

# Corporate Governance, Integraal Conflict Management en Mediation<sup>1</sup>

Jan Eijsbouts en Manon Schonewille

Door mr. A.J.A.J. Eijsbouts, Oud-Concerndirecteur Juridische Zaken en Advocaat bij Akzo Nobel N.V., NMI-, ACB- en CEDR-mediator en Voorzitter Dagelijks Bestuur Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven en  
Mr. M.A. Schonewille, directeur ACB Group, partner in Toolkit Company

Integraal conflictmanagement bij ondernemingen is, mede onder invloed van moderne *corporate governance*-eisen in de afgelopen jaren, als managementmodel door een aantal multinationals omarmd.

Als voorbeelden van organisaties met een integraal conflictmanagement kunnen worden genoemd General Electric, General Motors en Motorola in de USA, British American Tobacco in de UK, Nestlé in Zwitserland en Akzo Nobel in Nederland. Een door ACBMediation<sup>2</sup> in 2004 verrichte studie naar de behandeling van conflicten in de zakelijke sfeer<sup>3</sup> leidde tot de conclusie dat het merendeel van de Nederlandse ondernemingen geen structureel conflictmanagement-beleid heeft. De tweede belangrijke bevinding was, dat ondernemingen bij de keuze van de procedure tot oplossing van de uit conflicten voorkomende geschillen, die niet in onderhandeling konden worden opgelost, zich voornamelijk bleken te bedienen van juridische procedures, gerechtelijke procedure of arbitrage. De studie raamde de kosten van de behandeling van conflicten met inbegrip van de benodigde managementtijd op jaarbasis op € 3 mld. De conclusie, die hieruit getrokken moet worden is, dat het Nederlandse bedrijfsleven te terughoudend is in het omarmen van de nieuwe methoden en technieken, die naast de traditionele juridische procedures in de afgelopen 25 jaar zijn ontwikkeld op het gebied van conflictmanagement.

In dit artikel wordt ingegaan op de grondslag en de benadering van integraal conflictmanagement, mede aan de hand van de aanpak en ervaringen bij Akzo Nobel.

## Integraal Conflictmanagement, ADR en EDR

Onder integraal conflictmanagement is te begrijpen het benaderen van conflicten vanuit een bedrijfsmatige aanpak met gebruik van het gehele, de laatste

decennia sterk uitgebreide, arsenaal aan methoden van conflictoplossing. Wij hebben er al eerder voor gepleit<sup>4</sup> om naast de term ADR, *Alternative Dispute Resolution*, in het kader van conflictmanagement het begrip EDR, *Effective Dispute Resolution*, te gebruiken. De kern van effectieve geschiloplossing is dat per geschil moet worden bekeken wat de beste manier is om dit geschil tussen deze betrokken partijen aan te pakken. Daaruit volgt vervolgens welke methode het beste is om tot een oplossing te komen. Dat is een wezenlijk andere benadering dan het zoeken naar een 'alternatief' voor de 'gebruikelijke' juridische wijze van conflictoplossing. Ook procederen (eventueel over een deelgeschil) kan een goede oplossing zijn. Het gaat erom wat in een specifiek geval de beste methode is om, rekening houdend met de belangen van alle betrokkenen en de omstandigheden, tot een oplossing voor het geschil te komen. EDR gaat verder dan ADR. ADR is een *tool* die gebruikt wordt in het kader van EDR of integraal conflictmanagement. EDR is een benaderwijze van zakelijke conflicten, waarbij conflicten als een *managerial* vraagstuk worden gezien in plaats van

- 1 Dit artikel is een verdere bewerking van eerder door Eijsbouts geschreven artikelen 'Uw zakelijk conflict onder controle? Een korte beschouwing over waarom en hoe van integraal conflictmanagement naar aanleiding van twee recente boeken', verschenen in het blad *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 2008 (12)/2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, en een op dat artikel voortbouwend artikel 'Structureel Conflictmanagement als Corporate Governance Tool' verschenen in de bundel *Mediation is volwassen, actuele toepassingen en ontwikkelingen*, uitgegeven in samenhang met het gelijknamige congres, georganiseerd op 30 mei 2008 door de RUU en de HU. De boeken waaraan eerstgenoemd artikel is gewijd zijn Beukering-Rosmuller, E.J.M. van, *Geschilafdoening in zakelijke contracten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007 en Schonewille, M.A., met bijdragen van L.Demeyere, A. Kil, J. de Waart en P.A. Wackie Eysten, *Toolkit Mediation Advocacy. De kunst uw cliënt bij te staan in mediation en bij andere methoden van conflictoplossing*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007. Tevens is gebruik gemaakt van het door Schonewille geschreven artikel 'Troubleshooting in bedrijfrelaties. Trends in de ontwikkeling van conflictmanagement in het bedrijfsleven', Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007 (11)/1.
- 2 Thans Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven, Den Haag, [www.acbmediation.nl](http://www.acbmediation.nl).
- 3 Schonewille, M.A., Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen, onderzoeksrapport, Den Haag: ACBMediation, 2004.
- 4 Schonewille, M.A., 'Geslaagde samensmelting tussen *best practices* en de nieuwste inzichten uit de wetenschap. Boekbespreking *Geschilafdoening in zakelijke contracten*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008 (12)/2.

als een juridisch probleem. ADR, maar ook juridische procedures, worden daarbij als een instrument ingezet om bij het oplossen van geschillen de ondernemingsdoelstellingen te kunnen realiseren. Bij integraal conflictmanagement is effectieve dispute resolution vast ingebed in het ondernemingsbeleid, met specifieke richtlijnen, een corporate EDR policy en ingebouwde controlemechanismen.

### Corporate governance als grondslag voor Integraal Conflictmanagement

Arbitrage en gerechtelijke procedure leiden beide tot een bindend juridisch oordeel door een derde instantie over het geschil en daarmee in de regel tot een oplossing, die bestaat uit een juridische remedie, zoals ontbinding van een overeenkomst al dan niet met schadevergoeding c.q. een gebod tot nakoming, veroordeling tot schadevergoeding op grond van onrechtmatig handelen of een verbod of gebod tot het verrichten van bepaalde handelingen. Door de keuze voor een van deze procedures ontnemen partijen zich de mogelijkheid tot behoud van controle en beperken zij het aantal mogelijke oplossingen zowel naar aard als naar aantal zeer aanzienlijk. Ook wordt bij deze keuze voorbij gegaan aan het feit, dat aan het conflict in de regel intermenselijke en/of zakelijke oorzaken ten grondslag liggen en dat het in handen leggen van juridische colleges van de oplossing van het uit het zakelijke conflict voortvloeiende geschil dit geschil daarmee noodzakelijk reduceert tot een juridisch geschil en de oplossing tot een juridische remedie.

Met name het ontbreken van controle, maar ook de beperking tot juridische oplossingen en de hoge kosten verbonden aan de traditionele juridische vormen van geschiloplossing staan op gespannen voet met de eisen van goede *corporate governance*, zoals die tegenwoordig op het stuk van risicomanagement gevegd worden van ondernemingen. De aandacht in het laatste decennium voor een adequate vorm van risicomanagement als vitaal onderdeel van de door Eijsbouts eerder omschreven interne dimensie van corporate governance<sup>5</sup> heeft geleid tot een reeks van maatregelen die van het bestuur van ondernemingen worden vereist en waarover het bestuur zich zowel in algemene zin (de zogenaamde *internal controls* verklaring)<sup>6</sup> als in gespecificeerde vorm (de verschillende risicofactoren) dient uit te laten in het jaarverslag. Conflicten kunnen majeure consequenties hebben voor ondernemingen en een gestructureerd conflictmanagementsysteem dient dan ook onderdeel te zijn van een alomvattend risicobeheersingssysteem, waarin de onderneming niet alleen zo lang mogelijk controle behoudt over de oplossing, maar ook de oplossingsrichtingen niet te snel beperkt tot juridische remedies.

Zowel de ontwikkelingen van de laatste vijftien jaren op het gebied van de alternatieve geschillenbeslechting en in het bijzonder mediation, als de meest toegepaste vorm daarvan, als ook de ontwikkelingen in het materiële burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht, niet in de laatste plaats mede beïnvloed door de toenemende juridisering van de samenleving en het als gevolg daarvan dichtslibben van de overheidsrechtspraak,<sup>7</sup> verdienen een grotere aandacht van het bedrijfsleven en met name van het management en de juridische adviseurs (bedrijfsjuristen en de zakelijke advocatuur) dan tot nog toe daaraan is besteed.

Kennis van deze ontwikkelingen biedt ondernemingen<sup>8</sup> en hun adviseurs de mogelijkheid tot het ontwerpen en implementeren van integrale conflictmanagementsystemen, die recht doen aan het specifieke karakter van de onderneming, de aard en scope van haar activiteiten en tenslotte aan de eisen, die voortvloeien uit een verantwoord risicobeheersingssysteem als belangrijk onderdeel van de governance van de onderneming.

### Best practices op het gebied van Integraal Conflictmanagement

Zowel in de VS als in Europa hebben onderzoeken plaatsgevonden naar de stand van zaken op het gebied van integraal conflictmanagement. Alvorens daarop in te gaan komt het in aanmerking een opmerking te maken over de definitie ADR, nodig voor het juist interpreteren van de onderzoeksresultaten die hieronder worden beschreven. De in de bakermat van ADR, de VS, gebruikelijke definitie van ADR als alle procedures op het gebied van geschillenbeslechting anders dan die voor de rechter, betekent dat ook bindende arbitrage daaronder valt. In Europa zien we een mix. Er zijn schrijvers die de in de VS gebruikelijke definitie aanhouden, maar naar onze waarneming gaat het merendeel van de schrijvers uit van een definitie voor ADR, waaronder uitsluitend de niet-bindende vormen worden begrepen. Wij zijn aanhangers van de laatste visie, omdat zij recht doet aan twee wezenlijke verschillen tussen de diverse methoden: in de eerste plaats zijn gerechtelijke procedure en arbitrage juridische procedures, maar, belangrijker vanuit het perspectief van onze *corporate*

5 Voor een beschrijving in de praktijk van corporate governance met behandeling van de externe en interne dimensie daarvan, zie het Eijsbouts, A.J.A.J., CSR, a matter of principle(s), law or both, jubileumbundel van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen "Tussen Themis en Mercurius, Bedrijfsjuridische bijdragen aan een Europese Beleidsconcurrentie", Deventer, Kluwer, 2005.

6 De Nederlandse Corporate Governance Code 2004, *Best Practices* II.1.3 t/m II.1.5.

7 Jaarplan Rechtspraak 2006, dat de doorlooptijd van een gemiddelde handelszaak met verweer bij de rechtbank op 414 dagen en bij het hof op 473 dagen stelt.

8 Hierbij verwijzen wij met name naar de in noot 1 genoemde boeken.

*governance* benadering, in beide procedures wordt de controle over de beslechting van het geschil overgedragen aan een derde en zijn de partijen dus niet langer zelf *in control*. EDR is ook in die zin een betere term dan ADR, omdat deze de hele discussie of arbitrage nu wel of geen onderdeel van ADR is overbodig maakt.

### Dispute-wise Business Management

In het eerste onderzoek dat wij hier behandelen, *'Dispute-wise Business Management, improving economic and non-economic outcomes in managing business conflicts'*<sup>9</sup> van The American Arbitration Association (AAA), wordt met ADR zowel arbitrage als mediation bedoeld. In de praktijk blijken Amerikaanse ondernemingen echter ook de voorkeur te geven aan niet bindende vormen van geschillenbeslechting en wordt arbitrage meer en meer op een lijn gesteld met de procedure voor de rechter. Het onderzoek vond plaats onder 101 Fortune 1000 ondernemingen, 103 mid-size beursgenoteerde ondernemingen en 50 besloten ondernemingen. In dit onderzoek werd met name gezocht naar karakteristieken waarin zogenaamde 'dispute-wise' ondernemingen zich onderscheiden van andere ondernemingen. De studie vond acht van zulke hoofdkenmerken. Deze kenmerken worden hieronder kort aangegeven, met daarbij vermelding van de percentages die gelden voor de meest respectievelijk de minst dispute-wise-ondernemingen.

Kenmerken van een dispute-wise onderneming:

1. De juridische afdeling heeft een zeer goed begrip van de bredere business kwesties waarvoor de betrokken industrie en onderneming zich gesteld ziet (93% most dispute wise tegen 68% least).
2. De juridische afdeling is sterk betrokken bij het corporate-planningproces (81% tegen 42%).
3. De focus van het senior management is gericht op het behoud van de goede relaties met business partners en het schikken van zaken in tegenstelling tot een focus gericht op het winnen van zaken (65% tegen 31%).
4. Een groot deel van de tijd wordt besteed aan zeer complexe en technische kwesties (62% tegen 21%). Een groot deel van de tijd wordt besteed aan internationale kwesties (27% tegen 0%).

Wat de resterende drie elementen betreft gaat het er juist om dat de dispute-wise-ondernemingen zich daarin onderscheiden doordat deze in mindere mate van toepassing zijn dan bij de overige ondernemingen.

5. Bij het ontstaan van geschillen kiest men als regel een agressieve benadering (28% most dispute wise tegen 59% least).
6. De primaire focus is gericht op de contractuele bepalingen (14% tegen 36%).

7. De voorkeur voor gerechtelijke afdoening boven die door middel van ADR (3% tegen 31%). Waarbij zowel mediation als arbitrage in de definitie van ADR in dit onderzoek vallen.

Belangrijkste redenen voor de keuze van ADR, met een voorkeur voor de niet-bindende vormen boven arbitrage, zijn kostenbeheersing (begrijpelijk in het erg dure procesklimaat in de VS), behoud van controle over de oplossing en het behoud van goede business relaties. Dit is vergelijkbaar met de resultaten die in het ACB-onderzoek uit 2004 voor Nederland werden gevonden, alleen de volgorde was anders. De Nederlandse ondernemingen gaven aan dat vooral het aspect 'behoud van de relatie' een reden kon zijn om tot mediation over te gaan, gevolgd door 'een oplossing gebaseerd op de toekomst en belangen in plaats van de juridische aspecten', en de 'eigen business oplossing'. Het tijds- en kostenbesparingsaspect werd als laatste genoemd in dit rijtje.

### Embedded Users

Naast het bovengenoemde AAA-onderzoek over de toepassing van ADR en mediation bij Amerikaanse bedrijven is een recent – onder 21 voornamelijk Europese internationale ondernemingen – gehouden onderzoek door Herbert Smith erg illustratief voor de wijze waarop de ondernemingen met ADR en mediation omgaan. Het rapport geeft een schat aan informatie over de verschillende attitudes van deze bedrijven. De studie onderscheidt in hoofdlijnen vier categorieën van ondernemingen: *Embedded Users*, *Ad Hoc Users*, *Negotiators* en *Non-Users*. De eerste categorie wordt gevormd door de ondernemingen die een structureel conflictmanagement met gebruik van ADR en mediation hanteren. De hieronder behandelde elementen van een integraal conflictmanagementsysteem zijn daarbij in diverse varianten terug te vinden.<sup>10</sup> Voor de embedded users werd gevonden, dat ADR een centrale rol speelt in hun geschillenbeslechtingcultuur met gebruik van onder meer de methode van het zogenaamde 'early case assessment'<sup>11</sup>. Ook gebruiken ze ADR veelvuldiger en eerder in het verloop van het geschil met significante besparing van juridische kosten en managementtijd. Een volgend kenmerk is het feit, dat embedded users mediation positief waarderen, zelfs als het niet (direct) tot het gewenste resultaat leidt. Er is blijkbaar praktijkervaring met mediation nodig om de efficiency en de positieve

9 Dispute-wise Business Management, improving economic and non-economic outcomes in managing business conflicts, American Arbitration Association (AAA), New York, 2003.

10 Het rapport is getiteld "The inside track – how blue chips are using ADR" en dateert van november 2007.

11 Voor een nadere beschrijving van deze methode zie het in noot 3 genoemde onderzoek van ACBMediation, alsmede het in noot 1 genoemde boek van Schonewille "Toolkit Mediation Advocacy".

aspecten van mediation als (management-)instrument duidelijk te maken. Bij een slagingspercentage van 55% zegt meer dan 80% van betrokkenen die in het kader van het project mediation van de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State een mediation-traject hebben doorlopen, dat ze een volgende keer weer voor mediation kiezen. Bij bedrijven die in het stadium voordat de rechter is ingeschakeld mediation beproeven is het herhalingspercentage ruim 90%, bij een slagingspercentage van bijna 80%. Ook bij zaken die niet tot overeenstemming hebben geleid zijn betrokkenen vaak tevreden.

De positieve neveneffecten van mediation die worden genoemd betreffen met name aspecten als de relatie met de wederpartij, inzicht in het ontstaan en voortduren van het conflict en de eigen rol daarin. Een geslaagde mediation is dus meer dan een zaak die tot een concrete oplossing heeft geleid.<sup>12</sup> Niet verrassend was de bevinding, dat de embedded users de hoogste vaardigheidsniveaus in ADR-procedures laten zien en dat zij gebruik maken van kwantitatieve analyses van ADR (duur en kosten afgezet tegen de – eventueel geraamde – kosten van gerechtelijke procedure en arbitrage). De *key differentiator* van embedded users blijkt de houding van de afdeling juridische zaken te zijn. In het bijzonder de aanwezigheid van minimaal één ‘ADR champion’ die de leiderschapsrol op zich heeft genomen. Tot slot, bepaald niet onbelangrijk, bleek voor de embedded users, dat zij de meest constructieve relaties hebben met hun externe advocaten.

### Non Users

Ter afsluiting van dit overzicht volgt nog een korte samenvatting van de bevindingen van het ACB-onderzoek uit 2004. Deze bevindingen lijken ook thans nog hun gelding te hebben behouden en worden bevestigd door meer recente onderzoeken uit het buitenland. Zoals al gememoreerd hebben de meeste Nederlandse ondernemingen geen inzicht in de tijd en kosten die gemoeid zijn met het oplossen van geschillen, welke kosten geraamd werden op € 3 miljard. In een in mei 2006 gepubliceerd onderzoek<sup>13</sup> naar de kosten van bedrijfsmatige conflicten van de Engelse *mediation-provider* CEDR en het advocatenkantoor CMS Cameron McKenna komt men tot de conclusie dat conflicten het Britse bedrijfsleven jaarlijks ruim € 40 miljard kosten.<sup>14</sup> Een geschil met een hoog financieel belang<sup>15</sup> vraagt gemiddeld meer dan drie jaar aan management-tijd. Met een klein geschil is ruim twee maanden aan management werktijd gemoeid. Hiermee is bedoeld het aantal dagen dat managers bezig zijn met het conflict en dus geen andere werkzaamheden verrichten.

In het ACB-onderzoek bleek ook het kennisniveau op het gebied van moderne conflictmanagement-methoden onvoldoende. (Duidelijke) richtlijnen inzake

de behandeling van geschillen bleken bij de meeste ondernemingen niet te bestaan en er werd overwegend gekozen voor een juridische in plaats van een bedrijfsmatige aanpak. Vanuit de onbekendheid met de moderne methoden van conflictmanagement bleken er nog veel vooroordelen te bestaan ten opzichte van mediation. Het zou “te soft” zijn of “een vorm van arbitrage”, “geen toegevoegde waarde” hebben boven zelf onderhandelen en leiden tot een “poldercompromis”. In het onderzoek van Herbert Smith worden soortgelijke misvattingen genoemd die een blokkade vormen om mediation te beproeven: het idee dat ADR/mediation een soort formeel juridisch proces is met bijbehorende tijd, kosten en ervaren onderhandelaars en dealmakers ziet men de toegevoegde waarde van een mediationprocedure niet als eerdere één-op-één onderhandelingen niet tot het gewenste resultaat hadden geleid.

Uit het CEDR/CMS-onderzoek komt aan het licht dat het managers ook schort aan conflictmanagementvaardigheden: 63% van de ruim zeshonderd ondervraagde managers zegt over onvoldoende kennis en vaardigheden te beschikken om conflicten te kunnen managen.

Kortom, een bevestiging van een niet onbelangrijke en ons inziens vanuit *corporate governance*-oogpunt zorgelijke achterstand in kennisniveau en vaardigheden op het gebied van moderne methoden van conflictmanagement.

## De componenten van Akzo Nobels integrale conflictmanagementsysteem

Het door Akzo Nobel sinds medio negentiger jaren van de vorige eeuw toegepaste integrale conflictmanagementsysteem bestaat uit de volgende componenten.<sup>16</sup>

### Kennis

Ten eerste ogenschijnlijk een open deur: een integraal conflictmanagementsysteem vereist natuurlijk

12 Schonewille, M.A., *Toolkit Mediation Advocacy*, Den Haag: Boom juridische Uitgevers, 2007, p.120-121, waarbij verwezen wordt naar het eindrapport ‘Geschiloplossing op maat’, Schonewille (januari 2006), betreffende de mediationpilot in de Milieukamer bij de Raad van State, en de ACB kennisbank 1998-2004.

13 [http://www.cedr.com/index.php?location=/news/archive/20060526\\_232.htm](http://www.cedr.com/index.php?location=/news/archive/20060526_232.htm).

14 Dat is £ 33 miljard berekend naar de huidige wisselkoers, ten tijde van het onderzoek was het omgerekend bijna 50 miljard euro. Voor degenen die denken dat deze kosten vooral zijn te herleiden tot de dure Engelse advocatenkantoren: slechts € 9 miljard (£ 6 miljard) van dit bedrag ging op aan kosten voor juridische bijstand.

15 Bijna € 1,3 miljard of £ 1 miljard.

16 Voor een weliswaar enigszins gedateerde en primair op VS ondernemingen gerichte maar nog steeds uitstekende en ook voor niet Amerikaanse ondernemingen relevante gids op het gebied van conflictmanagement beveel ik graag lezing aan van het boek *Building ADR into the Corporate Law Department*, ADR systems design; Catherine Cronin-Harris, CPR Institute for Dispute Resolution, New York 1997.

om te beginnen goede kennis zowel bij management als bij de juridische adviseurs (intern en extern) van de relevante instrumenten, juridische en niet-juridische, en hun toepassingsmogelijkheden en beperkingen. Bij Akzo Nobel hebben senior juristen in de belangrijkste landen de opleiding tot mediator gevolgd en staan alle juristen online richtlijnen en checklists ter beschikking bij de keuze van de meest in aanmerking komende methoden (gerechtelijke procedures, arbitrage en ADR), zowel bij de onderhandelingen over (nieuwe) contracten als in ad hoc situaties.

### **Analyse risicoprofiel onderneming**

De tweede component is een goede analyse van het risicoprofiel van de onderneming en met name de mogelijke bronnen van materiële conflicten. Dit stelt de onderneming in staat preventief c.q. proactief beleid te voeren gericht op de verschillende soorten van conflicten. Als gezegd is dit ook een onderdeel van het vereiste risicobeheersingssysteem in het kader van corporate governance.

### **Analyse ontstaansmogelijkheden geschillen**

Vervolgens moet worden onderscheiden naar de ontstaansmogelijkheden van het conflict. Algemene beleidsverklaringen op het gebied van conflictmanagement kunnen een goede functie vervullen. Zo kent CPR een zogenaamde pledge, waarin ondernemingen verklaren in geval van conflicten met andere ondertekenaars ervan te streven naar oplossing met behulp van ADR. CPR heeft ook ADR programma's ontwikkeld specifiek gericht op bepaalde bedrijfstakken, waarbij de ondernemingen in die bedrijfstakken zich verplichten tot de ADR-procedure, indien zich een geschil voordoet met een ander aangesloten bedrijf. Beide CPR-instrumenten zijn door Akzo Nobel ondertekend en hebben hun nut in de praktijk bewezen.

De situatie waarin men een samenwerking aangaat, die de bron kan worden van een conflict, is natuurlijk anders dan die waarin er geen sprake van samenwerking is. Daarbij is het van belang, dat partijen zich rekenschap geven van de verschillende mogelijkheden die het belangenevenwicht in de samenwerking kunnen aantasten en de bij elke mogelijkheid passende oplossing van het daaruit voortvloeiende conflict. In de praktijk blijkt het in de meeste gevallen raadzaam om in geval van een geschil een zogenaamde multistep-clausule<sup>17</sup> in het contract op te nemen (een clausule met achtereenvolgens onderhandeling, vervolgens gefaciliteerde onderhandeling en tenslotte, zo nog nodig, arbitrage of gerechtelijke procedure) waardoor partijen bij de aanvang al de mogelijkheid inbouwen van een niet-juridische oplossingsrichting. Op grond van de principebeslissing van de Raad van Bestuur van Akzo Nobel uit 1999 om aan ADR en mediation de voorkeur te geven worden

door Akzo Nobel, tenzij er een contra-indicatie aanwezig is – hetgeen overigens zelden het geval blijkt te zijn – multistepclausules in de contracten voorgesteld aan de wederpartij en deze worden in verreweg de meeste gevallen aanvaard.

### **Rapportage en analyse van een (dreigend) conflict**

De vierde component behelst de tijdige rapportage en analyse van het (dreigende) conflict, waarbij een goed oog voor en zo mogelijk inzicht in de wederzijdse belangen en het monitoren daarvan op dynamische basis, vereist is. Daarmee kan proactief op het ontstaan van een conflict worden geanticipeerd danwel, als het conflict zich al heeft ontwikkeld, het ontstaan van het geschil worden voorkomen of dit zodanig worden gemodelleerd dat de oplossingskans het grootst is. Zowel een zakelijke als een juridische analyse zijn daarbij van belang. Juist in de context van een contractuele relatie kunnen de wederzijdse zakelijke belangen bij een voortgezette relatie groot zijn en om een maatwerkoplossing vragen. Ook biedt het recht bij geschillen over contracten een grotere mate van nuancering naar omstandigheden. Met name bij duurcontracten gaat het conflict bepaald niet altijd over een tekortkoming van een van beide of beide partijen, maar kan het ontstaan door onvoorziene ontwikkelingen, die aanleiding geven tot overmacht danwel *hardship*. Dat is in beginsel niet het geval bij een geschil over onrechtmatig handelen, bijvoorbeeld over de hoogte van een eenmalige schadevergoeding bij inbreuk op intellectuele rechten of de verdeling van een hoofdelijke schuld bij een collectief onrechtmatig handelen. Dat neemt echter niet weg, dat ook in die gevallen maatwerk kan worden bereikt met de beschikbare ADR-technieken en een langdurige en kostbare rechtsstrijd kan worden voorkomen. Hierbij wordt ook met name gewezen op het belang, dat het conflictmanagementsysteem blijft uitgaan van de verantwoordelijkheid en *ownership* van het betrokken business management, uiteraard bijgestaan door een multidisciplinair team, waarin ervaren juridische adviseurs met goede kennis van de business en de ondernemingscultuur zonder tunnelvisie zorgen voor de 'objectieve' inbreng van juridische kant. De klassieke praktijk, waarin de juristen de behandeling overnemen, zodra business management er niet in is geslaagd om een oplossing te bereiken, leidt in de regel niet tot de beste zakelijke oplossing.

In termen van pre-processuele onderhandeling zal men er in het algemeen baat bij hebben voorkeur te geven aan *principled bargaining* boven *positional bargaining*, om te spreken in het jargon van de Harvard-methode, die mede ten grondslag ligt aan het

17 Een voorbeeld hiervan is te downloaden van: [www.ACB-Group.com](http://www.ACB-Group.com).

succes van mediation en andere vormen van niet bindende ADR. De beleidsvorming aan overheidszijde in het voetspoor van de rapporten Fundamentele Herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht en ontwikkelingen in Europees verband<sup>18</sup> is gebaseerd op het benadrukken van de eigen verantwoordelijkheid van rechtzoekenden en geschilbehandeling op maat. Dejuridisering, een efficiënte afwikkeling van geschillen en meer pluriformiteit bij de toegang tot het recht zijn daarbij leidende beginselen<sup>19</sup>.

#### **Vorbereiding en belangengerichte oplossingsvarianten**

De vijfde component is een zeer gedegen voorbereiding, onder leiding van verantwoordelijk management, van de gekozen of overeengekomen procedure, waarbij, ook indien dat een van de juridische procedures is, wordt geanalyseerd welke oplossingsvarianten er zijn volgens de *'principled bargaining'* benadering, zoals de Harvard-methode. Dit geldt temeer, nu een verwijzing naar mediation op advies van de rechter in het kader van een gerechtelijke procedure in een toenemend aantal landen, ook in Nederland, zij het hier te lande nog niet bindend, tot de mogelijkheden behoort.

Mediation is door Akzo Nobel met succes toegepast in een breed scala aan grote zakelijke conflicten met een totale waarde van meer dan 2 miljard euro op onder meer het gebied van intellectuele eigendom, overdracht van ondernemingen, claims onder de bedrijfs-schadeverzekering en zelfs *class actions* in de VS. Akzo Nobel heeft tot slot ook een statuut ontwikkeld voor interne mediation. Zoals de ervaringen van Akzo Nobel laten zien is een zakelijk conflict bij de keuze van de juiste oplossingsvariant dan ook geen bedreiging, maar een kans.

- 18 Zie het EU Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van burgerlijk recht en handelsrecht, Brussel 19 april 2002, Com (2002) 196 def. en het door de Europese Commissie ingediende voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken van 22 oktober 2004, COM (2004) 718 def.
- 19 Het in noot 1 genoemde boek van Van Beukering-Rosmuller biedt van deze ontwikkelingen een erg instructief overzicht.