



## Zakelijke mediation

Veel mensen kennen mediation vanuit het echtscheidingsrecht. Maar dat het ook in zakelijke verhoudingen een goede ingang kan zijn om geschillen te beslechten is minder bekend. Toch neemt mediation ook daar een steeds grotere rol in, en niet alleen in het arbeidsrecht.

Met name als zakelijke geschillen spelen in langdurige samenwerkingsrelaties bestaan overigens sterke overeenkomsten met een echtscheiding. Er is misschien geen sprake van liefde, maar zeker wel van vertrouwen, gezamenlijke investeringen, wederkerige afhankelijkheid en een gezamenlijk toekomstperspectief. En wanneer zo'n gezamenlijk toekomstperspectief komt te vervallen, is niet zelden sprake van een 'vechtscheiding' waarin beide partijen hun teleurstelling de overhand laten nemen en waarin alleen de eigen belangen nog lijken te tellen.

Gelukkig zijn er veel uitzonderingen en eindigen samenwerkingsverbanden regelmatig in goed overleg en met ruimte voor de belangen van alle partijen. Maar daar waar de goede gesprekken dreigen te ontaarden in (onredelijke) eisen en verwijten, kan mediation een uitkomst bieden.

### **Welke zakelijke verhoudingen lenen zich voor mediation?**

In principe kan je over alle geschillen onderhandelen en is een minnelijke regeling altijd mogelijk, binnen de wettelijke kaders. Maar daar waar het gaat om eenvoudige ruzies over waarde/prijs, geleverde kwaliteit, betaling e.d. komen partijen er vaak zelf ook wel uit, al dan niet met bemiddeling van een zakenrelatie of de betrokken advocaten. En zo niet, dan kan een deskundigenoordeel of een rechterlijke uitspraak vaak doeltreffend duidelijkheid scheppen. En dan is men van elkaar af...

Ook in die geschillen kan mediation zeker uitkomst bieden, als partijen elkaar zonder hulp niet kunnen vinden. Mediaton kan in dat geval binnen zeer korte tijd een definitief resultaat opleveren, en tegen minder kosten dan een procedure.

Maar zaken die zich bij uitstek voor mediation lenen zijn:

- a) Geschillen waarbij partijen een stevig gezamenlijk verleden hebben en/of rekenen op een gezamenlijke toekomst, bijvoorbeeld:
  - o omdat partijen door de intensiteit en duur van de samenwerking een vriendschappelijke band of in ieder geval vertrouwensband hebben opgebouwd, of erger nog;
  - o omdat de samenwerking is ontstaan vanuit vriendschap of familiebanden, zodat zakelijk en privé vermengd zijn;
  - o omdat een onderlinge afhankelijkheid bestaat van elkaar, bijvoorbeeld door grote investeringen die zijn gebaseerd op continuïteit van de samenwerking;

Te denken valt aan een ruzie tussen twee vennoten die tevens broers zijn.

Of aan de opzegging van een unieke leveranciersrelatie waardoor een van de partijen zijn toegang tot de markt en daarmee zijn investeringen verliest.



- b) Geschillen waarbij een lange duur van het dispuut en de onzekerheid over de uitkomst voor partijen ondraaglijk zijn, omdat zij niet 'verder kunnen met hun leven' of omdat de uitkomst mogelijk hun hele leven op zijn kop kan zetten.

Te denken valt aan een geschil over de vraag of een onderneming wel is geëindigd, zodat beide partijen geen nieuwe activiteiten kunnen starten en de onderneming stil ligt.

Of aan een geschil over een claim die zo hoog kan uitvallen dat zij het faillissement van een van de partijen kan betekenen.

- c) Geschillen waarvoor het recht geen pasklare oplossingen te bieden heeft, zodat doeltreffend procederen niet echt mogelijk is.

Hierbij valt te denken aan patstellingen in de besluitvorming binnen een onderneming.

Of aan de wens van zakenpartners (compagnons) om uit elkaar te gaan, zonder dat zij slagen in afspraken over de vraag wie de onderneming zal voortzetten en voor welke prijs hij zijn compagnon zal uitkopen.

- d) En geschillen die helemaal niet hoeven te eindigen in een beëindiging van de relatie, maar die kunnen worden opgelost door goede nieuwe afspraken en verhoudingen.

#### **Wat houdt zakelijke mediation in?**

Bij mediation sluiten partijen een overeenkomst waarin zij aan elkaar toezeggen te zullen zoeken naar een oplossing die recht doet aan de belangen van allebei. Partijen verbinden zich tot niets anders dan 'hun best doen' om er met elkaar uit te komen zonder rechter.

Partijen starten een mediation traject altijd op basis van vrijwilligheid, en kunnen er ook op ieder moment weer mee stoppen als ze het vertrouwen in de mediation verliezen.

Bij mediation gaan partijen niet eenvoudigweg met elkaar in gesprek, maar laten zij die gesprekken begeleiden door een speciaal daarvoor opgeleide mediator. Deze mediator bewaakt het gelijke speelveld en de (wijze van) communicatie tussen de strijdende partijen. Door punten te agenderen, het gesprek richting te geven en de voortgang te bewaken, probeert de mediator te voorkomen dat partijen blijven hangen in verwijten en in het verleden. Partijen krijgen zeker de gelegenheid om hun visie te geven op het geschil, met als doel om meer onderling begrip (en erkenning) te krijgen. Maar uiteindelijk moeten partijen boven die standpunten uitstijgen en de blik gaan richten op de belangen die een (hoofd)rol spelen bij het vinden van een oplossing.

Essentieel is dat de mediator geen partij kiest voor een van beide kanten, omdat hij dan niet langer als onpartijdig procesbegeleider kan optreden. Om die reden zal de mediator dan ook geen oordeel geven over geschil. Het overtuigen van de mediator is daarom niet van belang.

Wanneer de mediator inhoudelijk deskundig is – zoals een advocaat/jurist of een technisch deskundige – kan dat uiteraard wel meerwaarde hebben in het structureren van de discussie en de oplossingen. Zo is een advocaat goed in staat om de verschillende beslispunten te overzien en in een wettelijke kader te passen, en om de bereikte oplossing voor partijen bindend vast te leggen. Juist in zakelijke mediatons wordt juridische kennis vaak als een belangrijk pluspunt ervaren.



Een geslaagde mediation eindigt in een vaststellingsovereenkomst waarin partijen – juridisch bindend – de door hen bereikte oplossing vastleggen zodat daarover geen discussie meer bestaat. Het is ook mogelijk dat partijen deeloplossingen bereiken. De resterende geschilpunten kunnen dan alsnog aan de rechter worden voorgelegd (waardoor de rechtszaak beperkt wordt van omvang, duur en kosten).

Bij een deeloplossing komt het ook vaak voor dat de restpunten worden voorgelegd aan een deskundige, die bij wijze van bindend advies zijn oordeel geeft over die punten. De gevolgen van dat deskundigenoordeel kunnen partijen dan vooraf met elkaar regelen. Te denken valt aan de afspraak dat een van beide aandeelhouders zijn aandelen verkoopt, voor een door deskundigen te bepalen prijs. Of aan de afspraak dat de correcte oplevering van een machine zal worden beoordeeld door een deskundige, waarbij die deskundige aangeeft met welke aanpassingen de machine alsnog zal moeten worden afgenomen, of welke korting op de koopprijs reëel is.

Mediation kan zonder advocaten plaatsvinden, zodat de partijen rechtstreeks met elkaar in gesprek gaan over hun bezwaren, zonder deze juridisch te vertalen en te bepleiten. Maar als partijen daar de voorkeur aan geven kan mediation ook met advocaten plaatsvinden, waarbij ook de advocaten zich actief inspannen om tot oplossingen te komen buiten de rechter om.

### **Wat zijn de voordelen van mediation?**

In de eerste plaats snelheid. Mediation vindt plaats in zelf te plannen besprekingen en kan dus binnen enkele sessies (en daarmee binnen enkele weken) zijn afgerond. Als het geschil zich daarvoor leent, kan zelfs een eendaagse mediation worden gepland, die wordt vormgegeven als een soort marathonsessie tot partijen eruit zijn.

En nadat een oplossing is bereikt en vastgelegd staat er een definitieve punt achter de discussie. Er is geen sprake meer van (dreigend) hoger beroep en cassatie of vervolgsprocedures.

Door die snelheid en het vermijden van processtukken besparen partijen proceskosten. Er hoeft geen griffierecht betaald te worden en de te besteden uren zijn beperkt tot de contacturen en eventueel enkele uren voor verslaglegging en vastlegging van de uitkomsten en afspraken. Partijen betalen meestal samen de kosten van de mediator, die werkt op basis van een uurtarief.

Doordat partijen in de onderhandelingen de uitkomsten kunnen sturen, kunnen ze deze veel meer naar eigen smaak inrichten. Partijen kunnen ook afspraken maken die een rechter op basis van de wet niet kan toewijzen, maar die soms tot veel praktischer oplossingen leiden.

En in mediation kan je nooit tegen je zin tot iets worden gedwongen of veroordeeld. De consequentie kan zijn dat de mediation niet slaagt en dat alsnog geprocedeerd moet worden, maar partijen kunnen ook proberen om om zo'n 'veto' heen te werken en een andere (creatieve) oplossing te zoeken die wel acceptabel blijkt.

En doordat partijen met elkaar om tafel zitten, en vanuit hun eenzijdige standpunten de vertaalslag maken naar oplossingen, ontstaat een zekere vorm van herstel. Vaak worden zaken uitgesproken en ontstaat (voorzichtig) enig wederzijds begrip. Maar als dat niet lukt, gaan partijen toch vaak minder negatief uit elkaar omdat ze samen het geschil hebben weten op te lossen.

In plaats van een winnaar en een verliezer, is sprake van twee partijen die elkaar zijn genaderd, en dat voelt over het algemeen beter...



### **Wat zijn de nadelen?**

Het grote voordeel van mediation voelt tegelijkertijd als nadeel... partijen moeten met elkaar om tafel! Dat kan veel vergen van mensen die recht tegenover elkaar zijn komen te staan.

Soms is een geschil zover geëscaleerd dat een gezamenlijke bijeenkomst (bijna) niet meer mogelijk lijkt. Dan kan het soms een uitkomst bieden als de mediator eerst allebei de partijen los van elkaar ontvangt voor een eerste intake (allebei even lang). Maar daarna moeten ze toch om tafel en elkaar (liefst welwillend) aanhoren. Voor de mediator ligt daar een grote rol in het bewaken van een evenwichtige communicatie en een afdoende mate van respect.

Als partijen niet tot afspraken komen, leidt het mediation traject alleen tot tijdsverlies. Daarna moet dan immers alsnog geprocedeerd worden.

Daarbij geldt overigens strikte geheimhouding: partijen mogen zich in de procedure niet beroepen op informatie die zij tijdens de mediation hebben verkregen. In de mediation-overeenkomst tekenen alle betrokkenen voor die geheimhouding, zodat in alle openheid kan worden gesproken.

De vaststellingsovereenkomst waarin de getroffen regeling wordt vastgelegd heeft niet dezelfde status als een rechterlijk vonnis. In het bijzonder biedt de vaststellingsovereenkomst geen 'executoriale titel', dat wil zeggen dat deze overeenkomst niet eenvoudigweg door de deurwaarder kan worden afgedwongen.

Als discussie ontstaat over de uitvoering van de vaststellingsovereenkomst, moeten partijen alsnog naar de rechtbank. Als sprake is van eenvoudigweg niet-nakomen van de afspraken kan de wederpartij kiezen om (1) de vaststellingsovereenkomst te ontbinden, of (2) nakoming te vorderen, waarna alsnog een vonnis wordt gewezen dat door de deurwaarder kan worden geëxecuteerd. Als de afspraken duidelijk zijn, zal de rechter zonder veel verdere discussie zo'n vordering tot nakoming van de gemaakte afspraken toewijzen. Het onderliggende geschil hoeft dan niet opnieuw te worden behandeld. Als discussie ontstaat over de inhoud van de gemaakte afspraken zal de rechter de vaststellingsovereenkomst nader moeten interpreteren en uitwerken.

Overigens kan nakoming van de vaststellingsovereenkomst wel indirect worden afgedwongen, bijvoorbeeld door in de overeenkomst een boete op te nemen op niet-nakoming. Dat voorkomt meestal dat de rechter nog nodig is. Ook kan de vaststellingsovereenkomst worden vastgelegd in een notariële akte, die wel als executoriale titel geldt.

### **Tot slot**

Zowel de wetgever als de rechterlijke macht hebben behoorlijk aandacht voor mediation. Hoewel een eerder wetsvoorstel van de heer Ard van der Steur inmiddels van tafel is, heeft de huidige minister voor Rechtsbescherming (Sander Dekker) op 11 juli jl. een brief aan de Tweede Kamer gestuurd met de titel 'Buitengerechtelijke geschilbeslechting en herstelrecht', waarin mediation een belangrijke plaats inneemt.

Verschillende rechters hebben een mediation-opleiding gevolgd en zetten mediation-technieken in om op zitting naar een regeling toe te werken. Ook stellen rechters regelmatig aan partijen voor om de procedure te schorsen en mediation te beproeven. Ook bij het project 'Kwaliteit en Innovatie' (KEI) voor de rechterlijke macht ligt veel nadruk op eigen initiatief van burgers en op het zelf oplossen van geschillen.



Er is nog een behoorlijke weg te gaan voordat mediation het uitgangspunt wordt en procederen de uitzondering. Toch kiezen steeds meer (grote en kleine) bedrijven voor mediation. Het is in ieder geval zeker het overwegen waard...

Bilthoven, 12 oktober 2018

Mr. Annette van Vught  
Advocaat en Mfn-mediator

