

Uw zakelijk conflict onder controle? Een korte beschouwing over waarom en hoe van integraal conflictmanagement naar aanleiding van twee recente boeken¹

A.J.A.J. Eijsbouts

Conflictmanagement als *tool* in corporate governance

Een door ACBMediation² in 2004 verrichte studie naar de behandeling van conflicten in de zakelijke sfeer³ leidde tot de conclusie dat het merendeel van de Nederlandse ondernemingen geen structureel conflictmanagementbeleid 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, een gerechtelijke procedure of arbitrage. De studie raamde de kosten van de behandeling van conflicten met inbegrip van de benodigde managementtijd op jaarbasis op € 3 miljard. De conclusie die hieruit getrokken moet worden is, dat het Nederlandse bedrijfsleven te terughoudend is in het omarmen van een groot scala aan nieuwe methoden en technieken die naast de traditionele juridische procedures in de afgelopen 25 jaar zijn ontwikkeld op het gebied van conflictmanagement.

Arbitrage en gerechtelijke procedure leiden beide tot een bindend juridisch oordeel van 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 van behoud van controle en beperken zij het aantal mogelijke oplossingen zowel naar aard als naar aantal zeer aanzienlijk. Ook wordt bij deze keuze voorbijgegaan aan het feit, dat aan het

- 1 E. J.M. van Beukering-Rosmuller, *Geschilafdoening in zakelijke contracten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007 en M.A. Schonewille, 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. Beide boeken worden in dit nummer afzonderlijk besproken.
- 2 Thans Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven, Den Haag, <www.acbmediation.nl>.
- 3 M.A. Schonewille, *Winst maken bij het oplossen van geschillen. Conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen*, onderzoeksrapport, Den Haag: ACBMediation 2004.

conflict in de regel 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 gevergd worden van ondernemingen. De aandacht in het laatste decennium voor een adequate vorm van risicomanagement als vitaal onderdeel van de, wat ik noem interne, dimensie van *corporate governance*⁴ heeft geleid tot een reeks van maatregelen die van het bestuur van ondernemingen wordt vereist en waarover het bestuur zich zowel in algemene zin (de zogenoemde *internal controls*-verklaring)⁵ 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.

Blijkens de hiervoor genoemde ACBMediationstudie is relatief weinig aandacht van het bedrijfsleven uitgegaan naar de mogelijkheden die moderne methoden voor het oplossen van geschillen, geheel of gedeeltelijk in eigen beheer van de betrokken partijen, bieden tot een verantwoord conflictmanagement. Naar mijn waarneming geldt dat ook voor de ontwikkelingen van de laatste jaren op het gebied van het materiële recht, het procesrecht en (internationale) arbitrage. De herziening van het procesrecht in 2002 en de daarop gevolgde studie tot fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, die leidde tot een eindrapport in 2006,⁶ hebben al hun invloed uitgeoefend op het overheidsbeleid en de juridische praktijk. De portee daarvan is naar mijn idee nog niet in volle omvang doorgedrongen tot het bedrijfsleven, overigens net zo min als die van het overheidsbeleid op het gebied van alternatieve geschillenbeslechting. Ook ontwikkelingen op het gebied van (internationale) arbitrage worden in het bedrijfs-

4 Voor een beschrijving in de praktijk van *corporate governance* met behandeling van de externe en interne dimensie daarvan verwijs ik naar mijn artikel 'CSR, a matter of principle(s), law or both' in de jubileumbundel van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, Tussen Themis en Mercurius. Bedrijfsjuridische bijdragen aan een Europese Beleidsconcurrentie, Deventer: Kluwer 2005.

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

6 De Commissie Fundamentele Herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht bestond uit prof. mr. W.H.D. Asser, mr. H.A. Groen en prof. mr. J.B.M. Vranken (m.m.v. mr. I.N. Tzankova) en publiceerde in 2003 haar tussenrapport Een nieuwe balans en in 2006 haar eindrapport Uitgebalanceerd. Beide verschenen bij Boom Juridische uitgevers, Den Haag.

leven slechts marginaal gevolgd.⁷ Dat is niet alleen jammer, omdat daarmee het belang van het bedrijfsleven zelf niet ingebracht wordt in de gedachtevorming en de (overheids)beleidsbepaling op die terreinen, maar ook omdat een voor het bedrijfsleven niet onbelangrijk gebied buiten bereik blijft in het kader van de ontwikkeling van een op moderne leest geschoeid conflictmanagement.

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 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,⁸ verdienen een grotere aandacht van het bedrijfsleven en met name van het management en de juridische adviseurs (bedrijfsjuristen en de zakelijke advocatuur). Academisch onderzoek op juridisch gebied en dat van andere relevante disciplines vanuit een, wat ik zou willen noemen, laterale benadering hadden al geleid tot aansprekende publicaties,⁹ die op originele wijze de mogelijkheden, maar ook de beperkingen, van het bestaande juridische instrumentarium op het gebied van geschillenbeslechting belichten. Hoewel deze bevindingen naar mijn overtuiging uitermate relevant zijn voor het bedrijfsleven moet opnieuw worden geconstateerd, dat zij in onvoldoende mate zijn opgepikt en tot ondernemingsbeleid op het gebied van conflictmanagement hebben geleid.

Kennis van deze ontwikkelingen biedt ondernemingen 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 ten slotte aan de eisen die voortvloeien uit een verantwoord risicobeheersingssysteem als belangrijk onderdeel van de *governance* van de onderneming. De twee recente boeken die in dit nummer worden besproken, *Geschilafdoening in zakelijke contracten* door mr. dr. Ellen van Beukering-Rosmuller en *Toolkit Mediation Advocacy* door mr. Manon Schonewille, bieden de ondernemingen en hun adviseurs een uitgelezen kans om op beknopte maar zeer volledige wijze kennis te nemen van de genoemde ontwikkelingen en

- 7 Zo is slechts bij enkele Nederlandse ondernemingen bekend dat de Uncitral Arbitration Rules, de wereldwijd meest toegepaste set van arbitrageregels, momenteel een herzieningsproces doormaken en dat daarbij de inbreng van de internationale ondernemingen als gebruikers vanzelfsprekend van belang is. Een op initiatief van LCIA in 2006 totstandgekomen Corporate Counsel International Arbitration Group, samengesteld uit senior conflictmanagementexperts uit de juridische afdelingen van de grootste multinationals is inmiddels toegelaten als toehoorder/expert bij de betrokken Uncitral sessies.
- 8 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.
- 9 J.M. Barendrecht en E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling. Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraak die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000; M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation. Resultaat bereiken als manager, mediator en onderhandelaar*, tweede druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

daarmee te beschikken over de juiste kennis en informatie om een verantwoord integraal conflictmanagement te ontwerpen en te implementeren. In de navolgende paragrafen zal ik op beide boeken ingaan vanuit mijn kennis van en praktische ervaring met conflictmanagementsystemen.

Enkele conceptuele opmerkingen

Om te beginnen heb ik enkele conceptuele opmerkingen. Zowel in de boeken als in de besprekingen wordt aandacht geschonken aan de definitie van ADR. Van Beukering volgt daarbij de in de bakermat van ADR, de Verenigde Staten van Amerika, gebruikelijke definitie van alle procedures op het gebied van geschillenbeslechting anders dan die voor de rechter. Ook bindende arbitrage valt dus daaronder. Ik heb tegen deze benadering bezwaren, omdat zij voorbijgaat 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 mijn *corporate 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*. In de praktijk wordt dan ook door Amerikaanse ondernemingen, blijkens onderzoek,¹⁰ de voorkeur gegeven aan niet-bindende vormen van geschillenbeslechting en wordt arbitrage in toenemende mate op een lijn gesteld met de procedure voor de rechter. Met name het element van behoud van controle over de oplossing is daarbij, naast de hoge kosten, niet alleen van juridische procedures in de Verenigde Staten van Amerika maar ook van arbitrage, de leidende gedachte.

In de tweede plaats een opmerking over het onderscheid conflict en geschil. Daarover biedt de bijdrage van Schonewille in dit nummer een uitgebreide beschouwing naar aanleiding van de uiteenzettingen van Van Beukering in haar boek. Vanuit mijn praktijkervaring zou ik echter in de zakelijke sfeer simpelweg willen spreken over een conflict in geval van (al dan niet onderkende of bekende) tegenstelling van belangen en over een geschil, zodra deze tegenstelling van belangen zich heeft uitgekristalliseerd in een aan de wederpartij kenbaar gemaakt standpunt met een verzoek of eis tot oplossing. Deze karakterisering leidt ertoe dat in het kader van systematisch conflictmanagement ook eenzijdig kan worden geanticipeerd op de mogelijkheid van het ontstaan van een conflict, waarop dan proactief actie kan worden genomen, zodat het stadium van geschil nimmer aan de orde komt. In dit verband wordt tegenwoordig ook gesproken over EDR, *early dispute resolution*. Met deze term wordt bedoeld op een verbreding van de scope van ADR tot het traject waarin het conflict nog niet heeft geresulteerd in een geschil en zelfs tot de fase waarin de onderhandelingen over een nieuwe samenwerking kunnen worden gefaciliteerd. In dat laatste verband wordt al gesproken over *deal-*

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

mediation. Zowel Schonewille in haar boek als Heshia Abrams in haar bijdrage aan dit nummer gaan op EDR en *deal-mediation* uitgebreid in.

In de derde plaats merk ik op dat Van Beukering zich beperkt tot geschilafdoening in zakelijke (duur)contracten. Dat is niet onbegrijpelijk, omdat juist in die context de wederzijdse zakelijke belangen bij een voortgezette relatie groot kunnen 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 conflict ontstaan door onvoorziene ontwikkelingen, die aanleiding geven tot overmacht of *hardship*. Dat is in beginsel niet het geval bij een geschil over onrechtmatig handelen, bijvoorbeeld 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.

De componenten van een integraal conflictmanagementsysteem

De boeken van Van Beukering en Schonewille bieden samen een compleet overzicht van de elementen voor het opzetten en implementeren van een goed gefundeerd conflictmanagementsysteem. Van Beukering geeft, naast een fraaie beschrijving van de diverse vormen van juridische en niet-juridische vormen van geschiloplossing en de ontwikkeling daarvan, in kort bestek een compleet overzicht van het materiële en processuele samenstel van juridische voorzieningen van belang voor de totstandkoming en tenuitvoerlegging van contracten. Zij behandelt deze in een geïntegreerd kader met de moderne methoden van conflict- en geschillenbehandeling. Het boek van Schonewille biedt een schat aan informatie over de aard en inrichting van de diverse procedures, de aspecten die leiden tot een verantwoorde keuze daartussen en de proceshantering en -bewaking en de specifieke technieken die daarbij gebruikt kunnen worden. Haar boek wordt aangevuld met instructieve bijdragen over *capita selecta*, zoals juridische en administratieve instrumenten in Nederland (van Piet Wackie Eysten), *Mediation in België* (van Luc Demeyere), *meerpartijen mediations* (van Jacques de Waart). Als gezegd dus een zeer compleet informatiepakket voor de opzet en implementatie van een conflictmanagementsysteem. Globaal bestaat zo'n systeem uit vier componenten.

Ten eerste ogenschijnlijk een open deur: een integraal conflictmanagementsysteem vereist natuurlijk 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. Maar het besef dat het aan die kennis nog wel eens ontbreekt, is nog niet alom in het bedrijfsleven en de zakelijke advocatuur aanwezig.

Ten tweede moet worden onderscheiden naar de ontstaansmogelijkheden van het conflict. 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. De tweede component heeft uitsluitend betrekking op de eerste situatie. 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 zogenoemde multistep-clausule in het contract op te nemen (een clausule waarin achtereenvolgens onderhandeling, vervolgens gefaciliteerde onderhandeling en ten slotte, zo nog nodig, arbitrage of gerechtelijke procedure), waardoor partijen bij de aanvang al de mogelijkheid inbouwen van een niet-juridische oplossingsrichting. Zowel Van Beukering als Schonewille gaat in op zo'n clausule en geeft voorbeelden.

De derde component behelst de 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 dan wel, als het conflict zich al heeft ontwikkeld, het ontstaan van het geschil worden voorkomen of dit zodanig worden gemodelleerd dat de oplossingskansen het grootst is. Zowel een zakelijke als een juridische analyse zijn daarbij van belang. Van Beukering en Schonewille bieden ook op dit punt behartenswaardige lessen. Ik wijs hierbij met name 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 haar boek geeft Van Beukering voor het traject van zakelijke contracten een interessante beschouwing over de ontwikkelingen op het gebied van het (internationale) contractenrecht, dat mede geïnstigeerd door de toenemende globalisering en complexiteit van de samenleving, de partijautonomie beperkt en streeft naar evenredigheid niet alleen in de oplossing zelf maar ook in de weg die daarheen leidt. Zo wijst zij op het arrest Multi Vastgoed/Nethou uit 2001,¹¹ waarin de Hoge Raad bereid bleek tot een ruimhartiger toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Dit leidde tot een beperking van het recht van de schuldeiser op nakoming van het contract. De schuldeiser is, aldus de Hoge Raad, bij de keuze tussen nakoming en schadevergoeding gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid mede in verband met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. In termen van preprocesuele onderhandeling betekent dit, dat men rekening moet houden

11 HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79.

met een preferentie voor *principled bargaining* boven *positional bargaining*, om te spreken in het jargon van de Harvard-methode, die mede ten grondslag ligt aan het succes van mediation en andere vormen van niet-bindende ADR. Over deze en andere beschikbare onderhandelings technieken en de pro's en con's in elke concrete situatie biedt het boek van Schonewille nuttige informatie. Van Beuke-ring wijst in dit verband op het feit, dat de beleidsvorming aan overheidszijde in het voetspoor van de rapporten Fundamentele Herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht en ontwikkelingen in Europees verband¹² gebaseerd is op het benadrukken van de eigen verantwoordelijkheid van rechtzoekenden en geschil-behandeling op maat. Zij wijst erop dat dejuridisering, een efficiënte afwikkeling van geschillen en meer pluriformiteit bij de toegang tot het recht daarbij leidende beginselen zijn.

De vierde component, ten slotte, is een zeer gedegen voorbereiding, onder lei-ding 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, tot de mogelijkheden behoort.

Kortom, bij de keuze van de juiste oplossingsvariant is een zakelijk conflict geen bedreiging, maar een kans. De werken van beide auteurs zijn voor een verant-woorde keuze een zeer welkome en complete kennisbron.

12 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.