**
- **Voer het proces stap voor stap in:**
 - **a. begin met een specifieke soort conflicten**
b.v.: geschillen over de uitleg van een contractuele bepaling, arbeidsovereenkomsten of intellectuele eigendomsrechten, betalingskwesties.
 - **OF:**
 - **b. begin met een bepaald bedrijfs onderdeel of bepaalde afdeling.**
Nadat eerst ervaring opgedaan is kan het vervolgens ook voor andere soorten geschillen of andere bedrijfs onderdelen ingezet worden.
- **Indien een zaak niet geschikt is voor mediation of "early settlement": ga dan naar de rechter of arbiter en benut de mogelijkheden die deze procedures bieden.**
- **Neem ACB mediation clauses op in alle overeenkomsten**
(www.ACBMediation.nl)
- **Zorg voor een in-house aanspreekpunt voor mediation en conflictmanagement.**

Conflictmanagement en mediation moeten *top down* in een bedrijf geïntroduceerd worden. Hierbij vervullen de leiding van een bedrijf en het hoofd juridische zaken een voortrekkersrol. Als het aan de individuele manager overgelaten wordt, ontstaat de kans van hobbyïsme en versnippering. Het creëren van voldoende draagvlak in alle lagen van de onderneming is echter wel van groot belang.

Een andere richtlijn die in de praktijk gebruikt wordt, is bijvoorbeeld dat een geschil uitsluitend door de afdeling juridische zaken afgedaan wordt. Zodra een geschil ontstaat, schakelt de direct betrokkene de juridische afdeling in. Er wordt niet zelf over een conflict onderhandeld. Dit wordt centraal geregeld.

Of een richtlijn dat er alleen geprocedeerd mag worden indien de (Voorzitter van de) Raad van Bestuur daarvoor toestemming geeft. Dit soort voorschriften is een eerste stap in de goede richting. Maar met het invoeren van voorschriften is nog geen sprake van beleid op het gebied van conflictmanagement. Evenmin leiden de genoemde voorschriften er automatisch toe dat per geschil de beste methode gebruikt wordt.

1.2.1.3. Stappensysteem conflictmanagement.

Hieronder wordt een stappensysteem beschreven voor efficiënt conflictmanagement.

Stappensysteem conflictmanagement Nadat het conflict (h)erkend is



- **Topdown conflictmanagement: richtlijnen maken hoe te handelen bij (dreigende) conflicten. Hiervoor draagvlak creëren, centraal aanspreekpunt, *incentives* en evt. negatieve prikkels.**

1. **"Early settlement", probeer het geschil via onderhandeling zo snel mogelijk zelf op te lossen**
(mbv mediation technieken en de Harvard onderhandelingsmethode).

Indien dit niet het gewenste resultaat geeft:

2. **Scan het conflict op mediabel potentieel**
(bekijk hierbij ook mogelijkheden van andere conflictmanagement methoden).
3. **Mediation is de geschikte methode:**
 - **selecteer het instituut dat de mediation begeleidt;**
 - **selecteer de Mediator(s) en de deelnemers;**
 - **voorbereiding op de mediation.**
4. **Indien de mediation niet de geschikte methode is of niet tot een oplossing leidt*:**
het geschil voorleggen aan een rechter of arbiter en alle mogelijkheden benutten die deze methoden bieden.

* (N.B. > 80% slaagt)

Zorg dat het conflictmanagement systeem in overeenstemming is met de bedrijfsdoelstellingen en belangen van de achterban en de andere *stakeholders* in een bedrijf.

1.2.2. Centraliseren: conflictmanager aanwijzen.

Het is van belang dat er een centraal aanspreekpunt is. Een persoon of afdeling met wie overlegd kan worden wat de beste aanpak is om een geschil op te lossen. De rol van deze conflictmanager moet duidelijk gedefinieerd zijn: waarvoor kan ondersteuning gevraagd worden, wanneer moet er overleg plaats hebben en wie is er vervolgens verantwoordelijk voor het doorvoeren van de stappen. In de praktijk is er een aantal organisaties die een conflictmanager

heeft bijvoorbeeld in de juridische afdeling. Met deze afdeling of de conflictmanager kan overlegd worden wat de beste aanpak is voor een concreet geschil en wie welke stappen moet ondernemen. Daarnaast zijn er steeds meer organisaties die voor het begeleiden van conflicten rond arbeidsrelaties een interne mediator hebben.

1.2.3. Decentraliseren: potentiële conflicten vroegtijdig onderkennen.

Een ander model dat in de praktijk goed blijkt te werken is dat de conflictmanager of de juridische afdeling niet op het hoofdkantoor "zit te wachten" totdat een al dan niet geëscaleerd geschil gemeld wordt. Het is beter om regelmatig bij alle werkmaatschappijen of business units langs te gaan en met het management te bespreken waar mogelijke conflicten dreigen. En hoe daar op geanticipeerd en eventueel later gereageerd kan worden.

De afdeling juridische zaken of een conflictmanager kan dan betere ondersteuning bieden en professioneler functioneren. Op deze wijze escaleren geschillen niet onnodig. Bovendien kan zo voorkomen worden dat reële claims blijven liggen.

1.2.4. Conflictmanagement en organisatiecultuur.

In de VS heeft Motorola stapsgewijs een conflictmanagement systeem geïntroduceerd in de organisatie¹⁴.

In eerste instantie ging het om het opnemen van mediaton clausules en *early evaluation* (bij elk geschil nagaan of het geschikt is voor mediation). Vervolgens werd mediation voor alle geschillen de standaard methode. De volgende stap was dat mediation of mediation technieken in een steeds vroeger stadium ingezet werden.

Momenteel is het zo dat mediation bij deze onderneming al een soort *ultimum remedium* is geworden. Door het introduceren van een ADR *policy* is een complete culturomslag bewerkstelligd. Managers en bedrijfsjuristen hebben geleerd om conflictmanagement een onderdeel van de normale werkzaamheden te maken, waardoor de nadruk steeds meer op preventie komt te liggen.

Deze positieve neveneffecten van mediation zie je ook in de Nederlandse ervaringen terug.

¹⁴ Bron The CPR 2002 Survey , CPR Institute for Dispute Resolution , New York, VS

Het slagingspercentage van mediation ligt op 80%. Mediation biedt echter meer dan alleen een hoog slagingspercentage. Bedrijven die eenmaal kennis gemaakt hebben met mediation zullen het in toekomst weer inzetten: meer dan 90%¹⁵ van de gebruikers zijn tevreden klanten. Zij zeggen in een soortgelijk geval weer mediation te zullen proberen. Hieronder vallen ook die partijen die een mediation zonder overeenstemming hebben afgesloten.

Een niet opgelost geschil kan nog wel een geslaagde mediation zijn. Bijvoorbeeld omdat er wel overeenstemming op deelpunten gekomen is, of omdat er meer begrip voor elkaars standpunt is, of omdat een zakelijke relatie behouden blijft. Ook kan het voorkomen dat een deelnemer ziet dat het instrument zeer goed werkt, maar dat er met de wederpartij in dit geval echt niet te praten was.

Een ander voorbeeld van de positieve neveneffecten is het mediaton project van de Provincie Overijssel¹⁶.

De Provincie Overijssel heeft een voortrekkerrol op het gebied van mediation op provinciaal niveau. Sinds april 2001 worden bezwaarschriften en klachten alsmede interne ambtenarengeschillen aan mediation doorverwezen. De provincie vindt het mediationproject een groot succes.

Naast de positieve uitwerking die dit project heeft voor het image van de provincie vindt tevens intern een cultuurverandering plaats.

Mediation heeft positieve effecten op de reguliere behandeling van de bezwaarschriften. Er wordt namelijk meer klantgericht gewerkt. Daarnaast is het in sommige gevallen een zeer effectief middel om een geschil op te lossen.

Het is van belang om een organisatiecultuur te creëren waarbij de focus ligt op samenwerken en conflictoplossing terwijl tegelijkertijd wel de mogelijkheid blijft bestaan om te procederen voor die gevallen waar het nodig is. En waarin men tevens, indien nodig, bereid is om flink "door te pakken".

Een organisatiecultuur waar conflictmanagement een normale benaderingswijze is impliceert niet een "softe cultuur waar iedereen zo veel begrip voor elkaar heeft". De bedoeling van conflictmanagement is om conflicten en het oplossen van geschillen bedrijfsmatig te benaderen.

Hieronder volgt een overzicht dat laat zien hoe een organisatiecultuur gecreëerd kan worden dat efficiënt conflictmanagement ondersteunt.

¹⁵ ACBMediation kennisbank 2003. WODC onderzoek project mediaton naast rechtspraak "Ruimte voor Mediation", 2003

¹⁶ Geschiloplossing op maat. Vooronderzoek van ACBMediation naar de mogelijkheden van mediation als optie in de Milieukamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Manon Schonewille, maart 2003.

Conflictmanagement en organisatiecultuur



Duidelijkheid en openheid:

- **Tijdig melden als probleem voorzien is (vb niet kunnen voldoen aan contractuele verplichting)**
- **Duidelijke richtlijnen opstellen hoe met conflicten om wordt gegaan en dit communiceren (procedure, tijd)**
- **Intern aanspreekpunt creëren (interne conflictmanager)**

Sfeer, communiceer dat conflicten:

- **Normaal onderdeel van werken zijn**
- **Kans zijn om misverstanden weg te ruimen**
- **Samenwerking nieuw leven in kunnen blazen**
- **Gemeenschappelijk probleem zijn, dus samen oplossen**

Neem problemen serieus en doe er wat mee:

- **Zie geschillen of bekalg als een kans om te leren en prestaties als organisatie te verbeteren.**

1.2.5. Trends in de Verenigde Staten¹⁷.

In de VS wordt beter bijgehouden hoeveel kosten gemoeid zijn met het oplossen van geschillen. De meeste organisaties hebben *computerized tracking* om de resultaten en kosten van claims / geschillen bij te houden.

Gestandaardiseerde *early screening techniques / early evaluation* worden vaak gebruikt om in een vroegtijdig stadium te kunnen bepalen wat de beste manier is om een geschil aan te pakken. In de VS is het bovendien steeds meer gebruikelijk dat bedrijven mediation clauses opnemen in al hun contracten.

Eveneens wordt in de afspraken met advocatenkantoren vaak opgenomen dat *early settlement* of mediation de normale procedure dient te zijn. Indien een advocaat daarvan afwijkt, moet dat onderbouwd worden. Er zijn over het algemeen duidelijke richtlijnen over het omgaan met schikkingsvoorstellen.

Het is een feit dat in veel rechtszaken in een bepaald stadium alsnog tot schikking overgegaan wordt. Indien voor een vergelijkbaar

¹⁷ Bron The CPR 2002 Survey , *CPR Institute for Dispute Resolution* , New York, VS + presentatie van Thomas J. Stipanowich, President & CEO CPR Institute for Dispute Resolution, mei 2003 voor memberorganisaties van ACBMediation in Den Haag.

bedrag in een eerder stadium geschikt kan worden, levert dit voor een organisatie belangrijke besparingen op in termen van geld en geïnvesteerde management tijd.

Het Amerikaanse bedrijf Georgia Pacific¹⁸ heeft dit gegeven als basis voor een nieuwe structuur van haar juridische afdeling en de afloop van de werkzaamheden genomen. De juristen kregen een korte training hoe ADR in de bedrijfspraktijk in te zetten is en wat de voor- en nadelen van een specifieke zaak zijn. Bij elk geschil wordt nu bekeken in hoeverre een alternatieve oplossingsmethode ingezet kan worden. Als richtlijn geldt dat alle geschillen in principe binnen 30 tot 90 dagen opgelost moeten zijn. Het bedrijf probeert in eerste instantie zelf tot een *early settlement* te komen (zelf oplossen via onderhandeling). Als dit niet het gewenste resultaat heeft, wordt gekeken of mediation of een andere ADR methode (*Alternative Dispute Resolution*) geïndiceerd is. Als het geschil dan nog niet opgelost is, gaat het bedrijf naar de rechter en speelt de procedure dan ook heel hard. Alleen als er een precedent nodig is, of als het een compleet ongegronde claim betreft, gaat de organisatie direct procederen.

Naast het opstellen van richtlijnen heeft het bedrijf de juristen een korte ADR-training laten volgen. Het bedrijf realiseerde een besparing van \$ 1,5 miljoen op de kosten voor geschiloplossing in het eerste jaar waarin dit systeem geïntroduceerd werd en een besparing van \$ 6,5 miljoen in het tweede jaar¹⁹.

Mediation wordt in de VS steeds vaker als een *tool of management* ingezet volgens een gefaseerd stappensysteem. Waar mogelijk wordt in een vroegtijdig stadium geprobeerd een conflict door onderhandeling op te lossen. Tijdens de onderhandeling worden mediation technieken gebruikt. Daar waar het niet lukt, wordt in principe de hulp van een neutrale derde ingeschakeld. De gerechtelijke procedure of arbitrage fungeert als een *ultimum remedium*. In de VS wordt mediation vooral vaak gebruikt bij geschillen in arbeidsrelaties en productaansprakelijkheid en relatief vaak voor geschillen over commerciële contracten. Bij bouw, onroerend goed en verzekeringen wordt vaker gebruik gemaakt van arbitrage of de rechter.

Amerikaanse bedrijven gaan er ook steeds vaker toe over om kosten van geschiloplossing toe te rekenen aan de verantwoordelijke afdeling. Dit geldt ook voor de kosten die zij binnen het bedrijf veroorzaken zoals het inschakelen van de juridische afdeling. Dit is een *incentive* om te streven naar efficiency. Bij Nederlandse

¹⁸ Manon Schonewille, Conflict management: Mediation als management-tool, Tijdschrift voor Mediation, 1999, aflevering 3

¹⁹ P. Armstrong, Case study: Georgia-Pacific's aggressive use of early case evaluation and ADR, Corporate Counsel Newsletter, april 1999,

bedrijven hebben managers meestal geen eigen budget voor conflicthantering. Ze dragen zaken intern over aan de personeelsafdeling of aan juridische zaken. Ze hebben dus ook geen *incentive* om op deze kosten te besparen. Dat het sneller en goedkoper kan, is daarom minder belangrijk.

Ook is het bij steeds meer Amerikaanse bedrijven gebruikelijk om een *post-dispute review* met *business units* te houden.

Een aantal vooruitstrevende organisaties hebben een *in-house settlement counsel*. Een jurist die zich uitsluitend bezig houdt met het bereiken van een schikking in een vroegtijdig stadium. Een voorbeeld van een bedrijf die een *in-house settlement counsel* heeft is Toro, producent van grasmaaiers en sneeuwblazers. Vroeger waren Toro's gemiddelde kosten om een geschil op te lossen \$47,200. Na het benoemen van een *in-house settlement counsel* is dat gedaald tot gemiddeld \$10,420 per zaak. Voor die zaken waarin toch geprocedeerd wordt, is het gemiddelde bedrag waartoe het bedrijf veroordeeld wordt of het bedrag waarvoor geschikt wordt, gedaald van gemiddeld \$68,400 tot nu \$20,250.

Een andere trend is de opkomst van *settlement lawyers*. Dat zijn advocaten die niet procederen. Zij houden zich alleen nog maar bezig met het (alternatief) oplossen van geschillen of schikken. Als procederen nodig blijkt te zijn, wordt de zaak doorverwezen naar een *litigation lawyer*.

Ook in Nederland komen er steeds vaker onderhandelingsadvocaten. Als je af gaat op de ervaringen in de VS is dat een goede ontwikkeling. Geschiloplossing en schikken gaat met dit model volgens de meeste organisaties sneller en voor minder kosten. De potentiële kostenbesparing wordt zeker duidelijk als bedacht wordt dat het overgrote deel van de zaken sowieso in een vroeger of later stadium van een procedure geschikt wordt. Zowel in de VS als in Nederland.

Steeds meer organisaties benoemen een *ADR point person* / *ADR counsel*. Een *in-house* conflictmanager die geconsulteerd kan of moet worden over de beste methode om een geschil aan te pakken.

1.3 Er is geen bedrijfsmatige aanpak om geschillen op te lossen. Bedrijven kiezen meestal voor de juridische benadering.

Het is van groot belang voor bedrijven om geschiloplossing bedrijfsmatig te benaderen. In de praktijk wordt het echter meer als een juridisch probleem gezien. Iets waarop *ad hoc* gereageerd moet worden. Dit leidt tot de standaard benadering: (soms) zelf onderhandelen en als dat niet lukt naar de rechter of arbiter. Er is sprake van een cultuur van ingesleten patronen. Middenmanagers zijn vaak geneigd conflicten te vermijden, vooruit te schuiven of "weg te delegeren". Bijvoorbeeld aan de juridische afdeling, personeelsafdeling of een advocaat.

1.3.1. Geschiloplossing is een juridische aangelegenheid.

Het oplossen van commerciële conflicten zou een management taak moeten zijn. Bedrijven zien geschiloplossing echter eerder als een juridische aangelegenheid. Als er conflicten zijn wordt er *ad hoc* op gereageerd. Een standaard aanpak is advies te vragen aan de advocaat: "wat zijn mijn kansen?" In plaats van na te gaan wat de beste benadering is om het geschil op te lossen. Daardoor komen geschillen in een andere dynamiek terecht dan hetgeen uit management oogpunt wenselijk is.

Als een bedrijf actie onderneemt dan leidt dit vrijwel automatisch tot de standaardaanpak: een juridische benadering. Op elk ander onderdeel van de bedrijfsvoering zou een ondernemer er geen moment over twijfelen of hij de beslissing over een belangrijke kwestie - waarmee vaak veel geld gemoeid kan zijn - over moet laten aan een instantie die niet deskundig is. Dit is echter wel wat er bij het oplossen van geschillen gebeurt. Juridische zaken die veel geld kosten worden veelal aan een externe overheidsinstantie overgelaten. Je kunt je afvragen waarom. In Hoofdstuk IV.4. worden een aantal verklaringen hiervoor beschreven.

Het overgrote deel van de juridische procedures komt overigens uiteindelijk niet tot een uitspraak van de rechter. Ergens in de procedure gaan partijen c.q. hun advocaten onderhandelen om alsnog zelf tot een oplossing te komen.

Eenzelfde resultaat kan ook in een eerder stadium bereikt worden. Met dat verschil dat er minder tijd en kosten mee gemoeid zijn. Daarnaast geeft mediation vaak betere oplossingen. Voor die betere oplossing is een bedrijf vaak ook nog minder tijd en kosten kwijt.

1.3.2. Managers lossen conflicten niet op.

Veel managers neigen tot het vermijden van het oplossen van alledaagse conflicten. Tot die conclusie komt ook sociologe Renée de Reuver in haar promotie onderzoek. In nauw overleg met managers ontwikkelde ze voor het proefschrift "Manager en conflict. De constructie en evaluatie van de Test voor het hanteren van alledaagse organisatieconflicten (TOC)" een test om te meten hoe geschillen en wrijvingen die zich in organisaties in feite dagelijks voordoen, worden opgelost. De meeste managers hanteren één dominante stijl. Zij kunnen moeilijk switchen naar een andere stijl²⁰.

Een ander aspect is dat er weinig managers zijn die zich verantwoordelijk voelen voor het zelf oplossen van geschillen en de verantwoordelijkheid nemen voor een zakelijke relatie. Zij moeten getraind worden in verschillende stijlen om met conflicten om te gaan. Zij moeten bovendien leren conflicten vroegtijdig te identificeren.

Managers hebben voor conflicthantering vaak zelf geen budget. Ze dragen zaken intern over aan de personeelsafdeling of aan juridische zaken. Ze hebben dus ook geen *incentive* om op deze kosten te besparen. Dat het sneller en goedkoper kan, is daarom niet erg interessant voor de gemiddelde manager.

Daarnaast laten managers ook uit commerciële redenen reële claims liggen. Een bedrijf is bang een zakelijke relatie te verstoren of bevindt zich in een afhankelijke positie (b.v. een grote leverancier en kleine afnemer, of een grote klant voor klein bedrijf). Ook spelen aspecten als het niet negatief in de pers willen komen een rol. Mediation kan hier een oplossing bieden omdat een commerciële oplossing met behoud van een werkbare relatie mogelijk is. En vertrouwelijkheid is gegarandeerd.

1.3.3. Stimulering door de overheid

Op 20 april 2004. stuurde Minister Donner een brief aan de Tweede Kamer waarin hij maatregelen voorstelt om mediation te stimuleren. De filosofie achter het beleid van de overheid om mediation te stimuleren is dat conflictoplossing in eerste instantie de verantwoordelijkheid van partijen zelf is.

Daarnaast hebben diverse praktijkprojecten die vooraf zijn gegaan aan de brief van de Minister bewezen dat conflicten door mediation

²⁰ Proefschrift 'Manager en conflict', januari 2003 faculteit Sociale Wetenschappen van de Universiteit van Tilburg. Bron: Financieel Dagblad. Onderzoek onder 500 managers

meestal op een betere wijze opgelost worden. En dat is ook de ervaring bij ACBMediation.

Justitie verwacht dat over drie jaar iedereen die naar de rechter gaat informatie krijgt over de mogelijkheid van mediation. Minder draagkrachtigen kunnen zelfs een toevoegde mediator krijgen. En er is als tegemoetkoming in de kosten een "startbonus" beschikbaar voor partijen die een mediator tijdens een procedure inschakelen. Het beleid van de Minister is een positieve ontwikkeling. De ervaring in het buitenland leert dat stimulering van *court-annexed* mediation er toe leidt dat partijen uit zichzelf in een eerder stadium - dus voor de rechtsgang - alternatieve oplossingsmethoden overwegen. Hierdoor wordt de rechtspraak ontlast. En een onderneming kan tijd en kosten besparen door voor alle geschikte zaken in een vroegtijdig stadium een mediator in te schakelen.

Het is een positieve ontwikkeling dat de overheid het gebruik van methoden om zelf conflicten op te lossen stimuleert. Het is echter – juist ook in het licht van deze filosofie - wel in het belang van het bedrijfsleven om de invulling van conflictmanagement en mediation in eigen hand te houden en niet afhankelijk te laten zijn van het beleid van de overheid.

Het stimuleren van (*court annexed*) mediation is geen beperking van rechten zoals wel eens gedacht wordt door juristen. De weg naar de rechter staat altijd open. Door het informeren naar de mogelijkheden van mediation krijgt de rechtzoekende juist een extra keuzemogelijkheid. Deelname aan een mediation is vrijwillig. Een erkende mediator is echter wel gebonden aan strenge gedragsregels. Daarin staat onder andere de vertrouwelijkheid. Dat wil zeggen dat een mediator nooit de pers zal zoeken of te woord zal staan over een concreet geval.

Het is jammer dat de discussie over mediation vaak vertroebeld wordt door misvattingen en ingesleten patronen (zie hoofdstuk III.2.1.1.). Want mediation is een waardevolle aanvulling op de rechtspraak. Mediation stimuleren wil niet zeggen dat niemand meer naar de rechter gaat. Het geeft een rechtzoekende de mogelijkheid om per geschil na te gaan wat de beste methode is om een geschil op te lossen.

Mediation biedt een extra keuzemogelijkheid. Oftewel: geschiloplossing op maat. Dat kan als een voorfase van de rechtsgang, maar het kan ook heel goed in de private fase vóór een juridische procedure.

1.3.4. Belemmeringen in wettelijke regelingen en systemen en herziening van het burgerlijk procesrecht.

Kamerlid Aleid Wolfsen wijst op de noodzaak om een aantal wettelijke regels en systemen in de rechtspleging aan te passen. Dit moet partijen stimuleren om zelf verantwoordelijkheid te nemen voor de oplossing van een conflict in plaats van dit helemaal tot de verantwoordelijkheid van rechters en advocaten te maken. Bijvoorbeeld door beter gebruik te maken van artikel 96 Rv (zie hieronder). Volgens hem stuurt ook het huidige punten systeem van vergoeding voor rechtsbijstand partijen in richting van de advocatuur. Daarnaast is het betalingssysteem van rechtbanken (mede) gebaseerd op het aantal uitspraken dat rechtbanken doen. Dit soort productie afspraken is een prikkel om zaken vast te houden en zelf met een vonnis af te doen.

Het Ministerie van Justitie onderzoekt momenteel een fundamentele herbezinning van het burgerlijk procesrecht. Bedoeling is om het procesrecht sterk te vereenvoudigen.

Volgens Professor Maurits Barendrecht komt de kern van het huidige probleem bij deze benadering echter niet aan de orde.

De hoogte van de kosten voor de toegang tot het recht worden niet in kaart gebracht. Evenmin wordt hiermee het monopolie van rechters en advocaten op de markt voor geschiloplossing doorbroken. Moderne methoden als mediation worden beoordeeld op hun juridische merites en spelen slechts een ondergeschikte rol in de hervormingsplannen. Geschilbeslechting blijft zo uitsluitend een juridisch thema en dat is jammer.

Als voorbeelden van aanpassingen in het procesrecht die alternatieve methoden om geschillen op te lossen kunnen stimuleren, valt te denken aan:

1. Mogelijkheden creëren om procedures flexibel met elkaar te combineren. Bijvoorbeeld mediation met rechtspraak of arbitrage. Dit kan onder andere via artikel 96 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Zie ook hoofdstuk III.1.5.2.).
2. In de dagvaarding aangeven wat partijen zelf gedaan hebben om te proberen het conflict op te lossen.
3. Een rechter zou vooral bij complexe procedures een strenge regie moeten voeren. Hoe sneller actief procesmanagement begint, hoe meer kosten er bespaard worden.

4. Een rechter kan aan partijen voorstellen om eerst te proberen zelf hun conflict op te lossen. Een rechter kan daarbij wel regie over de zaak houden door bijvoorbeeld al een datum te bepalen waarop partijen met de uitkomst bij hem of haar zullen terugkomen.

1.4 Bedrijven zoeken veelal niet naar de beste prijs – kwaliteit verhouding voor het oplossen van hun conflicten en gaan niet per geschil na wat de beste methode is.

Door de juridische benadering is het niet gebruikelijk voor een bedrijf om te zoeken naar de beste prijs-kwaliteitverhouding voor het oplossen van een conflict. Een bedrijf gaat niet per zaak na wat de beste methode is om het geschil op te lossen.

Dat is wel van belang. Er is namelijk geen enkele methode die geschikt is om alle geschillen op te lossen.

Redenen waarom bedrijven niet zoeken naar de beste methode om een geschil op te lossen:

- a. Een cultuur van ingesleten patronen
- b. Bedrijven hebben geen keuzevrijheid
- c. De rol van advocaten.

Wanneer is mediation geschikt?

- d. Conflict scan *business to business*, indicaties en contra-indicaties.

1.4.1 Een cultuur van ingesleten patronen.

Een bedrijf probeert in het algemeen een optimale mix te krijgen tussen hetgeen ze investeren en hetgeen ze er voor terugkrijgen. Als voor minder geld en tijd een betere oplossing te krijgen is, lijkt dat een eenvoudige keuze.

Organisaties zijn zich niet bewust van het voordeel van efficiënt conflictmanagement. Ze gaan niet na welke methode in een concreet geschil de meest geëigende is.

Het is een systeem dat zichzelf in stand houdt. Omdat de totale kosten die gemoeid zijn met geschiloplossing niet bekend zijn, zijn organisaties zich er niet van bewust dat zij veel baat hebben bij een efficiënt conflictmanagement.

Bovendien is het zonder cijfermateriaal moeilijk om efficiency te kunnen meten en waar nodig bij te sturen. Ook de ingeschakelde hulpverleners als advocaten en adviseurs worden vaak meegenomen in de standaardprocedure. Hierdoor worden zij vooral, ervaren in het toepassen van de standaardprocedure en hebben zij weinig oog voor alternatieven.

1.4.2. Bedrijven hebben geen keuzevrijheid.

Een bedrijf heeft niet altijd de vrije hand in het kiezen van de beste methode van geschiloplossing en de gewenste prijs - kwaliteit verhouding. Men is immers afhankelijk van de medewerking van anderen. Binnen de organisatie, externe (juridische) dienstverleners en uiteraard ook de wederpartij.

In overleg met de tegenpartij afspreken hoe je een geschil op gaat lossen is moeilijk. Professor Maurits Barendrecht heeft het over de fuik van de standaardprocedure²¹.

Hij ziet als het grote probleem van geschiloplossing dat het voor partijen die een geschil met elkaar hebben vrijwel onmogelijk is om afspraken te maken welke methode gebruikt gaat worden om dit conflict op te lossen. Als de één iets wil, blijkt haast per definitie dat de tegenpartij het er niet mee eens is. Dit fenomeen gecombineerd met het feit dat er sprake is van automatisme en een gemonopoliseerde markt door rechtspraak en advocatuur, leidt er toe dat er in de praktijk weinig gebruik gemaakt wordt van alternatieven voor rechtspraak en arbitrage.

Toch zijn er bedrijven en advocaten die het lukt om afspraken te maken over de methode waarmee een geschil het beste aangepakt kan worden. Ondanks de tegenstellingen over het probleem zelf. Bij het merendeel van de partijen lukt het echter niet om in overleg zelf de meest efficiënte oplossingsmethode te kiezen. Zij komen dan al snel in de standaardprocedure terecht. Dat is meestal de rechter of arbiter.

Ook is men wel eens bang dat het aanbod van mediation door de wederpartij als een zwakgebod uitgelegd zou kunnen worden. Het voorstel om een geschil in overleg op te lossen in het kader van een bedrijfsmatige benadering van geschiloplossing heeft niets te maken

²¹ Prof. mr J.M. Barendrecht " Bedrijfsmatige juridische dienstverlening en toegang tot het recht: actievere regulering is nodig" Afl. 2003/35 NJB

met een zwakke(re) of sterke juridische positie. Het is een uitvloeisel van een conflictmanagement *policy* op grond waarvan men tot de conclusie komt dat dit de beste methode is om het geschil op te lossen.

Het opnemen van een mediationclausule in een contract of het ondertekenen van een zogenaamde erecode of *pledge* kan uitkomst bieden tegen het vooroordeel van een verondersteld "zwakgebod" en de fuik van de standaardprocedure.

In Europa zijn er vaak discussies over het nut van een mediationclausule in een contract en zeker over het ondertekenen van een zogenaamde erecode of *pledge*. In de Verenigde Staten is dit zeer gebruikelijk. In Europa ligt dit wat gevoeliger. Met name de *pledge* wordt gezien als een typisch Amerikaans instrument. Een *pledge* kan echter een goed instrument zijn voor bedrijven die de discussie over het toepassen van mediation in een concreet geval willen vergemakkelijken, zonder zich vast te leggen, zoals dat bij het opnemen van een mediation clausule het geval is.

Een mediation clausule of het ondertekenen van een erecode vergemakkelijkt de discussie over hoe in een concreet geval een geschil opgelost kan worden. In bijlage 8 zijn voorbeelden opgenomen van mediation clausules.

Automatisme kan leiden tot ingesleten patronen: een besluitvormingsprocedure, procespraktijk, of onderhandelingsvorm waar partijen tegen wil en dank in terechtkomen. Terwijl eigenlijk iedereen weet dat het anders en beter zou kunnen. De standaard wordt een fuik, waarin ook partijen terechtkomen voor wier belangen de standaard eigenlijk niet zo heel geschikt is. Het is bijvoorbeeld nogal onwaarschijnlijk dat de standaardprocedures voor meer dan 90% van de geschillen de procedure met de optimale prijs-kwaliteitverhouding zou zijn. Veel bedrijven raken verzeild in een procedure waarin ze niet thuis horen. De "gekozen" procedure is bijvoorbeeld te duur of te onzeker, of duurt uiteindelijk te lang.

1.4.3. De rol van advocaten.

Advocaten spelen een cruciale rol in het adviseren van bedrijven over de mogelijkheden van mediation en wat de meest efficiënte methode is om een geschil op te lossen. Zij zijn hierin echter nog te terughoudend.

De meeste juristen zijn niet tegen mediation. Sommige juristen zijn nog onvoldoende bekend met de mogelijkheden van mediation voor

hun cliënt en de rol die zij hierin kunnen vervullen. Daarnaast is het een kwestie van cultuur. Er zijn juristen die uit principe liever procederen.

Als belangrijkste blokkades voor advocaten bij het initiëren van een mediation worden de volgende knelpunten genoemd:

Blokkades advocaten



- **ADR kan *Alarming Drop in Revenues* betekenen.**
- **Onbekendheid met het proces.**
- **Onbekendheid met de rol die een advocaat in een mediaton moet vervullen, bang daardoor fouten te maken.**
- **Beducht de cliënt te verliezen door een "verkeerd advies" mocht de mediation mislukken.**
- **Angst dat de mediation eindeloos gaat duren en "extra boven op" een gewone procedure komt qua kosten en tijd.**
- **Het moeilijk vinden om de regie over het proces uit handen te geven.**
- **Angst de cliënt (indirect) aan een goede advocaat-mediator kwijt te raken. Tegelijkertijd schakelen advocaten vaak bij voorkeur een mediator met juridische expertise in.**
- **Niet van tevoren weten of de mediator de juiste persoon is, maar je wel moeten verbinden.**
- **Angst dat de wederpartij de mediation kan misbruiken om extra informatie te vergaren. Doordat de mediator geen wettelijk verschoningsrecht heeft is de vertrouwelijkheid van een mediation juridisch gezien niet 100% waterdicht^[1].**
- **Angst dat de vertrouwelijkheid wel volledig werkt en daardoor misbruikt kan worden, bv door cruciale (belastende) informatie en stukken in de mediation in te brengen zodat deze in een vervolprocedure niet meer gebruikt kunnen worden^[2].**

Met betrekking tot de ideeën rond de vertrouwelijkheid van mediation het volgende. In de praktijk honoreert de Nederlandse rechter de vertrouwelijkheid van mediation wel volledig [1]²².

Daarnaast werkt de vertrouwelijkheid niet zo dat een stuk of de besproken informatie vertrouwelijk wordt door dit in de mediation in te brengen. Het gaat alleen om stukken die speciaal voor de mediaton gemaakt zijn of informatie die alleen in de mediation ter tafel gekomen is en die niet via een ander kanaal te verkrijgen is [2].

²² Arrondissementsrechtbank Arnhem, 4 februari 2000, KG 1999/808
Arrondissementsrechtbank Arnhem, 15 januari 2003, 78133/HA ZA 04-1575

1.4.4. Wanneer is mediation geschikt? Conflict scan B2B.

In zakelijke conflicten is het zinvol de (bedrijfs)belangen te analyseren en toekomstgericht te denken: wat is het werkelijke conflict en wat moet er gebeuren om dit op te lossen. Dat kan door zelf te gaan onderhandelen. Of door daarbij een onafhankelijke derde in te schakelen, bijvoorbeeld een mediator. Daardoor zijn zakelijke oplossingen mogelijk.

- Indicaties voor mediation

Hieronder volgt een overzicht van omstandigheden waarin mediation in het bijzonder aan te raden is. In principe kunt u er van uitgaan dat mediation geschikt is voor alle gevallen waarin betrokkenen het geschil op willen lossen en bereid en in staat zijn hierover te onderhandelen.

Indicaties B2B mediation



- ✓ **Partijen willen snel een einde maken aan hun conflict.**
- ✓ **Er is sprake van een langdurige relatie tussen partijen.**
- ✓ **Het instandhouden of zorgvuldig beëindigen van de relatie is van belang.**
- ✓ **Een *business* oplossing is gewenst.**
- ✓ **Een gerechtelijke uitspraak lost het achterliggende conflict niet (geheel) op.**
- ✓ **Geheimhouding is van belang.**
- ✓ **Er zijn meer dan twee partijen betrokken bij het conflict.**
- ✓ **Meerdere claims / conflicten spelen tegelijkertijd.**
- ✓ **De zaak is technisch ingewikkeld of specialistisch.**
- ✓ **Het betreft een internationale zaak (bevoegdheidsproblematiek).**

Efficiënt conflictmanagement houdt in dat per geschil bekeken wordt wat de beste methode is om het geschil op te lossen. Wat de beste methode is hangt niet af van het type zaak maar van omstandigheden.

Naast mediation zijn er nog andere methoden om een geschil op te lossen. Bijvoorbeeld facilitation, een (al dan niet bindend) advies, mengvormen als med-arb, mediation met een tijdslimiet (zie hoofdstuk III.1.5.). Het hangt af van de omstandigheden en de betrokken partijen welke methode aan te raden is.

- Contra-Indicaties voor mediation

In een aantal gevallen is mediation niet aan te raden:



Contra-indicaties B2B mediation

- Een partij heeft baat bij vertraging en wil dit belang niet onderdeel van de mediation maken (geheime agenda).
- Een (weder)partij is te kwader trouw (niet te snel concluderen: het betreft bv een notoire querulant) of er is sprake van een strafbaar feit.
- Een eerdere mediation tussen dezelfde partijen leidde niet tot de oplossing van het conflict.
- Een precedent is gewenst (bijvoorbeeld uitleg Algemene Voorwaarden, nieuwe regelgeving of jurisprudentievorming).
- Het is primair van belang het gelijk van een partij openbaar te bewijzen.
- Een partij is niet in staat verantwoordelijkheid voor besluiten te dragen.

Factoren die falen en succes van een mediation procedure bepalen ²³.

Zoals hierboven blijkt, is de geschiktheid voor mediation niet uitsluitend vast te stellen aan de hand van harde persoonskenmerken of feitelijke kenmerken van de zaak. Uit onderzoek blijkt dat de belangrijkste factoren voor het slagen van een mediation zijn dat de betrokkenen een oplossing willen zoeken voor hun conflict en dat ze bereid zijn tot onderhandelen.

Daarnaast is het selecteren van de juiste persoon van de mediator een cruciale factor in de mediation.

²³ WODC onderzoek project mediation naast rechtspraak "Ruimte voor Mediation", 2003. ACBMediation Kennisbank 2003

Een belemmerende factor lijkt het aantal partijen te zijn: Enerzijds is het zo dat meer partijen wil zeggen ook meer invalshoeken voor een oplossing. Anderzijds blijkt in de praktijk dat hoe meer (proces)partijen, hoe kleiner de kans van slagen van de mediation is. Een groot voordeel van een mediation is dat alle betrokken partijen tegelijkertijd aan een sessie kunnen deelnemen. Er hoeft niet met elke partij een separate procedure opgestart te worden.

Faalfactoren liggen meer bij de persoon van de deelnemers.

De belangrijkste faalfactoren:

- Een te beperkt mandaat of te weinig onderhandelingsruimte
- Een verkeerde *match* van deelnemers. Een bedrijf moet de afweging maken op welk niveau oplossingen gezocht moeten worden c.q. waar de problematiek ligt. Daar moeten de deelnemers bij aangepast worden. Dus topmanagement voor een strategische of organisatie overkoepelende insteek vs. de betrokken (project)managers / medewerkers bij meer persoonlijke problematiek of oplossing voor een specifiek project.
- Gebrek aan feitelijke kennis

1.5 Ondernemingen hebben na een nadere kennismaking met mediation wel interesse.

In contrast met de negatieve beeldvorming (hoofdstuk III.2.) en het gebrek aan actieve interesse staat het feit dat organisaties na een nadere kennismaking met mediation veel interesse tonen in bedrijfsmatige methoden om geschillen op te lossen.

Ondernemingen geven aan wel geïnteresseerd te zijn in alternatieven om geschillen op te lossen, omdat ze niet altijd tevreden zijn met de voorhanden standaardoplossingen. De redenen voor de ontevredenheid zijn met name de hoge kosten, de tijdsduur en de onvoorspelbaarheid van een juridische uitspraak:

"Gelijk hebben is iets anders dan juridisch gelijk krijgen. Het is soms bijna Russisch roulette".

Ook wordt vaak het gebrek aan inhoudelijke deskundigheid van rechters als een belemmering genoemd.

Als bedrijven één keer een mediation meegemaakt hebben is dat de beste manier om het management te overtuigen. Na ervaring met mediation ziet een bedrijf de efficiency en positieve aspecten van het instrument in. Meer dan 90% van de bedrijven die bij de Stichting ACB een mediation procedure doorlopen hebben, zegt mediation in de toekomst weer in te willen zetten. Als belangrijkste reden voor de tevredenheid wordt aangegeven dat mediation snel is en kosten bespaart²⁴. Dit klopt met de statistiek: een gemiddelde ACB mediation is binnen 16 uur afgesloten en kost per partij circa € 3500,-. De hoogte van het financiële belang in de commerciële zaken die ACB begeleidt, is gemiddeld circa 4,5 miljoen euro per zaak. Dit wijkt wel af van het beeld dat bedrijven van tevoren over mediation hebben. Dan wordt er meer nadruk gelegd op de relationele aspecten (zie hoofdstuk III.2.3).

Deze latente interesse moet omgezet worden in actie door product differentiatie en maatwerk. Hier ligt met de juiste positionering en communicatie over de mogelijkheden van mediation als managementinstrument een mogelijkheid om te voorzien in een behoefte van de markt. Ook het ontwikkelen en aanbieden van maatwerkprocedures is van belang.

Zo is er bijvoorbeeld als blokkade voor mediation de angst dat mediation vertragend kan werken. Een aanbod van in tijd beperkte mediations kan uitkomst brengen. Ook andere methoden als med-arb kunnen helpen het imago te verbeteren en de latente interesse om te zetten in actie in de praktijk.

Hieronder volgt een beperkt overzicht van mogelijkheden.

1.5.1 Mediation.

Mediation is een bijzondere vorm van bemiddeling. Een mediator begeleidt partijen om door middel van een onderhandeling een geschil op te lossen.

Een juridische procedure gaat meestal niet over het echte probleem. Wat men wil bereiken is in een juridische vraag geperst. Ook een juridisch antwoord is beperkt: gelijk, ongelijk, schadevergoeding of niet. Dat wil zeggen dat zelfs als een bedrijf door een uitspraak van de rechter gelijk heeft gekregen, het conflict niet altijd opgelost is. En ook dat zo'n antwoord niet altijd recht kan doen aan de gevallen waarbij "het gelijk in het midden ligt".

Mediation werkt totaal anders. Er wordt gekeken naar de belangen, wat is het werkelijke conflict en wat moet er gebeuren om dit op te lossen. Daardoor kun je andere, commerciële oplossingen vinden.

²⁴ Bron: ACBMediation kennisbank 2003

Voor die betere oplossing is een bedrijf vaak ook nog minder tijd en kosten kwijt. En een zakelijke relatie blijft behouden. Het herstellen van de lieve vrede is echter zeker geen doel op zich. Soms is het wel een (gewenst) neveneffect.

Een ander interessant aspect van mediation is het feit dat mediation vaak snel en efficiënt werkt in zakelijke conflicten. Meer dan 80% van de ACB mediations slaagt. Gemiddeld zijn slechts 4 bijeenkomsten van een paar uur nodig om het conflict op te lossen²⁵. Iets anders is dat ook alle betrokken partijen tegelijkertijd aan dezelfde procedure deel kunnen nemen. Dus er hoeft niet met elke partij separaat een procedure gestart te worden. Daarnaast kunnen verschillende conflicten tussen dezelfde partijen in één mediaton behandeld worden. Ook als deze geschillen (juridisch) geen enkel verband met elkaar houden.

Een bedrijf moet afwegen of het een juridisch oordeel nodig heeft of dat zakelijk voordeel belangrijker is.

De gang naar de rechter is bijvoorbeeld beter als een uitspraak nodig is die ook ten opzichte van derden geldt. Of als het een principiële zaak betreft en iemand zijn gelijk openbaar wil bewijzen. Ook als er sprake is van een strafbaar feit of een partij ter kwader trouw is, blijkt mediation niet verstandig.

In andere gevallen geldt: zakelijk conflict, denk aan mediation.

1.5.2 Med-arb.

Med-arb is een voorbeeld van een combinatieprocedure. De procedure begint met bemiddeling. Partijen spreken echter van tevoren af dat de bemiddelaar of een andere derde het geschil al dan niet bindend zal beslechten indien partijen niet of gedeeltelijk tot een oplossing komen via mediation. Med-Arb wordt gebruikt indien partijen zekerheid willen hebben dat het geschil aan het einde van de procedure ook daadwerkelijk is afgelopen.

Aan een (bindend) advies door een mediator kleven nadelen. Als partijen weten dat de mediator uiteindelijk degene kan zijn die het geschil bindend gaat beslissen, zullen ze bijvoorbeeld tijdens de *caucus*²⁶ met de mediator minder open zijn. Dat kan het succes van de mediation verkleinen.

Dit bezwaar kan opgevangen worden door verschillende varianten. Er zijn vormen waarbij de geschilbeslechter voor het begin van de mediation een beslissing vastlegt. En er zijn varianten waarbij een andere persoon ingeschakeld wordt om de bindende uitspraak te doen.

²⁵ Bron: ACBMediation Kennisbank 2003

²⁶ Caucus = individuele bespreking tussen één van de partijen en de mediator

In dat geval legt de mediator vast op welke punten overeenstemming bereikt is en op welke punten een beslissing genomen moet worden. Dat kan zeer kort op één A-viertje. Deze punten worden ofwel voorgelegd aan een (bindend) adviseur, een arbiter of de kantonrechter. Dit laatste is mogelijk op grond van het relatief onbekende artikel 96 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering:

"In alle zaken die slechts rechtsgevolgen betreffen, die ter vrije bepaling van partijen staan, kunnen zij zich samen tot een kantonrechter van hun keuze wenden en zijn beslissing inroepen. Het geding wordt gevoerd op de wijze als door de Kantonrechter bepaald."

De kantonrechter beslist dan op de overgebleven punten zodat partijen snel en goedkoop een rechtsgeldig besluit met executoriale titel hebben. Bij de kantonrechter is er overigens geen verplichte rechtsbijstand. (zie ook hoofdstuk III.1.3.4.).

1.5.3. Medation met tijdslimiet.

Mediation met tijdslimiet houdt in dat alle betrokken partijen vooraf een beperkte termijn vastleggen waarbinnen de mediation afgesloten moet zijn. Bij ACBMediation is dat in de regel een tijdsbestek van 2, 3 of 4 dagdelen verdeeld over 1 of 2 dagen. Voor mediation met een tijdslimiet kan een vast *all-in* bedrag afgesproken worden, zodat alle betrokkenen weten waar ze aan toe zijn.

1.5.4. Conciliation en Mitigation.

Een neutrale derde ondersteunt partijen bij het oplossen van een geschil zonder gezamenlijke mediation bijeenkomst. Mitigation is advisering aan of *coaching* van één partij, waarbij tips gegeven worden welke stappen genomen kunnen worden om het geschil op te lossen. Conciliation is vergelijkbaar met mitigation; er wordt echter ook contact opgenomen met de andere partij. Hierbij wordt vaak een concreet voorstel om het geschil op te lossen gedaan aan de wederpartij. Voor eenvoudige zaken of in gevallen waarin de partijen nog niet zelf geprobeerd hebben het geschil op te lossen en hierbij *coaching* nodig hebben, kan conciliation of mitigation effectief zijn.

Deze techniek wordt vaak bij de ACB MediatonLijn²⁷ ingezet. Conciliation en mitigation zijn alleen geschikt voor niet al te ingewikkelde zaken.

1.5.5. Facilitation.

Begeleiden van een bijeenkomst of onderhandeling door een neutrale derde. Doel: het verduidelijken en verbeteren van de communicatie, voorkomen dat er conflicten ontstaan. En vooral het versnellen van het onderhandelingsproces. Facilitation wordt ook vaak ingezet voordat een concreet geschil ontstaan is.

1.5.6. Dispute Review Board (DRB).

Een DRB, ook wel een Raad van Experts genaamd, begeleidt een omvangrijk project en kan daardoor conflicten vroegtijdig signaleren en tevens de betrokkenen ondersteunen bij het oplossen van geschillen. De samenstelling en taakstelling van een DRB verschilt per project. Vaak zitten er van beide partijen vertegenwoordigers in onder voorzitterschap van een neutrale voorzitter. In Nederland zijn DRB's al in een aantal grote infrastructurele projecten ingezet. Bij projecten als de Westerscheldetunnel, de Botlek- en de Sophiaspoortunnel en de tunnel Tracé Sijtwende, zijn ervaringen opgedaan met DRB's.

Een Studiegroep met afgevaardigden van de Stichting Instituut voor Bouwrecht, het Nederlands Arbitrage Instituut, het Nederlands Mediation Instituut, de Raad voor Arbitrage voor de Bouw, ACBMediation, CROW en de Universiteit van Tilburg heeft de krachten gebundeld en een DRB modelreglement opgesteld. Dit reglement is via de ACB website²⁸ of CROW te bestellen.

In de praktijk in Nederland zijn twee hoofdvormen van DRB's te onderscheiden.

Allereerst zijn er DRB's die pas actief worden bij het ontstaan van een concreet geschil. Veelal uitsluitend op aanvraag van de partijen. Deze DRB's werken meestal volgens arbitrage of bindend advies modellen.

Daarnaast zijn er DRB's die een meer begeleidende rol hebben. Vaak begint een dergelijk DRB traject met een *kick-off meeting* met alle betrokkenen. Er is regelmatig informeel overleg en de DRB kan veelal uit zichzelf actief worden om potentiële conflicten in een vroeg

²⁷ Een gratis informatienummer waar bedrijven terecht kunnen met vragen rond het oplossen van geschillen: 0800 -222 6334

²⁸ www.ACBMediation.nl

stadium te signaleren en om te bemiddelen bij het vinden van een oplossing. Deze DRB's werken zowel met mediation modellen als met arbitrage of bindend advies. Wat opvalt is dat bij deze vorm van DRB's in de praktijk niet of nauwelijks (meer) concrete geschillen ter beslechting aan het DRB voorgelegd worden.

2. Het imago van mediation en de rol van de mediators.

2.1. Mediation heeft een imagoprobleem.

De meeste bedrijven hebben te weinig kennis in huis over wat mediation precies is. De discussie over mediation wordt gekenmerkt door vooroordelen en misvattingen. Iedereen heeft een mening over mediation. Echter bij doorvragen blijkt dat het beeld dat men heeft veelal gebaseerd is op misverstanden.

2.1.1. Vooroordelen en misvattingen.

Het probleem is dat weinig mensen weten wat mediation echt is, maar iedereen heeft er een mening over. De discussie over mediation wordt gekarakteriseerd door vooroordelen en misvattingen. Mediation ondervindt tegenstand vanwege een imago probleem.

Een manager gaf hiervan een goed voorbeeld. Hij zei dat hij eigenlijk actief op zoek was naar een alternatief voor procederen of niets doen. Op de vraag waarom hij dan nog nooit mediation beproefd had antwoordde hij: "Ja, maar ik heb geen afdeling mediation". Daaruit bleek dat hij niet begrepen heeft dat een eigen mediation afdeling bijna een *contradictio in terminis* is. De belangrijkste kenmerken van mediation zijn nu juist dat een onafhankelijke derde partijen helpt om zelf een geschil op te lossen en dat partijen zelf *in control* blijven over het conflict

De meest **hardnekkige vooroordelen** over mediation zijn:

- Mediaton is soft
- Ik doe zelf al jaren aan mediation
- Mediation is een vorm van arbitrage of een duur woord voor bemiddelen.
- In principe is mediation het zoeken naar een soort "poldercompromis".

In het NOS journaal van 22 april 2004 improviseerde Kees van Kooten uit de losse pols over het nut van een mediator als bemiddelaar tussen de Tweede Kamer en de El Tawheed moskee.

Van Kooten:

"...Ja, dat met die moskee. Het stuk in het boek over het feit dat alle homo's van een hoog dakterras moeten worden gegooid, met het hoofd voorover. Dat kan natuurlijk niet. Hierover zouden we natuurlijk in gesprek moeten gaan met de Imam. Een typische taak voor een Mediator. Dat alle homo's van het dak moeten worden gegooid, ok. Maar met het hoofd voorover, dat gaat nou n t te ver. Dat moet toch in de volgende druk aangepast kunnen worden. Ja, een Mediator er naar toe dus..."

Uit de satire bleek dat hij - net als vele anderen - denkt dat mediation uitmondt in een compromis. Ook in juridische- en management vakliteratuur wordt vaak uitgegaan van de veronderstelling dat mediation automatisch betekent dat elke partij water bij de wijn moet doen. Niets is minder waar. Neem het voorbeeld van de casus die in hoofdstuk V nader uitgewerkt wordt.

De casus gaat over een Australische onderneming die inbreuk maakt op een octrooi van een Nederlands bedrijf. In Nederland is het gebruikelijk om in zo'n geval een advocaat in te schakelen en via de rechter schadevergoeding te eisen.

Met mediation ben je niet gebonden aan een beperkt spectrum aan juridische oplossingen. Het is heel goed mogelijk dat de mediation erin resulteert dat partijen een licentie overeenkomst afsluiten. Of op een andere wijze uit het conflict een zakelijk voordeel weten te halen in plaats van een schadevergoeding.

Vooraf door juristen wordt vaak gedacht dat mediation gereguleerd moet worden als een soort tweede overheidsrechtspraak. Dit druist echter volledig in tegen de filosofie van het instrument. Gezien de toelichting van het Ministerie van Justitie op de brief van de Tweede Kamer van 20 april jl. is dit ook niet de bedoeling als men het heeft over het stimuleren van *court annexed* mediation.

Mediation stimuleren wil niet zeggen dat niemand meer naar de rechter gaat. Het geeft een rechtzoekende de mogelijkheid om stil te staan bij de vraag wat de beste methode is om een geschil op te lossen.

2.1.2. Beeldvorming van mediation²⁹.

Na vergelijking van de antwoorden op de schriftelijk afgenomen vragenlijsten en de diepte interviews komt naar voren dat de meeste deelnemers aan het marktonderzoek zich via de vragenlijst positiever uitlaten over mediation dan uit het diepte interview naar voren komt.

Een aantal gangbare vooroordelen die tijdens de interviews naar voren werden gebracht, werden niet teruggevonden in de beantwoording van de vragenlijst. Dit is enerzijds terug te voeren op het voorlichtingseffect van het interview als onderzoeksmethode. De schriftelijke vragenlijst is ter afsluiting van het interview voorgelegd.

Anderzijds speelt mee dat een groot deel van de geïnterviewden aangaf dat zij via de schriftelijke vragenlijst hun eigen persoonlijke mening gaven, maar dat anderen met wie zij samenwerken en over mediation praten vaak een andere zienswijze hebben:

“Ik denk zelf niet dat je mediation voorstelt als je een zwakke juridische positie hebt, maar de directie denkt daar vaak anders over”

Tijdens het open interview is uitvoerig gesproken over de eigen beeldvorming en die van anderen. Aan het einde van het interview geeft men in de enquête aan (zelf) mediation niet als zwakgebod te ervaren. Ook het voorstel om een mediator in te schakelen wordt niet gezien als een teken van falen op eigen onderhandelen. Tevens ziet men in dat mediation niet alleen voor inhoudelijk eenvoudige en emotioneel getinte conflicten is.

Deze bevindingen ondersteunen de conclusie dat voorlichting en advies alsmede praktijkervaring noodzakelijk is voor een realistische kijk op het instrument mediation. Het verklaart tevens dat bedrijven na een nadere kennismaking met mediation wel geïnteresseerd raken in de mogelijkheden die deze methode biedt (Hoofdstuk III.1.5.).

²⁹ Op basis van de enquête, multiple choice vragen, nummering in volgorde van meest genoemde, zie bijlage 4.

Beeldvorming mediation

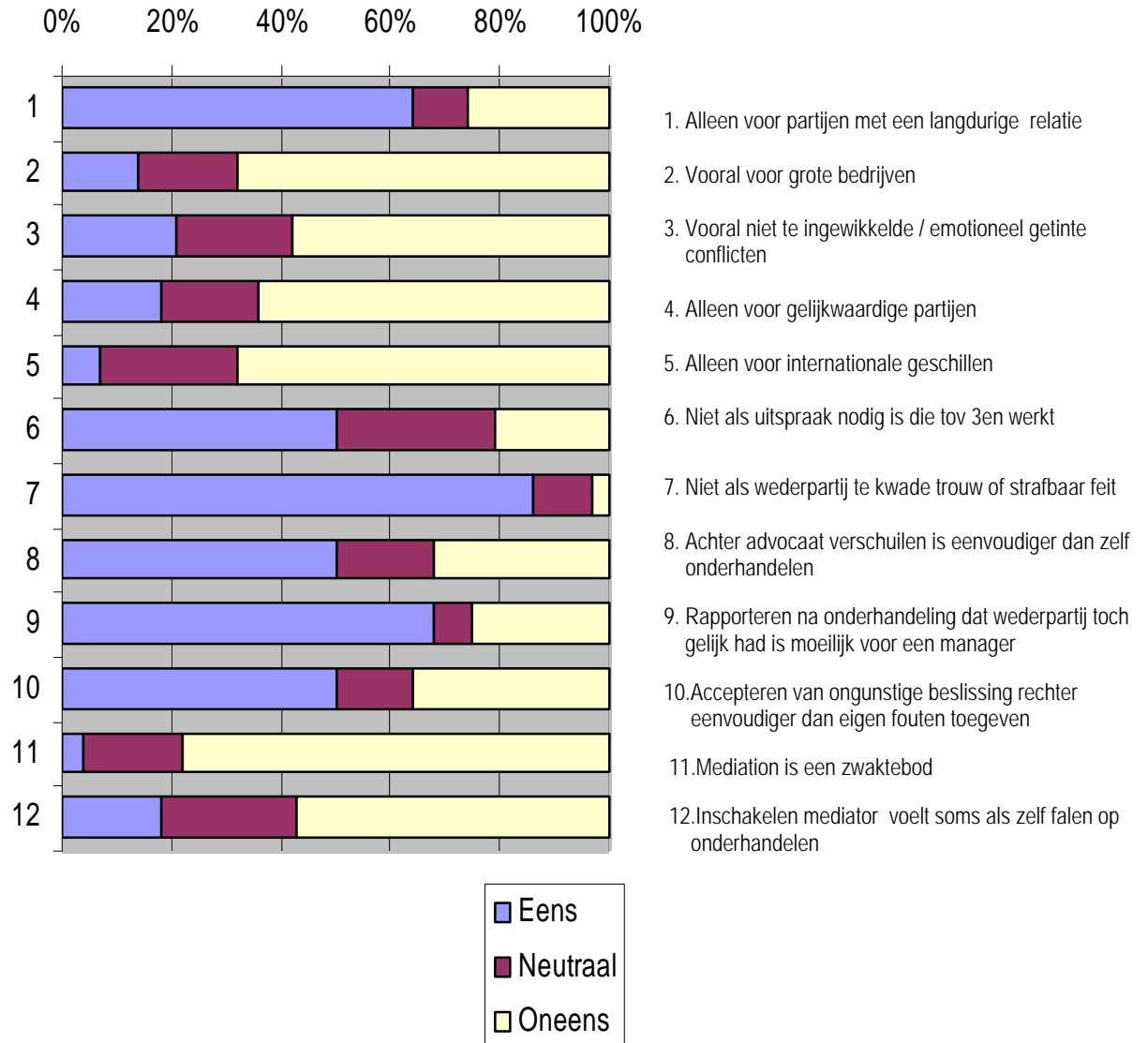


- 1. Van belang bij langdurige relaties.**
- 2. Gelijkwaardigheid partijen niet nodig.**
- 3. Interne legitimatie van groot belang:**

- rapporteren dat je in een onderhandeling toegegeven hebt omdat de wederpartij toch gelijk heeft is moeilijk;
- het is vaak eenvoudiger om een ongunstige beslissing van de rechter te accepteren dan toe te geven dat je zelf fouten hebt gemaakt;
- het is soms eenvoudiger om "achter een advocaat te verschuilen" dan om zelf te onderhandelen over een conflict.

Bedrijven die weinig of geen ervaring met mediation hebben, zien mediation als een instrument dat vooral van belang is als er sprake is van een langdurige relatie of emotionele conflicten. De partijen hoeven volgens de geïnterviewden ook niet persé gelijkwaardig te zijn. Immers tijdens een juridische procedure kan ongelijkwaardigheid - bijvoorbeeld in economische macht, financiën, of beschikbaarheid van informatie etc.- ook een rol spelen. Het wordt wel gezien als punt van aandacht, maar niet als reden om van een mediation af te zien. De interne legitimatie speelt een zeer belangrijke rol. Dit wordt door het overgrote deel van de geïnterviewden als een belangrijk thema gezien.

Hieronder volgt een diagram met de uitkomsten uit de schriftelijke vragenlijst over het onderwerp beeldvorming. De vragen zijn opgenomen in bijlage 4.



2.2 Mediation heeft specifieke kenmerken die de marketing in het bedrijfsleven moeilijk maken.

Na kennismaking met mediation ontstaat vaak enthousiasme. En dan vooral om mediator te worden. Voor het initiëren van een mediation als partij is veel minder animo. Er zijn vrijwel geen promotoren die niet zelf de ambitie hebben (in de toekomst) als mediator op te treden. Het fenomeen dubbele petten alsmede eigenbelang speelt een bijzonder grote rol in de mediation wereld. Dit komt het imago van mediator niet ten goede.

Daarnaast kent mediation een aantal specifieke eigenschappen die de marketing ervan ingewikkeld maken. Bijvoorbeeld het feit dat herhalingsopdrachten en aanbevelingen door de vertrouwelijkheid en de eis van neutraliteit van de mediator, anders werken dan in de "gewone zakelijk dienstverlening". Als je een succesvolle mediation in een commercieel geschil afgesloten hebt, kun je daarna niet zondermeer een andere mediation doen waarbij één van de partijen weer betrokken is.

Ook wordt mediator - mede door de flexibiliteit van het instrument - vaak gezien als "Haarlemmer olie". Het instrument is voor veel verschillende zaken in te zetten. In een echtscheidingsprocedure kan het een positieve rol vervullen, maar ook bij een zakelijk geschil. Mediation technieken kunnen in een eigen onderhandeling ingezet worden, ook zonder dat er sprake is van een geschil. Mediation kan tijdens een procedure bij de rechter een rol spelen, maar ook in een eerder stadium. En dan ontstaat al snel het beeld van: iets dat alles kan, is nergens echt goed in.

Het is moeilijk om te communiceren wat mediation is; dat het voor veel verschillende situaties ingezet kan worden doordat er verschillende mediators zijn met een verschillende stijl, achtergrond en expertise. Het is te vergelijken met onderhandelen. Onderhandelen kan in een discussie over het laatste koekje in de trommel en ook over een gecompliceerde *management buy-out*. Het instrument en de situatie waarvoor het geschikt is, is vooral afhankelijk van degenen die het inzetten.

2.3. Er zijn geen pro- mediation argumenten te vinden die altijd en in alle gevallen gelden.

Er zijn geen argumenten pro of contra mediation te vinden die altijd en in alle gevallen gelden. Ook hier is maatwerk nodig. Er zijn wel een aantal algemene kenmerken van mediation die een bedrijf vooral aanspreken. Alsmede een aantal algemene blokkades. Onderstaand zijn een aantal stellingen weergegeven in volgorde van belangrijkheid naar het inzicht van de geïnterviewden.

2.3.1. De meest genoemde redenen die Nederlandse bedrijven aangeven om mediation te gebruiken³⁰.



Waarom mediation

De meest interessante aspecten voor bedrijven

- 1. Behoud zakelijke relaties**
- 2. Focus op belangen en toekomst
ipv juridische standpunten en verleden**
- 3. Eigen business oplossing**
- 4. Tijdbesparingsaspect**
- 5. Bespaart kosten**

De besparing van tijd en kosten wordt door partijen die via ACB mediation beproefd hebben als belangrijkste reden aangegeven om in een voorkomende geval in de toekomst weer mediation in te zetten. Blijkbaar is eerst praktijkervaring nodig met mediation om de efficiency in te zien. Dit hangt waarschijnlijk samen met het gebrek aan inzicht in de kosten van geschiloplossing. Kostenbesparing is evident als de mediation goed gaat. Maar als het mislukt kunnen er eventueel extra kosten ontstaan.

Zaken die niet door de mediation opgelost worden, hebben echter wel vaak positieve neveneffecten zoals het behoud van een relatie. In een procedure bij rechter of arbiter die volgt op een mislukte mediation hebben partijen vaak baat bij het feit dat er tijdens de mediation procedure duidelijkheid gekomen is over datgene waarover men het oneens is. De rechter kan dan met betrekking tot de kernvraag de knoop doorhakken. Een navolgend proces is daardoor vaak korter omdat het zich kan beperken tot de kern van de geschilpunten.

Naast bovenstaande voordelen van mediation zijn in de schriftelijke vragenlijst nog andere stellingen aan de geïnterviewden voorgelegd. In de praktijk bleek men hiermee minder goed uit de voeten te kunnen³¹.

³⁰ Op basis van de enquête, multiple choice vragen, nummering in volgorde van meest genoemde, zie bijlage 4.

³¹ Bij deze stellingen was in tegenstelling tot de opgenomen lijst met redenen om mediation te gebruiken - nummer 1 t/m 5 - een te grote spreiding in de antwoorden

Voor de volledigheid worden deze stellingen die door een aantal mensen als interessante aspecten van mediation genoemd werden opgenomen:

- Het echte, achterliggende conflict wordt opgelost
- Een mediator kan separaat met partijen spreken, waardoor de achterliggende belangen op tafel kunnen komen en oplossingen in vertrouwen geëxploreerd kunnen worden
- Vertrouwelijkheid

2.3.2. De meest genoemde redenen die Nederlandse bedrijven aangeven om mediation NIET te gebruiken.

De belangrijkste redenen om mediation niet in te zetten zijn³²:

Waarom geen mediation

De grootste vraagtekens van bedrijven

1. **Soft**
2. **Vrijblijvend**
3. **Onzekere uitkomst, beëindiging geschil is afhankelijk van uitkomst mediation**
4. **Conflicten kosten (te) veel tijd en verstoren werkzaamheden**
5. **Afhankelijkheid van de mediator**
6. **Interne legitimatie: beslissing opgelegd door 3e is vaak makkelijker te 'verkopen' aan achterban dan een eigen oplossing.**



Naast bovengenoemde redenen zijn in de vragenlijst nog andere stellingen aan de deelnemers van het onderzoek voorgelegd. Deze redenen kwamen in de open vragen relatief vaak als mogelijke blokkades aan de orde. In de afsluitende *multiple choice* vragen bleken deze stellingen minder aansluiting te vinden bij het beeld van de deelnemers³³.

³² Op basis van de enquête, multiple choice vragen, nummering in volgorde van meest genoemde, zie bijlage 4.

³³ Bij deze uitspraken was in tegenstelling tot de hier voor opgenomen stellingen van de grootste vraagtekens bij mediation - nummer 1 t/m 5 - een te grote spreiding in de antwoorden.

Voor de volledigheid worden deze stellingen hieronder opgenomen:

- Mediation kan een eindeloze procedure worden die nog eens *on top* van een eventueel navolgende rechtsgang komt.
- De vertrouwelijkheid wordt onvoldoende gewaarborgd
- Het is efficiënter om het oplossen van een geschil te delegeren aan de bedrijfsjurist of personeelsmanager.
- Conflicten leggen te veel beslag op mijn tijd en verstoren de werkzaamheden.
- Het voorstel mediation in te zetten is een zwaktebod en wordt veelal door de andere partij gezien als een teken dat je juridisch geen sterke positie hebt.

De onzekere uitkomst speelt overigens ook bij de gewone rechter een rol. De redenen om mediation te gebruiken zijn vooral zakelijke, rationele argumenten.

De blokkades hebben eerder te maken met onbekendheid met de werking van het instrument in de praktijk. Dit verklaart waarom mediation rationeel op interesse stuit maar tevens waarom bedrijven in een concreet geschil terughoudend zijn om het in de praktijk te beproeven.

2.3.3. Vergelijking met de VS.

De redenen die bedrijven aangeven om mediation te gebruiken en de blokkades die er bij bedrijven bestaan om het niet in te zetten, worden voor zover mogelijk vergeleken met cijfers en trends uit de Verenigde Staten.

Vergelijking met de VS Cornell / Perc / PWC Survey (1998)



Waarom ADR*?

1. = **cost control (89%)**
2. = **dispute control (83%)**
3. = **expedition (80%)**
4. = **business solution (67%)**
5. = **preservation of relations (59%)**

* **N.B. VS: ADR = ook arbitrage.**

Het **verschil tussen de VS en NL** is goed te verklaren: In de VS krijgen financiële aspecten van juridische procedures meer nadruk. De voornaamste reden om voor alternatieven te kiezen is gelegen in de torenhoge kosten waarmee een bedrijf wordt geconfronteerd bij procederen. Vaak wordt er alleen al geschikt om verdere kosten van procederen te voorkomen. In de VS is mediation veel meer *business as usual*, dus hebben bedrijven meer praktijkervaring. Dat ligt deels aan het andere juridische systeem (de druk om de rechter te vermijden is groter omdat je failliet kan gaan aan procederen en het betalen van schadevergoeding). Derhalve wordt er door managers vrijwel niet geopereerd zonder juridisch advies en is het eenvoudiger een overzicht te behouden.

Maar het voorhanden zijn van meer inzicht in de kosten en risico's van geschiloplossing spelen waarschijnlijk ook een rol. Hierdoor kan een directe vergelijking gemaakt worden tussen alternatieven als mediation en de standaardprocedure.

In het marktonderzoek van ACB leggen bedrijven vaak de nadruk op de ontevredenheid met het juridische (standaard) systeem voor conflictoplossing. Daarnaast spelen commerciële overwegingen zoals het niet willen verliezen van een klant, tijd en geld een rol. Tot slot is de waarde die wij hechten aan een de zakelijk relatie een typisch Nederlandse eigenschap. Als handelsnatie handelen wij in goede relaties en zijn minder *keen on litigation*.

2.4. Op de markt voor geschiloplossing gelden speciale spelregels. Het investeren in een juridische benadering kan een vorm van kapitaalvernietiging zijn.

Op de markt voor juridische geschiloplossing gelden speciale regels. Daardoor kan het investeren in een juridische benadering een vorm van kapitaalvernietiging zijn.

Door keteneffecten veroorzaakt het inkopen van een juridische dienst direct lasten bij anderen dan de eigen afnemer. Wanneer een advocaat een claim neerlegt bij een bedrijf kan dat vergaande gevolgen hebben: het inschakelen van advocaten, bedrijfsjuristen en andere experts, informatieverzameling, verantwoording afleggen aan *stakeholders*, het informeren van de pers, negatieve publiciteit. Een bedrijf dat investeert in juridische diensten lokt direct een tegen investering van een ander bedrijf uit. De wederpartij is gedwongen te reageren. Er is in het juridische systeem geen enkele prikkel ingebouwd om te proberen deze lasten binnen de perken te houden. "Integendeel, het wordt vaak als drukmiddel gebruikt". Dit kan een vorm van kapitaalvernietiging zijn.

Een ander economisch aspect is de waarde van een zakelijke relatie. Bedrijven investeren vaak jaren in het opbouwen van duurzame relaties. Deze relaties zijn veel geld waard voor een bedrijf. Een onnodige juridische procedure kan een zakelijke relatie verstoren. Ook dat kan een vorm van kapitaalvernietiging zijn³⁴.

Bij mediation staat het vinden van een oplossing centraal. Niet het ten koste van alles je gelijk willen halen. Daarom is het mogelijk ondanks een geschil, een zakelijke relatie te continueren of juist uit te breiden. Met name dit laatste aspect maakt mediation als management instrument aantrekkelijk. Bedrijven realiseren zich vaak wel de waarde van een zakelijke relatie. Echter het uit commerciële overwegingen laten zitten van een reële claim is geen bedrijfsmatige aanpak.

2.5 Mediators maken hun eigen markt in het bedrijfsleven kapot.

Mediators maken hun eigen markt kapot voordat de markt überhaupt ontwikkeld is. Bedrijven willen vooral inhoudelijke expertise van een mediator en verwachten daadkracht. Dit staat wel eens haaks op de "klassieke" mediation leer.

2.5.1. Het bedrijfsleven heeft weinig vertrouwen in mediation zoals het nu wordt gepresenteerd.

Mediation wordt vaak gepresenteerd als een soft instrument dat aangeboden wordt door mensen die menen na een korte opleiding alle soorten conflicten te kunnen oplossen op een puur faciliterende manier. Het bedrijfsleven vraagt van een business mediator dat hij/zij enerzijds een superexpert is in mediation, voldoende overzicht heeft op de partijen en (zodanig) sturend optreedt in het proces en zich aanpast aan de cultuur van het bedrijfsleven. Anderzijds is voldoende inhoudelijke expertise van het conflict nodig om een vlotte afwikkeling van het geschil te faciliteren en om te voorkomen dat te veel tijd gestoken wordt in onrealistische oplossingen en dat de afspraken duidelijk en haalbaar zijn.

Een mediator moet dit allemaal kunnen zonder door te slaan naar een puur evaluerende stijl en het voorschrijven hoe een geschil opgelost moet worden. Sterk sturen op het proces zonder (bindend) te adviseren vraagt meer kennis, kunde en ervaring van een

³⁴ Mr. J.H. Schraven, Voorzitter VNO-NCW bij de opening van de ACB MediationLijn op 2 februari 2003

mediator. Kortom een business mediator moet een superexpert zijn in mediation en een subexpert in het onderwerp. Inhoudelijke kennis is ook noodzakelijk om voldoende vertrouwen te kunnen wekken bij de betrokken partijen.

Het zich heel streng aan de leer houden en een puur faciliterende, weinig sturende mediation stijl verkondigen, versterkt het imago probleem waarmee mediation binnen het bedrijfsleven te kampen heeft. Dit is de stijl die in het bedrijfsleven minder gevraagd wordt. In het marktonderzoek kregen we dingen te horen als:

"Mediators zijn vaak soft en van die wereldverbeteraars".

Of

"Mediation is geschikt als aanvulling voor klankschaal therapie".

2.5.2. De grootste problemen in de presentatie van mediation.

1. Mediation is onbekend en klinkt vaag.

2. Mediators verkopen zichzelf in plaats van het instrument.

(en afhankelijk van de persoon en de betreffende casus kan dat positief of negatief zijn.)

3. Mediators verkopen het instrument vanuit hun eigen idee en kennis over mediation en niet vanuit de behoefte van de markt.

Veel mediators richten zich niet op een specifieke doelgroep:

"Je kan mediation van echtscheiding via burenruzie tot mega miljoen dollar deals inzetten".

En

"Elke goede mediator moet in principe elke soort zaak kunnen doen".

4. Advertenties en andere reclame uitingen zijn niet duidelijk op een doelgroep gericht.

In één adem worden de volgende dingen aangeprezen:

- het instrument mediation (gericht op afnemers);
- opleidingen tot mediators (gericht op mediators in spé);
- lidmaatschap van verenigingen of organisaties voor mediators (gericht op mediators).

Daarmee is het warrige beeld compleet.

De markt vraagt een gespecialiseerde benadering. Vooral het bedrijfsleven heeft behoefte aan een mate van inhoudelijke expertise en een op het bedrijfsleven gespecialiseerde mediator met een vrij sturende stijl (in elk geval sterk sturend op het proces). Een gedegen

achtergrond in het bedrijfsleven, de thema's die daar spelen en de juiste *match* tussen het niveau en de cultuur van de partijen en de mediator zijn nodig om voldoende vertrouwen als business mediator op te wekken. Daarnaast vraagt het bedrijfsleven referenties en een goede reputatie als *expert in business mediation*.

2.5.3. Wat bedrijven van een business mediator verwachten.

De Nederlandse wensen ten aanzien van business mediators komen redelijk overeen met de eigenschappen die Amerikaanse bedrijven van een *business mediator* verwachten³⁵.

(Zeer) belangrijk:

- Reputatie als "expert" in mediation
- Vaardigheid om het proces efficiënt te sturen
- Communicatieve vaardigheden (*people skills*)

Vaak tot soms belangrijk:

- Juridische expertise en achtergrond
- Bereid om eventueel een evaluerende stijl toe te passen
- Sterk sturend op het proces, maar niet op de inhoud
- Referenties
- Eerdere ervaring van het bedrijf met deze mediator
- Acceptabel voor de wederpartij

Minst belangrijk:

- Hoogte van het uurtarief

2.5.4. Welke toegevoegde waarde bedrijven van een mediation provider verwachten.

CPR, Institute for Dispute Resolution te New York, is in de VS de toonaangevende organisatie op het gebied van business mediation. CPR heeft onderzocht wat partijen als de belangrijkste toegevoegde waarde van een *Mediation Provider* zien³⁶.

³⁵ Bron [The CPR 2002 Survey](#), CPR Institute for Dispute Resolution, New York, VS

³⁶ Bron [The CPR 2002 Survey](#), CPR Institute for Dispute Resolution, New York, VS

(Zeer) belangrijk:

- *Conflict of interest check*
- Informatie over de expertise en achtergrond van een mediator
- Advies over de stijl van een mediator en welke benadering de mediator gebruikt
- Ondersteuning bij pogingen om te trachten een wederpartij aan de mediation procedure deel te laten nemen.

Vaak tot soms belangrijk:

- Informatie kunnen geven over andere gebruikers die referenties kunnen geven over een mediator
- Maatwerk procedures toegesneden op de specifieke behoefte van partijen

Minst belangrijk:

- Zorg dragen voor de administratieve afhandeling

Ter vergelijking: de Stichting ACBMediation in Nederland is een belangenorganisatie voor het bedrijfsleven. De toegevoegde waarde van een gebruikersorganisatie als ACB ligt vooral in de onafhankelijke begeleiding door ACB.

ACB helpt partijen tijdens de *intake* om te komen tot:

- De juiste procedure: is mediation geschikt of een andere methode.
- De keuze voor de juiste mediator voor wat betreft achtergrond, kennis en manier van optreden.
- De keuze voor een mediator met een bij het geschil passende mediationstijl.

Mediators hanteren een eigen stijl van mediaten: evaluerend, faciliterend, provocatief, transformatief. Daarnaast zijn allerlei mengvormen mogelijk. Niet elke stijl is voor elk geschil geschikt. Daarom is niet elke goede mediator per definitie voor elk geschil en alle partijen geschikt. Hierin ligt nu juist de toegevoegde waarde van een *Mediation Provider* als CPR en ACB. Zo neemt ACBMediation bijvoorbeeld contact op met alle betrokken partijen om te vernemen welke specifieke wensen er zijn met betrekking tot de mediator. Daarnaast wordt altijd gekeken of de mediator vrij is om een zaak te doen (neutraliteitscheck) en tijd heeft om op de gewenste termijn met partijen bij elkaar te komen.

2.5.5. Samenvatting van het marketing probleem.

De problematiek van de mediation markt wordt duidelijk als de wijze waarop de markt zich presenteert naar analogie vertaald wordt naar een andere markt.



XYZ Advies voor al uw adviezen

Wij geven het **beste prijskwaliteit** advies aan **multinationals, Middelgrote en kleine bedrijven**. Ook in de problematiek van **winkeliers** zijn wij expert. Wij hebben ervaring opgedaan met adviseren van de **overheid**. Zowel op ministeries als op provinciaal en gemeentelijk niveau: lopen verschillende proefprojecten.

De meeste ervaring hebben wij bij **familieproblemen**, bijvoorbeeld bij omgangsregelingen en opvoedkundige adviezen hoe je met een puber om moet gaan. Daarom hebben ook scholen veel baal bij ons advies. Ook hier zijn al de nodige projecten opgestart, vooral in het buitenland hebben ze hier al jarenlang ervaring mee.

Wij zijn ook expert in multiculturele vraagstukken, ontslag en reïntegratie van zieke werknemers. Ook buurtbewoners kunnen bij ons terecht.

Onze **specialisatie** ligt oa op het gebied van **juridische kwesties, financiële vraagstukken, management vraagstukken, strategie, (internationale) samenwerkingsverbanden, personeelsvraagstukken, samenlevingscontracten, echtscheidingen, bestuurszaken en milieu**.

Iedereen kan veel geld besparen door onze adviseurs in te huren. En u krijgt in zo'n 80 % van de gevallen een goede oplossing (dat zijn al jarenlang de ervaringen in de VS). U bent hoe dan ook tevreden omdat u een prettig contact met onze goed opgeleide adviseur zult hebben.

Ovengens: u kunt ook contact met ons opnemen **als u zelf adviseur wilt worden**. Wij bieden de topopleiding op dit gebied aan.

Daarnaast zijn wij ook een **belangenvereniging van adviseurs**. Wij hebben al 500 leden.

Goedgekeurd door de NOAC: Al onze adviseurs zijn NOAC gecertificeerd en vallen onder het NOAC toezicht en klachtrecht

Nederlandse Organisatie van All-round Consultants

HUURT U ONS VRIJBLUVEND IN VOOR EEN GRATIS EERSTE ADVIES!!!!!!

Het marktonderzoek trekt als één van de conclusies dat het door elkaar heen aanbieden van diensten aan verschillende doelgroepen (dus mediation in echtscheiding en grote en kleine bedrijven en burenruzies en.....) de verwarring op de markt verhoogt. Het roept - vooral bij grote ondernemingen - weerstand op om mediation ook daadwerkelijk in te zetten.

Het aanbieden van mediation als *all-round* instrument voor alle mogelijke conflicten is goed te verklaren als je uitgaat van het instrument mediation. Als je echter uitgaat van wat de doelgroep wil en interessant vindt, zal deze doelgroep specifiek aangesproken moeten worden.

Het willen aanspreken van alle mogelijke verschillende doelgroepen wordt overigens niet alleen ingegeven door de filosofie van mediation. Een andere reden is gelegen in het feit dat mediation (te)

langzaam van de grond komt en er (te) veel mediators zijn die graag aan de slag willen.

"Mediators zijn die mensen die mij in de pauze van een congres aanklappen en vertellen dat zij mij kunnen helpen om mijn problemen op te lossen en dan denk ik, dank u liever niet."

Professor Jos Tettero³⁷ ondersteunt de visie dat de marketing van mediation niet optimaal is. In een korte verkenning die hij via het internet naar mediation heeft verricht, is hij duizenden literatuurverwijzingen tegengekomen en (slechts) twee websites. Waar hij vooral van is geschrokken, is wat hij noemt de "naar binnen gerichtheid" van veel documenten. Door onvoldoende aandacht voor het communiceren van de betekenis die mediation voor conflictpartijen kan hebben, is het volgens hem logisch dat veel mensen (nog) niet weten wat mediation is.

2.5.6. Marketing van mediation³⁸: 5 tips voor mediators.

- Specialiseren en focussen op een specifieke doelgroep. Niet alles aan iedereen aanbieden. Meer uitgaan van wat de gedefinieerde doelgroep als behoefte heeft. Hierbij zou het niet verkeerd zijn wat mediation instrumenten als bijvoorbeeld *reality testing* toe te passen op het eigen aanbod.
- Minder introspectief te werken. Dus niet uitgaan van wat je zelf onder mediation verstaat en hoe mediation vanuit de mediationleer werkt. Maar uitgaan van wat de markt wil en begrijpt en interessant vindt.
- Pas het taalgebruik aan de doelgroep aan. Dat wil zeggen niet te veel mediator jargon gebruiken (win-win, taart vergroten, belangen mutualiseren, etc.).
- Geen theoretische voordelen opsommen, maar vertalen in een directe relevant voordeel voor de doelgroep. Bijvoorbeeld: Mediation heeft waarborgen als vertrouwelijkheid, hetgeen wil zeggen dat u niet bang hoeft te zijn dat ik de pers te woord zal staan over een concrete

³⁷ Professor J. Tettero, hoogleraar marktbeleid en marktonderzoek aan de Universiteit van Amsterdam tijdens het congres van de Nederlandse Mediators Vereniging op 20 april 2004

³⁸ Voor pragmatische praktijkadviezen zie ook ADR Aktueel mei 04: NMI Marktsituatie en marketing tips en het handboek mediation, SDU

zaak. Niet praten over win-win, maar: u kunt zakelijke oplossingen krijgen door mediation.

- Mediation niet presenteren als zalig makend en geschikt voor alle conflicten. Neutrale en duidelijke voorlichting geven. Als een zaak niet geschikt is voor mediation. Of als u zelf minder bent voor een bepaalde zaak of bepaalde partijen, neem deze zaak dan niet aan.

Hoofdstuk IV. Good practices voor conflictmanagement.

Op basis van de leerpunten uit het marktonderzoek zijn de volgende opties aan te bevelen.

1. Bedrijfsmatige aanpak van geschiloplossing.

- Een bedrijfsmatige aanpak van geschiloplossing houdt in dat bedrijven duidelijke richtlijnen maken en procedures opstellen hoe er met geschillen omgegaan wordt en wie er voor verantwoordelijk is dat een geschil opgelost wordt.
- Het is verstandig om per geschil pro-actief na te gaan wat de beste benadering is om het geschil op te lossen. Niet een geschil zonder bewuste keuze "laten sudderen" of zondermeer op de gebruikelijke weg.
- Conflictmanagement en mediation moeten *top down* in het bedrijf geïntroduceerd worden. Waarbij de bedrijfsleiding samen met de *general counsel* een voortrekkersrol vervullen. Als het aan de individuele manager overgelaten wordt, ontstaat kans op hobbyïsme en versnippering.
- Het is van groot belang om de richtlijnen te maken en om draagvlak te creëren voor de wijze waarop het bedrijf met conflicten om gaat.
- In kaart brengen hoeveel conflicten er jaarlijks in een onderneming zijn. Waarover gaan ze, waar ontstaan ze en wat is de gekozen oplossing. Dit kan eenvoudig per afdeling bijgehouden en vervolgens centraal geadministreerd worden.
- Tevens overzicht krijgen wat conflicten de onderneming kosten. Hierbij is te denken aan kosten van advocaten en juristen, de benodigde management tijd, kosten van schikken, laten zitten van reële claims of toegeven op een geschil. Aan een centraal punt melden wanneer er een geschil is, de tijd en kosten die er mee gemoeid zijn, en hoe het opgelost is.

- Alle kosten voor geschiloplossing toerekenen aan de afdeling die deze veroorzaakt. Ook de kosten voor ondersteuning door de juridische afdeling. Managers een eigen budget voor conflictantering geven. Door kosten toe te rekenen heb je de kans dat individuele managers er sneller toe over gaan om na te denken welke benadering in het belang van het bedrijf is in plaats van op de automatische piloot te gaan.

2. Mogelijke benaderingen voor richtlijnen.

- Er zijn verschillende richtlijnen mogelijk voor een goed conflictmanagement systeem. Van zeer eenvoudig, tot uitgebreid. Uiteindelijk is niet één systeem te bedenken dat geschikt is voor iedere organisatie.

2.1. Mediation als *corporate policy*.

Het bedrijf wil vanuit de algemene bedrijfsfilosofie streven naar bedrijfsmatige geschiloplossing. In de praktijk wordt dit vormgegeven door het opnemen van mediation clausules in contracten of het ondertekenen van een *pledge*. Het creëren van een centraal aanspreekpunt, *incentives* en eventueel negatieve prikkels inbouwen om managers per geschil bewust na te laten gaan wat de beste benaderwijze is. Het instellen van conflict teams kan ook een onderdeel van een bedrijfspolicy zijn. Evenals *post dispute reviews*.

Een conflictmanagement beleid kan bijvoorbeeld geplaatst worden naast een beleid op het gebied van veiligheid. Immers het doet een uitspraak over de wijze waarop men verwacht dat medewerkers zich gedragen als zich een geschil voor doet. Hierbij is overigens wel training van de managers en juristen noodzakelijk. Evenals een monitoring systeem.

2.2. Ondertekenen van een *pledge* of erecode.

Hierin verklaart een bedrijf dat zij indien er een geschil (met een medeondertekenaar) ontstaat men zal trachten dit door middel van mediation op te lossen alvorens naar de rechter te gaan.

2.3. Contractuele bepalingen.

Mediation clausules opnemen in contracten of in de algemene voorwaarden.

2.4. Een interne conflictmanager benoemen.

In de praktijk blijkt dat het voorleggen van conflicten aan één bepaalde afdeling, bijvoorbeeld juridische zaken, of

een interne conflictmanager, een eenvoudige en goede aanpak is. Met deze afdeling of conflictmanager kan overlegd worden wat de beste aanpak is voor een concreet geschil en wie dat moet doen.

2.5. Decentraal werken.

Ook blijkt het in de praktijk goed te werken als de conflictmanager of de juridische afdeling niet op het hoofdkantoor "zit te wachten" totdat een al dan niet geëscaleerd geschil gemeld wordt. Het is beter om regelmatig bij alle werkmaatschappijen of business units langs te gaan en met het management te bespreken waar mogelijke conflicten dreigen en hoe daar op geanticipeerd en eventueel later gereageerd kan worden.

2.6. Voor grote geschillen een conflict team benoemen.

Per geschil een team samenstellen dat zorg draagt voor de oplossing daarvan. Na het oplossen van een geschil met de betrokkenen bespreken hoe het verloop was is en wat de leerpunten zijn. Een soort *post dispute review*.

3. Procedure voor een stappensysteem conflictmanagement.

1. *Early settlement*: probeer het geschil via onderhandeling zo snel mogelijk zelf op te lossen.
(zet hierbij o.a. mediationstechnieken en de Harvard onderhandelingsmethode in).

Indien hiermee niet het gewenste resultaat bereikt wordt:

2. Scan het conflict op mediabel potentieel (bekijk hierbij ook mogelijkheden van andere conflictmanagement methoden), en vraag eventueel advies aan een onafhankelijke *provider*.
3. Indien mediation de geschikte methode is:
 - selecteer het instituut dat de mediation begeleidt;
 - selecteer de Mediator(s);
 - selecteer de deelnemers;
 - voorbereiding op de mediation.
4. Indien de mediation niet de geschikte methode is of niet tot een oplossing geleidt heeft *: het geschil voorleggen aan een rechter of arbiter en alle mogelijkheden benutten die deze methoden bieden.

* (N.B. > 80 % slaagt)³⁹

³⁹ ACBMediation kennisbank 2003

4. Geschillen in arbeidsrelaties.

- Ziekteverzuim en conflictverzuim onderscheiden.
Ziekteverzuimbegeleiding is ongeschikt voor conflict-hantering
(vb geen *time out* periode maar direct actie ondernemen).
- Conflictprotocol maken: richtlijnen voor de organisatie ontwikkelen hoe te handelen is bij (dreigende) escalatie.

Hoofdstuk V. Praktijkcasus.

Eén van de conclusies van het marktonderzoek is dat onvoldoende bekend is wat mediation inhoudt. Daarom wordt in dit afsluitende hoofdstuk aan de hand van een casus geïllustreerd hoe een mediation in de praktijk kan verlopen⁴⁰.

De belangrijkste taak van de mediator is om niet bij de standpunten stil te blijven staan, maar te proberen alle belangen op tafel te krijgen. Daardoor kunnen andere zaken bij de oplossing betrokken worden dan de puur (juridische) geschilpunten. Het is dus niet de bedoeling om met mediation een compromis te bereiken.

1. Het geschil.

MegaGiant NV (MG) komt er tijdens een internationale tentoonstelling achter dat een kleine Australische concurrent, Lean&Mean Inc. (L&M), inbreuk maakt op een octrooi van hen. Het bedrijf blijkt al enige tijd producten op de Australische markt te zetten die gebaseerd zijn op deze technologie. Het financieel belang is enige tientallen miljoenen euro's.

2. Het verloop van het conflict.

MegaGiant neemt contact op met de wederpartij en sommeert hen de inbreuk te staken onder het betalen van een schadevergoeding. Lean&Mean ontkent dat ze inbreuk maken en zegt dat ze een andere technologie gebruiken dan het octrooi van MG en dat ze die technologie zelf ontwikkeld hebben. MG gelooft dit niet en wijst ook op het feit dat het wel zeer toevallig is dat een ex-werknemer van de R&D afdeling van MG onlangs bij deze concurrent in dienst is getreden.

L&M weigert om in te gaan op het aanbod van onderhandelen.

MG stapt in Australië naar de rechter om eenduidig de inbreuk op het octrooi vast te laten stellen en om schadevergoeding te eisen. Het begin van een lang en kostbaar traject met een mogelijke schadevergoeding ligt in het verschiet.

Na een periode van *discovery* en vele deskundigen berichten geeft de rechter in een tussenvonnis aan dat hij concludeert dat er sprake is van inbreuk op het octrooi.

⁴⁰ Namen en feiten in de gebruikte casus zijn ivm de vertrouwelijkheid van *real life* mediations fictief

De rechter stelt de partijen voor om samen met een mediator een oplossing te zoeken voor de gevolgen van inbreuk. Beide partijen stemmen in met een mediation procedure.

Met behulp van een *provider* wordt een mediator met de Amerikaanse nationaliteit gezocht.

De **standpunten** zijn in eerste instantie volkomen tegengesteld.



De tegengestelde standpunten en het eigen perspectief leiden tot veel wantrouwen over en weer. Onder leiding van de mediator werd er gekeken naar de achterliggende belangen:

Belangen



MegaGiant

1. Wij willen producten gebaseerd op deze technologie in Australië introduceren. Maar we hebben onvoldoende management capaciteit en financiële middelen om dat nu te doen. Voor de toekomst moeten we echter voorkomen dat de Australische markt geblokkeerd wordt door een product van een concurrent.
2. Het moet duidelijk zijn dat niemand zo maar onze technologie mag gebruiken, anders is het hek van de dam in andere landen.
3. Bedrijfsdoelstellingen realiseren, expansie, omzet verhogen en winst maken.

Lean&Mean

1. Wij willen niet voor niets onze marketinginspanningen gedaan hebben. Het uit de markt moeten halen van het product en dan ook nog eens schadevergoeding betalen is een enorme financiële strop, hopelijk overleven wij zo'n klap.
2. Gezichtsverlies voorkomen, naar werknemers, klanten, de markt.
3. Bedrijfsdoelstellingen realiseren, kosten besparen, omzet verhogen en winst verhogen.

3. De oplossing.

Door de belangen in kaart te brengen konden andere zaken bij de oplossing betrokken worden dan het geschil alleen. Het zogenaamde vergroten van de taart die verdeeld moest worden. Er kon op een andere manier naar invalshoeken voor de oplossing gekeken worden. Het probleem werd anders gedefinieerd. In plaats van de vraag "hoeveel schadevergoeding moet er betaald worden voor de inbreuk?" werd de vraag "hoe kunnen beide bedrijven hier winst uit halen?"

De volgende oplossingen werden gekozen:

- a. MG en de concurrent merkten in de mediation dat zij naast concurrerende producten ook interessante aanvullende producten hadden. Zij sloten leveringscontracten over en weer af waardoor ze leverancier en afnemer werden (taart vergroten door andere dingen bij de oplossing te betrekken dan het geschil alleen).
- b. In plaats van schadevergoeding te krijgen sloot MG met de concurrent een licentie overeenkomst af (het probleem anders definiëren, waardoor een creatieve commerciële oplossing gevonden kon worden).

- c. Door de licentieovereenkomst ging MG verdienen aan de marketing inspanningen van de concurrent en had meteen toegang tot de Australische markt. Zonder dat dit veel management inspanningen en kosten met zich meebracht. Hun technologie werd niet zonder hun toestemming gebruikt dus anderen mogen er niet zo maar gebruik van maken. De wederpartij won ook. Hun marketing inspanningen waren niet voor niets geweest en ze hadden de zekerheid dat ze de technologie zonder risico's in konden zetten. Daarnaast waren over en weer lucratieve leveringscontracten afgesloten.

De casus van MegaGiant en Lean&Mean illustreert dat het voorstellen van mediation helemaal geen zwaktebod is. MegaGiant had juridisch een uitstekende positie, maar wilde een bedrijfsmatige oplossing zoeken en jarenlange procedure slagen voorkomen.

VI. Bijlagen

1. Werkwijze voor het onderzoek
2. Hypotheses blokkades binnen het bedrijfsleven
3. Algemene leidraad open vragen interview
4. Enquête Multiple Choice vragen lijst
5. Geïnterviewde bedrijven
6. ACB member organisaties
7. ACB hand-out
8. ACB Mediaton clauses
9. Checklist zelf conflicten managen
10. Bestelformulier mediation toolkit voor juristen en mediation toolkit voor managers

BIJLAGE 1 Werkwijze voor het onderzoek

Vanuit de hypothesen over de blokkades die bedrijven hebben om mediation in te zetten (bijlage 2) zijn open vragen opgesteld en in 38 diepte-interviews getoetst bij 24 bedrijven (bijlage 3 en 5). Er is bewust voor gekozen om bij een aantal bedrijven met meerdere personen van verschillende bedrijfsonderdelen te praten. Deze hebben inhoudelijk een verschillende functie. Bijvoorbeeld, commercieel manager en jurist. Of P&O Manager en financieel manager. Het open interview van ca. één uur is bedoeld om bedrijfsgebonden en individuele informatie te verkrijgen. Per interview is daardoor de nadruk op verschillende thema's gelegd. Mede doordat steeds in is gegaan op opmerkingen van de geïnterviewden zelf. Bovendien is er gevraagd naar ervaringen met andere organisaties en collega's. Daardoor hebben de interviews extra informatie opgeleverd, maar zijn niet altijd volledig vergelijkbaar omdat niet alle thema's in elk interview aan de orde konden komen. Daarom is aan de geïnterviewden verzocht of zij ter afsluiting van het interview ook nog een *Multiple Choice* formulier in wilden vullen (bijlage 4).

De interviews zijn door één marktonderzoeker afgenomen, de heer H.J. Liefhebber. Deze interviewer is zelf geen mediator en staat neutraal ten opzichte van de mediatoren vraagstukken. Om interpretatieafwijkingen per interview te voorkomen zijn alle interviews door dezelfde persoon gehouden en uitgewerkt. Naast de feitelijke informatie uit de gesprekken heeft de interviewer een lijst met eigen conclusies gemaakt. Deze informatie is vervolgens aan ACBMediation ter beschikking gesteld. Daarnaast heeft de marktonderzoeker met de auteur samengewerkt om dit rapport tot stand te brengen.

ACB heeft de gegevens uit de interviews gekoppeld aan informatie uit andere bronnen en tot een rapport verwerkt. Andere informatiebronnen zijn artikelen, internationale onderzoeken van CPR Institute for Dispute Resolution in New York (VS). Onderzoek van het WODC naar *court-annexed* mediation bij het Project Mediation naast Rechtspraak. Eigen onderzoek van ACB, zoals het rapport "Geschiloplossing op maat" naar mogelijkheden van mediation in de Milieukamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. En de ACBMediation kennisbank, waarin door ACB doorgevoerde mediation procedures gemonitord worden door partijen en / of raadslieden en mediators.

Tijdens de loop van het onderzoek zijn de tussenresultaten en voorlopige conclusie geregeld gepresenteerd aan en besproken met verschillende bedrijven, waaronder de ACB member organisaties. Ook is er feedback gevraagd van wetenschappers, mediators en andere organisaties waarmee ACB nauw samenwerkt als VNO-NCW en de AWWN. Door de discussies over de tussenconclusies is feedback en waardevolle extra informatie verkregen. Ook deze informatie is in het rapport verwerkt. Bij deze terugkoppeling zijn zeker meer dan 100 bedrijven betrokken geweest.

Om een vergelijkbaarheid te krijgen met de resultaten van verschillende internationale onderzoeken over dit thema, is over de opzet van het onderzoek en de vragen die gesteld werden overleg geweest met CPR Institute for Dispute Resolution.

Personen met het volgende profiel zijn geïnterviewd:

1. Managers / adviseurs uit de organisatie, die met commerciële conflicten in aanraking komt (niveau midden- of topmanagement).
2. *Human Resource managers*, die met conflicten in arbeidsrelaties te maken hebben.
3. Bedrijfsjuristen met ruime ervaring in geschilbeslechting (zowel *litigation, arbitration*, als zelf onderhandelen en zo mogelijk eerste ervaring met mediation).

Bij de selectie was tevens van belang dat de geïnterviewden in een concreet geval zelf kunnen beslissen of voor mediaton dan wel een andere methode gekozen wordt.

In bijlage 5 is een overzicht opgenomen van de bedrijven die medewerking verleend hebben aan dit onderzoek in de vorm van een diepte-interview. Er is voor een mix gekozen van grote en kleine bedrijven. Tevens is aandacht besteed aan regionale spreiding.

De interviews zijn gehouden in de periode augustus 2003 – mei 2004

BIJLAGE 2 Hypotheses blokkades binnen het bedrijfsleven

Op grond van verschillende gesprekken met o.a. de ACB member organisaties zijn een aantal hypothesen opgesteld over mogelijke oorzaken van de blokkades om mediation in te zetten en hoe hieraan tegemoet te komen is. Deze hypothese zijn getest in het onderzoek.

- ADR is soft
- ADR is te vrijblijvend
- Hoe zit het met de vertrouwelijkheid, is die echt gewaarborgd?
- Het gaat mij persoonlijk veel tijd kosten
- Probleem 'wegdelegeren' aan de bedrijfsjurist of HRM
- In ADR moet ik zelf toegeven dat ik een fout gemaakt heb. Ik heb liever dat een rechter de "verkeerde beslissing" oplegt. Interne legitimatie van groot belang: verliezen door een dure beslissing van een overheidsrechter geeft minder gezichtsverlies dan onder begeleiding van een 3^e zelf toegeven op een aantal punten. Zelf eventuele fouten c.q. op punten toe te geven is lastiger.
- De advocatuur adviseert vaak tegen ADR, het advies van een huisadvocaat is erg belangrijk
- Angst aan de mediator "overgeleverd" te zijn. Dat het een eindeloze procedure gaat worden wat nog eens *on top* van de waarschijnlijk volgende rechtsgang komt.
- Onbekend met het vrijwillige karakter van mediation
- Conflicten zijn een lastige onderbreking van mijn werkzaamheden, ik wil me er bij voorkeur niet mee bezig houden
- Mediation is een zwakke bod (doet alleen een partij die geen sterke juridische positie heeft)
- Inschakelen van een 3^e wordt gezien als toegeven zelf gefaald te hebben met onderhandelen
- Onkunde over mogelijkheden

BIJLAGE 3 Algemene leidraad open vragen interview

Open vragen:

1. Hoe worden conflicten / geschillen in de organisatie bekend.
2. Wat zijn de grootste bronnen van conflicten.
3. Wat is voor uw bedrijf de gebruikelijke weg om geschillen op te lossen.
4. Knelpunten / beperkingen huidige instrumenten om geschillen op te lossen, (rechter, arbiter, onderhandelen) mogelijkheden om deze aan te pakken.
5. Wat werkt goed bij het oplossen van geschillen via rechter, advocaat, arbiter, zelf onderhandelen
6. Kunt u inschatten hoeveel tijd en hoeveel kosten uw organisatie jaarlijks kwijt is aan het oplossen van geschillen (procederen, voorsudderen, discussies, advocaat, etc.)
7. Ziet u mogelijkheden voor mediation binnen het bedrijfsleven? Zo ja welke, zo nee, waarom niet. Voor wat voor type geschillen en hoe vaak zou u mediation inzetten?
8. Heeft u praktijkervaring met mediation? In welke hoedanigheid? (als mediator, partij of juridisch adviseur, rechter). Wat zijn uw ervaringen?
9. Wat zijn de meest relevante aspecten van mediation voor u. Waarom zou u het inzetten
10. Welke beperkingen ziet u voor mediation binnen het bedrijfsleven?
11. Kunt u een aantal randvoorwaarden aangeven voor mediation in het bedrijfsleven?
12. Welke blokkades om mediation in te zetten denkt u dat er bij andere bedrijven / managers zouden zijn.
13. Zijn er specifieke vereisten waar business mediators aan moeten voldoen? Welke eigenschappen moet een mediator hebben om uw vertrouwen te krijgen
14. Onder welke omstandigheden zouden bedrijven bereid zijn mediation te proberen. Welke afspraken, deals, waarborgen zijn interessant
15. Heeft u nog andere tips, ideeën. Dingen die wij in elk geval mee moeten nemen?

BIJLAGE 4 Enquête, Multiple Choice vragenlijst

1. Heeft u ervaring met mediation? JA / NEE

1.a Indien ja: was uw ervaring positief of negatief Positief / Negatief

Reden(en)/Motivatie:

1.b Indien nee: kunt u aangeven waarom?

2. Bent u van plan mediation in de toekomst te gebruiken? JA / NEE

3. Wat zijn voor u de belangrijkste voordelen van mediation?

Graag nummeren in volgorde van voorkeur 1 t/m 10, waarbij 1 het belangrijkste en 10 het minst belangrijke voordeel weergeeft. De items die voor u niet van belang zijn, kunt u doorhalen.

- Mediation bespaart kosten
- Mediation bespaart tijd
- Met mediation houdt een bedrijf de controle over het de oplossing en het verloop van een geschil
- Eigen "business" oplossingen, in plaats van juridische beslechting
- Het echte, achterliggende conflict wordt opgelost
- Focus op belangen & toekomst in plaats van op (juridische) standpunten & verleden
- Een mediator kan separaat met partijen spreken (*caucus*), waardoor de echte belangen op tafel kunnen komen en oplossingen in vertrouwen geëxploreerd kunnen worden
- Vertrouwelijkheid
- Zakelijke relaties kunnen behouden blijven of zorgvuldig worden beëindigd
- Een mediator kan desgewenst inhoudelijke expertise hebben
- Anders, nml.....

4. Welke aspecten weerhouden u ervan om in een concreet geschil mediation in te zetten?

Graag nummeren in volgorde van voorkeur 1 t/m 10, waarbij 1 het belangrijkste en 10 het minst belangrijke voordeel weergeeft. De items die voor u niet van belang zijn, kunt u doorhalen.

- Mediation is soft, het is soms prettiger om gewoon hard door te pakken
- ADR is te vrijblijvend
- De uitkomst van een mediation is onzeker; er is geen garantie dat het geschil daadwerkelijk beëindigd wordt.
- Mediation kan een eindeloze procedure worden die nog eens *on top* van een eventueel navolgende rechtsgang komt.
- Tijdens de mediation ben je nogal afhankelijk van de mediator
- De vertrouwelijkheid wordt onvoldoende gewaarborgd.
- Het is efficiënter om het oplossen van een geschil te delegeren aan de bedrijfsjurist of HR manager
- Conflicten leggen teveel beslag op mijn tijd en verstoren de werkzaamheden
- Een procedure bij de rechter kost mij uiteindelijk minder tijd
- Een dure "verkeerde beslissing" van een rechter is vaak beter in het bedrijf te verkopen dan een eigen onderhandelingsresultaat. Interne legitimatie binnen het bedrijf is van groot belang
- De huisadvocaat c.q. bedrijfsjurist adviseert tegen mediation. Aan het advies wordt in de organisatie veel waarde gehecht.
- Het voorstel mediation in te zetten is een zwakgebod en wordt veelal door de andere partij gezien als een teken dat je juridisch geen sterke positie hebt.
- Het feit dat het nodig is een 3^e in te schakelen, is een teken dat een manager zelf gefaald heeft in het onderhandelen.
- Anders, nml.....

5. Hieronder treft u een aantal uitspraken aan over mediation.

Wij verzoeken u aan te geven met welke beweringen u het eens of oneens bent:

- o Mediation is vooral geschikt voor conflicten tussen partijen die een langdurige relatie hebben

eens neutraal oneens

- o Mediation is vooral geschikt voor geschillen tussen grote bedrijven

eens neutraal oneens

- Mediation is vooral geschikt voor inhoudelijk niet te ingewikkelde en emotioneel getinte conflicten
eens neutraal oneens
- Mediation is alleen geschikt voor geschillen waarbij beide partijen gelijkwaardig zijn
eens neutraal oneens
- Mediation is vooral geschikt voor grensoverschrijdende geschillen
eens neutraal oneens
- Mediation moet je niet inzetten als je een uitspraak nodig hebt die t.o.v. derden moet gelden
eens neutraal oneens
- Mediation is niet geschikt voor gevallen waar de wederpartij te kwader trouw is of er sprake is van een strafbaar feit
eens neutraal oneens
- Het is voor veel ondernemers eenvoudiger om zich achter een advocaat te verschuilen dan om zelf te onderhandelen over een conflict
eens neutraal oneens
- Voor sommige managers is het moeilijk om na een onderhandeling terug te komen en te rapporteren dat ze op een aantal punten toegegeven hebben omdat de wederpartij toch gelijk had
eens neutraal oneens
- Soms is het eenvoudiger om een ongunstige beslissing van een overheidsrechter te accepteren dan om toe te geven dat je zelf fouten gemaakt hebt.
eens neutraal oneens
- Het voorstel tot mediation wordt vaak gedaan door een partij die juridisch een zwakke zaak heeft
eens neutraal oneens
- Het inschakelen van een mediator voelt voor de betrokken personen vaak als het falen op onderhandelen
eens neutraal oneens

Opmerkingen:

BIJLAGE 5 **Lijst van geïnterviewde bedrijven**

De volgende bedrijven zijn onder andere voor het onderzoek geïnterviewd.

ABN AMRO
AKZO Nobel
ANWB BV
Arcadis
AVR
AWVN
BAM nbm bouw
Ernst&Young
FIAR
N.V. Nederlandse Gasunie
Gemeentelijk Haven Bedrijf Rotterdam
Haagtechno
KLM
KPN
RABObank
SCA Hygiene Products
Shell International B.V.
TBI Holdings B.V.
Texaco
Twijnstra Gudde
Unilever
Villeroy Boch
Wolter&Dros

Bij een aantal organisaties zijn meerdere personen geïnterviewd. Deze hebben inhoudelijk een verschillende functie. Bijvoorbeeld, commercieel manager en jurist. Of P&O Manager en financieel manager.

BIJLAGE 6 **ACB Member organisaties**

ABN AMRO bank N.V.
Aegon N.V.
Akzo Nobel N.V.
Anthos Consult
Atripel Westdijk & Van Bostelen
De Nederlandsche Bank
Haagtechno B.V.
Heineken N.V.
ING Groep N.V.
Koninklijke Ahold N.V.
Koninklijke BAM Groep n.v.
Koninklijke DSM N.V.
Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.
Koninklijke Nedlloyd N.V.
Koninklijke KPN N.V.
Koninklijke Philips Electronics N.V.
Legal BenchMarket International B.V.
Nec Computers International B.V.
Rabobank Nederland
Shell International B.V.
Stork N.V.
TNT Post Group N.V.
Unilever N.V.

Allen & Overy
Barents & Krans Advocaten Notarissen
Clifford Chance
CMS Derks Star Busmann
De Brauw Blackstone Westbroek
Dirkzwager
Freshfields Bruckhaus Deringer
Höcker Rueb Doeleman Advocaten
Houthoff Buruma
Kennedy Van der Laan
Lovells
Loyens & Loeff
Nauta Dutilh
Norton Rose
Nysingh Dijkstra de Graaff
Simmons & Simmons Trenité
Stibbe
Van Benthem & Keulen
Van Doorne
Van Mens en Wisselink

Berenschot Groep B.V.
Ernst & Young
Twynstra Gudde

BIJLAGE 7 ACB hand-out

Bestuur:

Mr C.J.A. van Lede, voorzitter
Oud Voorzitter RvB Akzo Nobel NV

Mr F.C.H. van Haasteren, vice-voorzitter
Directievoorzitter Randstad Groep Nederland

Dr. G.J. Wijers, vice-voorzitter
Voorzitter RvB Akzo Nobel NV

Drs H.H.F. Wijffels, vice-voorzitter
Voorzitter Sociaal-Economische Raad

Mr H. Beekhuis, vice-voorzitter tevens
Voorzitter Dagelijks Bestuur
Lid van de Raad van State

Mr J.W. Bitter
Nederlands Arbitrage Instituut

Mr A.H. van Delden
Raad voor de Rechtspraak

Mr H.F. Doeleman
Nederlandse Orde van Advocaten

Mr ir J. Drieduite
Voorzitter NMI

Mr A.J.A.J. Eijsbouts, DB
Nederlands Genootschap van
Bedrijfsjuristen

Prof mr H. Franken
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Rijksuniversiteit Leiden

Mr R.B. Gerretsen
Nederlandse Vereniging van Mediation
Advocaten

Mr P.C. de Jonge
Nederlands Genootschap van
Bedrijfsjuristen

Mr L.W. Mooyaart
Voorzitter Sectie Geschillenbeslechting
NGB

De stichting ACBMediation is een *not-for-profit* organisatie die bedrijven en organisaties adviseert op het brede terrein van conflictmanagement. Bovenal is ACB de *provider* op het gebied van *business mediation* in Nederland. Het initiatief tot oprichting werd genomen door het bedrijfsleven en verschillende (juridische) beroepsgroepen.

ACB is de afkorting van Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven. ADR, *Alternative Dispute Resolution*, is de verzamelnaam voor een aantal nieuwe vormen van geschiloplossing met inschakeling van derden. De meest gebruikte vorm van ADR is mediation.

Kenmerkend voor mediation is dat partijen hun geschil niet ter beslissing voorleggen aan een derde: de oplossing blijft in eigen hand. Doordat men niet gebonden is aan een beperkt juridisch spectrum, zijn echte business oplossingen mogelijk.

Mediation werkt snel, efficiënt en is goedkoop. Bovendien kan een conflict opgelost worden met behoud van een werkbare relatie.

ACBMediation

Duur gemiddelde ACB mediation	4 dagdelen
Zaken in één bijeenkomst opgelost	18 %
Slagingspercentage	80 %
Bedrijven die wederom ACB mediation in zouden zetten	90 %

Bron: Kennisbank ACB mediations 2003

ACB mediation is een maatwerkproces. Het benoemen van de juiste mediator is van cruciaal belang voor het slagen van de mediation. Daarom zijn bij ACB mediators aangesloten die expert zijn op het gebied van business mediation. ACB stelt aan partijen drie specifieke mediators voor die voldoen aan het door betrokkenen gewenste profiel en die vrij zijn om de zaak te begeleiden op de door partijen gewenste termijn. In overleg met partijen benoemt ACB de mediator.

ACB ziet toe op een goed verloop van de procedure door regelmatig contact met de mediator te houden. Tevens is ACB het centrale aanspreekpunt voor de partijen.

Mw. mr L.C. de Roy van Zuidewijn-Minis
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Mw. mr A.B. Scheltema Beduin, DB
Vereniging VNO-NCW

Prof dr A. Schilder RA
De Nederlandsche Bank N.V.

Mr T.H.M. Schijf, DB
Oud directeur Juridische en Fiscale zaken Rabobank Nederland

Mr G.A. Stuyling de Lange, DB
secretaris / penningmeester
Managing Director Allen & Overy

Mw. mr Y. Telenga
Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak

Mr P.A. Wackie Eysten, DB
Advocaat te Den Haag

Mr O.L.O. de Witt Wijnen
Advocaat te Rotterdam

Prof dr mr P.M. van der Zanden RA
Koninklijk Nederlands Instituut van Registeraccountants

Directeur:
Mw mr M.A. Schonewille

ACBMediation
Malietoren
Bezuidenhoutseweg 12
2594 AV DEN HAAG

Postbus 93002
2509 AA DEN HAAG

Telefoon 070 34 90 493
Telefax 070 34 90 295
e-mail ACB@vno-ncw.nl
Internet www.acbmediation.nl

April 2004

Diensten ACBMediation

1. Advies over Conflictmanagement
2. Mediationprocedures voor het Bedrijfsleven
3. Kenniscentrum ADR
4. Workshops over Conflictmanagement

Doel van de Stichting is het bevorderen van het gebruik van alternatieve vormen van geschiloplossing, in het bijzonder mediation als *'tool of management'* ten behoeve van het bedrijfsleven.

Tool of management

ADR sluit aan bij de dynamiek van het bedrijfsleven; het is een *'tool of management'* van het bedrijf. De dialoog tussen partijen wordt voortgezet, maar nu onder leiding van een getrainde mediator en volgens bepaalde spelregels. Het is te zien als onderhandelen met een coach die aan beide kanten van de tafel kan gaan zitten.

Tot de spelregels behoort bijvoorbeeld dat de mediator ook met elke partij afzonderlijk kan praten. Dit biedt vaak nieuwe perspectieven. Uiteraard bepalen partijen zelf welke gegevens de wederpartij mag krijgen. Bij mediation houden partijen hun lot zelf in handen; de mediator legt partijen geen beslissing op.

Mediation richt zich niet op het bewijs van eigen standpunten en het verleden, maar op het snel verkrijgen van een goede oplossing. Een op de toekomst gerichte oplossing, gebaseerd op de belangen van alle betrokken partijen.

***Bel de ACB MediationLijn voor informatie en advies
0800 226 334***

www.ACBMediation.nl

BIJLAGE 8 **ACB Mediation clauses**

AANBEVOLEN ACB MEDIATION CLAUSULES *]

(vastgesteld in de Algemene Bestuursvergadering van 13 november 2003)

I. Mediation clause

TEKST A (bij toekomstige geschillen)

Partijen komen ten aanzien van alle geschillen welke mochten ontstaan naar aanleiding van de onderhavige overeenkomst, dan wel van nadere overeenkomsten die daarvan het gevolg mochten zijn, overeen deze geschillen te behandelen overeenkomstig het ACB Mediationreglement.

óf

TEKST B (bij toekomstige geschillen waarbij geregeld wordt wat de te volgen procedure is voor het geval de mediation niet zou slagen)

Partijen komen ten aanzien van alle geschillen welke mochten ontstaan naar aanleiding van de onderhavige overeenkomst, dan wel van nadere overeenkomsten die daarvan het gevolg mochten zijn, overeen deze geschillen te behandelen overeenkomstig het ACB Mediationreglement. Indien met betrekking tot deze geschillen door partijen geen vergelijk bereikt wordt overeenkomstig dat Reglement, zullen deze geschillen op verzoek van de meest gereede partij worden beslecht

- a. overeenkomstig het Arbitrage Reglement van het Nederlands Arbitrage Instituut (óf *maak andere keuze voor arbitrage*) óf
- b. door de (bevoegde) rechter (te

II. Verwijzingsovereenkomst

TEKST C (verwijzingsovereenkomst bij een bestaand geschil; alleen mediation)

[Korte omschrijving van het geschil (de geschillen)] .

Hierbij verwijzen partijen het geschil (de geschillen) naar mediation overeenkomstig het ACB Mediationreglement.

óf

TEKST D (bij bestaand geschil waarbij geregeld wordt wat de te volgen procedure is voor het geval de mediation niet zou slagen)

[Korte omschrijving van het geschil (de geschillen)]

Hierbij verwijzen partijen het geschil (de geschillen) naar mediation overeenkomstig het ACB Mediationreglement. Indien met betrekking tot het geschil (de geschillen) door partijen geen vergelijk wordt bereikt overeenkomstig dat Reglement, zal (zullen) het geschil (de geschillen) op verzoek van de meest gereede partij worden beslecht

- a. overeenkomstig het Arbitrage Reglement van het Nederlands Arbitrage Instituut (óf *maak andere keuze voor arbitrage*) óf
- b. door de (bevoegde) rechter (te.....)

***] Voor advies over het formuleren van een speciale mediation clause (bijvoorbeeld met een tijdslimiet) of voor een specifiek document (bijvoorbeeld algemene voorwaarden) kunt u contact opnemen met ACB. De clauses zijn tevens in het Engels voorhanden. ACB heeft ook buitenlandse mediators op haar lijst en uitstekende contacten met providers in verschillende landen. Daardoor kan ACB ook ondersteuning bieden bij een internationaal geschil.**

BIJLAGE 9 Checklist zelf conflicten managen

1. Hoe

Kies voor een persoonlijk gesprek. Praat face-to-face en niet via e-mail of telefoon.

2. Waar

Praat op een plek waar voldoende privacy is.

3. Wanneer

Reserveer voldoende tijd voor een gesprek. Kies voor het gesprek – indien mogelijk - een gunstig moment. Dus niet aan het eind van de week/werkdag als iedereen moe is en naar huis wil, als er piekdrukte is, als de ander echt geen tijd heeft of als je zelf heel boos bent.

4. Insteek

Ga er van uit dat er iets gedaan kan worden om het conflict op te lossen. Stel je in het gesprek creatief en flexibel op.

5. Technieken

- Praat in de ik-vorm in plaats van de jij-vorm: vertel hoe dingen op jou overkomen en maak de ander geen verwijten.
- Kijk naar de toekomst. Om het conflict op te lossen helpt het niet om verwijten te maken en in het verleden te blijven hangen.
- Focus op gedrag en niet op iemands persoonlijkheid. Je hoeft elkaar niet aardig te vinden om een probleem gezamenlijk te kunnen oplossen.
- Luister naar de ander zonder deze in de reden te vallen. Parafraseer (in eigen woorden samenvatten) hetgeen je gesprekspartner zegt. Check je aannames voordat je reageert of je eigen standpunt gaat vertellen: het standpunt van de ander begrijpen wil niet zeggen dat je het er mee eens hoeft te zijn
- Zoek de belangen die achter de standpunten schuil gaan. Probeer te begrijpen waarom de ander een bepaald standpunt heeft. Waardoor is het geschil ontstaan en waardoor duurt het voort?
- Probeer elkaars "hot buttons" te vermijden. Meestal weet je goed welke knoppen dit zijn.
- Probeer een oplossing te vinden waarbij alle partijen iets moeten doen.

BIJLAGE 10 **Bestelformulier mediation toolkit voor juristen en mediation toolkit voor managers**

Ondergetekende,

De heer/mevrouw _____

Organisatie _____

Functie _____

Adres _____

Postcode _____

Plaats _____

E-mailadres _____

Telefoonnummer _____

Geeft te kennen*

.....exemplaren van de Toolkit voor **JURISTEN** te willen ontvangen

.....exemplaren van de Toolkit voor **MANAGERS** te willen ontvangen

* aankruisen hetgeen van toepassing is

Datum _____ **Handtekening** _____

Bezitters van het onderzoeksrapport "Winst maken bij het oplossen van geschillen" ontvangen een korting van 25% op de normale prijs. De Toolkit bestelt u derhalve voor € 9,70 in plaats van € 12,95 exclusief BTW en verzendkosten.