

Marc Simon Thomas
Marina de Kort - de Wolde
Eva Schutte
Manon Schonewille

ONDERZOEKSRAPPORT

ZAM/ACB Onderzoek naar kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation

onder advocaten, bedrijven en rechters
in Nederland



Marc Simon Thomas
Marina de Kort - de Wolde
Eva Schutte
Manon Schonewille

ONDERZOEFSRAPPORT

ZAM/ACB Onderzoek naar Kansen en Belemmeringen voor Zakelijke Mediation

onder advocaten, bedrijven en rechters in Nederland

Onderzoeksrapport

Uitgevoerd door de Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM), de Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACB) in samenwerking met het Montaigne Centrum voor Rechtspraak en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht

Vormgeving: Essencio, Harderwijk

30 november 2018

©2018, Montaigne Centrum voor Rechtspraak en Rechtspleging, auteursrechten voorbehouden



MONTAIGNE
CENTRUM
VOOR RECHTSSTAAT
EN RECHTSPLEGING

HOOFDSTUK 8

Samenvatting, conclusie en aanbevelingen

In dit laatste hoofdstuk maken we de balans op. Het doel van dit kwalitatieve, empirische onderzoek is om kennis en inzicht te verwerven in kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation, gezien vanuit het perspectief van cliënten van zakelijke mediation (bedrijven) en van verwijzers (advocaten en rechters), allen *met* ervaring met zakelijke mediation.⁴⁷ De hoofdvraag die daartoe wordt beantwoord is: wat zijn op basis van de praktijkervaringen van de drie doelgroepen de behoeften aan en de mogelijkheden voor zakelijke mediation in Nederland? Hieronder volgt een opsomming van de belangrijkste conclusies die uit het onderzoek kunnen worden getrokken, aangevuld met aanbevelingen en leerpunten die mede vanuit de praktijk zijn opgekomen.

1. Kwaliteiten van de zakelijk mediator

Doelgroepen geven aan voorkeur te hebben voor een gespecialiseerde en ervaren mediator:

- Zowel advocaten als bedrijven vinden ervaring als zakelijk mediator zeer belangrijk.
- Advocaten, maar zeker bedrijven vinden ervaring in het bedrijfsleven bij een mediator belangrijk.
- Zowel advocaten als bedrijven geven de voorkeur aan een mediator met juridische kennis, rechters vinden dat ook belangrijk.
- Advocaten en bedrijven vinden het belangrijk als een mediator is aangesloten bij een mediatorsverband, zoals de MfN of het IMI en dat de mediator deel uit maakt van een mediationkantoor of samenwerkingsverband van mediators. Het eerste vinden rechters wel belangrijk, het tweede minder.

Aanbevelingen en leerpunten:

In zakelijke mediation is een zakelijke uitstraling nodig en een bedrijfsmatige aanpak. Niet voor niets geven veel advocaten en bedrijven aan dat zij de voorkeur geven aan een mediator die is aangesloten bij een kantoor of samenwerkingsverband. Een positionering als gespecialiseerde, ervaren en beroepsmatig werkende mediator is een pré.

⁴⁷ Het merendeel van de geënquêteerde advocaten heeft meer dan tien jaar werkervaring, houdt kantoor in de Randstad en heeft ruime ervaring met zakelijke mediation. De bedrijven die aan het onderzoek meewerkten behoren vooral tot het klein- en grootbedrijf, waarbij ook het merendeel uit de Randstad komt. Een ruime meerderheid van de bedrijven geeft aan 1-5 keer met zakelijke mediation te maken te hebben gehad. De rechters in dit onderzoek betreffen ervaren rechters, ook vaak werkzaam in de Randstad en met ervaring met verwijzing naar zakelijke mediation, twee derde tussen de 1-5 keer.

Veel advocaten en bedrijven willen een mediator met voldoende kennis van het recht en zij stellen het op prijs (zie werkwijze zakelijke mediator hieronder) dat er ruimte is om de juridische aspecten aan de orde te stellen. Het kan daarom goed zijn om te vermelden indien een zakelijke mediator een juridische achtergrond of kennis van de materie heeft, dan wel goed samenwerkt met advocaten en andere juristen. Dit is in overeenstemming met wat we weten uit internationaal onderzoek over wensen van de gebruikers van zakelijke mediation.

2. Werkwijze van de zakelijk mediator

Advocaten en bedrijven, de gebruikers van zakelijke mediation, tonen zich een voorstander van een pro-actieve en 'sturende' mediator; een mediator die stevig de regie in handen neemt, zich zonodig tegenover partijen uitlaat over kansen en risico's, of met een *mediator proposal* komt om de vooruitgang te bespoedigen.

- Advocaten en bedrijven vinden het niet ingewikkeld om een goede mediator te vinden.
- Advocaten en bedrijven geven er de voorkeur aan dat zakelijke mediation start met individuele intakegesprekken.
- Een ruime meerderheid van de advocaten en een meerderheid van bedrijven wil voorafgaand aan zakelijke mediation eerst de juridische sterktes en zwaktes in kaart gebracht zien.
- Zowel advocaten als bedrijven zien graag dat een mediator stevig de regie neemt over het proces (de gang van zaken).
- Een meerderheid van de advocaten en bedrijven toont zich voorstander van een 'sturende' mediator, een mediator die zich uitlaat over de kansen en risico's van een zaak. Rechters blijken hier geen voorstander van.
- De helft van de advocaten is voorstander van een mediator die pendelt, bedrijven blijken hier een minder groot voorstander van.
- Zowel een meerderheid bij de advocaten als bij de bedrijven vindt dat er ruimte moet zijn om juridische aspecten tijdens zakelijke mediation uitvoerig aan de orde te stellen.
- Onder advocaten is een meerderheid voorstander van een *mediator proposal* als er te weinig vooruitgang zit in de onderhandelingen; bij bedrijven is zelfs een grote meerderheid daar voorstander van.
- Alle drie de doelgroepen zien als een van de allerbelangrijkste taken van de mediator om het gesprek tussen partijen in goede banen te leiden en de emoties van partijen te adresseren.

Aanbevelingen en leerpunten:

Het mediaten van zakelijke geschillen tussen bedrijven vraagt om mediators met zowel specifieke mediationvaardigheden, als ook met voldoende kennis van de zakelijke en juridische materie. Ook om een gelijkwaardige gesprekspartner te zijn voor zakelijke gebruikers zoals managers en bedrijfsjuristen, en voor advocaten.

Het aanbieden van de mogelijkheid tot een individueel intakegesprek lijkt een aantrekkelijk voorstel te zijn voor gebruikers. Daarnaast is van belang dat een zakelijke mediator open staat voor specifieke wensen van betrokkenen in een individueel geval. Bijvoorbeeld op het punt van het geven van een inschatting van de kansen en risico's door de mediator, het aanbieden van een *mediator proposal* of het geven van een bindend advies. Wellicht dat de mediationopleidingen nog wat meer kunnen inspelen op het inzetten van sturende instrumenten. Het ligt vervolgens voor de hand om de huidige gedragsregels voor mediators – specifiek die voor zakelijke mediators – nog eens tegen het licht te houden en te kijken of deze voldoende ruimte bieden voor de wensen van de gebruikers.

Bij al die zakelijkheid, moeten mediators niet vergeten om ook te blijven reflecteren op de emoties en de achterliggende problemen en belangen. Niet voor niets geven advocaten, bedrijven en rechters aan dat een van de allerbelangrijkste taken van de mediator is om het gesprek tussen partijen in goede banen te leiden en de emoties van partijen te adresseren.

3. Rol van advocaten bij zakelijke mediation

- Advocaten, bedrijven en rechters zijn het met elkaar eens dat een advocaat de mogelijkheid van mediation moet onderzoeken en met zijn of haar cliënt moet bespreken.
- Bedrijven vinden het belangrijk dat advocaten bekend zijn met mediationvaardigheden.
- De helft van de bedrijven geeft er de voorkeur aan dat de advocaat niet aanwezig is bij de mediation.
- Het advies van een advocaat om voor mediation te kiezen blijkt voor bedrijven niet van doorslaggevende betekenis.

Aanbevelingen en leerpunten:

Bedrijven willen graag een advocaat die bekend is met mediationvaardigheden. De helft van de bedrijven geeft echter tegelijkertijd aan dat zij liever geen advocaten aanwezig hebben aan de mediationtafel. Dat zou te maken kunnen hebben met een gebrek aan mediationvaardigheden bij de betrokken advocaten. In het eerder aangehaalde IMI onderzoek van 2013 gaven bedrijven aan dat in hun ervaring externe advocaten vaak een belemmering vormen voor het mediationproces. Het goed opleiden van advocaten in mediationvaardigheden kan een belangrijke sleutel zijn tot de professionalisering en de stimulering van het gebruik van mediation.

4. Mediation in combinatie met andere vormen van geschilbeslechting

- Mediation in combinatie met andere vormen van geschilbeslechting wordt over het algemeen als positief gezien. Over welke combinatie het beste is verschillen advocaten, bedrijven en rechters van mening.
- Zowel advocaten als bedrijven geven aan dat alleen rechtspraak of arbitrage voor hen niet de meest effectieve vorm van geschilbeslechting is, maar dat de voorkeur uitgaat naar mediation of mediation in combinatie met rechtspraak of arbitrage.
- Ook rechters zijn er niet van overtuigd dat een rechtszaak partijen altijd verder helpt.
- Wanneer expliciet gevraagd wordt naar de combinatie mediation en arbitrage (Med-Arb) dan blijken zowel advocaten, bedrijven als rechters hier neutraal tegenover te staan.
- Mediation in combinatie met bindend advies (het bespreekbaar zijn van een bindend advies door de mediator om zo het geschil uit de wereld te helpen, nadat de mediation daar zelf niet in is geslaagd) wordt positief beoordeeld door bedrijven. Advocaten en rechters zijn hier minder enthousiast over.
- Rechters zien de combinatie van mediation en rechtspraak als een mogelijkheid om de maatschappelijke effectiviteit van de rechtspraak te vergroten.

Aanbevelingen en leerpunten:

Een combinatie van een rechtsgang en mediation wordt vaak genoemd als aantrekkelijke optie. Onderzocht zou moeten worden hoe hieraan in de praktijk het best invulling kan worden gegeven.

5. Belangrijkste redenen voor/tegen zakelijke mediation

De belangrijkste redenen om voor mediation te kiezen zijn snelheid en de mogelijkheid tot behoud of verbetering van de relatie met de wederpartij. De veronderstelde lagere kosten spelen wel een rol, maar veel minder dan de andere redenen om voor mediation te kiezen. De belangrijkste redenen om *niet* voor mediation te kiezen zijn niet eenduidig, en verschillen tussen advocaten, bedrijven en rechters.

- De belangrijkste redenen voor advocaten om mediation te adviseren zijn snelheid en behoud/verbetering van de relatie. Anders dan uit de literatuur volgt, blijken lagere kosten minder van belang.
- De belangrijkste redenen voor bedrijven om voor mediation te kiezen zijn ook snelheid en behoud/verbetering van de relatie. De lagere kosten spelen zijn ook voor bedrijven minder van belang.
- De belangrijkste redenen voor rechters om naar mediation te verwijzen zijn behoud/verbetering van de relatie en het besef dat in een zaak vaak meer factoren een rol spelen dan alleen juridische.
- De belangrijkste redenen voor advocaten om geen mediation te adviseren zijn 'weerstand bij de cliënt' en 'meer druk kunnen zetten via een rechtsgang'. De overall conclusie lijkt evenwel dat de advocaten moeite hebben om algemene redenen te noemen om geen mediation te adviseren. Dat mediation ten koste zou gaan van de eigen portemonnee speelt volgens de advocaten in dit onderzoek geen rol.
- De belangrijkste reden voor bedrijven om niet voor mediation te kiezen is de druk die men kan zetten op de wederpartij in geval van een juridische procedure.
- De belangrijkste reden voor rechters om niet te verwijzen naar mediation is de weerstand bij partijen.

Aanbevelingen en leerpunten:

Zowel advocaten als bedrijven hebben geen moeite om redenen te noemen die ervoor pleiten om mediation in te zetten. Veel moeilijker heeft men het om redenen te noemen om geen mediation in te zetten. Van groot belang is in ieder geval dat de snelheid van mediation die door advocaten en bedrijven zo belangrijk wordt geacht, wordt bewaakt. Er moeten op korte termijn afspraken met partijen worden gemaakt die elkaar in snel tempo opvolgen en een mediation moet in een paar sessies achter de rug zijn.

De vraag die opkomt is waarom de veronderstelde lagere kosten geen doorslaggevende rol spelen in de keuze voor mediation. Er is nader onderzoek nodig om na te gaan of de onderzochte bedrijven wellicht van zodanige omvang zijn dat de kosten niet zo'n rol spelen, of de praktijkervaring van deze groep ervaren gebruikers is dat mediation ook (behoorlijke) kosten met zich kan meebrengen, of dat andere overwegingen een rol spelen zoals dat er bij een mislukte mediation naast de kosten voor de mediation additioneel de kosten voor een rechtsgang gedragen moeten worden.

6. Overig

Op basis van een aantal overige vragen en stellingen die we aan advocaten, bedrijven en rechters hebben voorgelegd vallen de volgende punten op.

- Mediation kan ook nuttig zijn wanneer er geen sprake is van een duurzame relatie tussen partijen, aldus advocaten en bedrijven.
- Mediation kan ook nuttig zijn wanneer de zaak al sterk is geëscaleerd, zo geven advocaten, bedrijven en rechters aan. Dit ontkracht het beeld dat een sterke mate van escalatie tegen mediation pleit.
- Advocaten en rechters geven aan dat mediation ook nuttig kan zijn wanneer een zaak in rechte aangehangig is gemaakt.
- Advocaten en bedrijven geven aan dat zij een mediator wel in staat zien om een conflict op te lossen

ook al is het hen zelf niet gelukt om een regeling met de wederpartij te treffen.

- Bedrijven geven aan altijd eerst zelf te willen onderhandelen, maar onderzoeken daarna wel de optie van mediation, voordat men met een conflict naar de rechter of een arbiter stapt.
- Zelfs wanneer rechters zelf beschikken over mediationvaardigheden, dan nog zien zij een toegevoegde waarde in mediation, bijvoorbeeld omdat een mediator soms kan voorzien in een deel niet-juridische deskundigheid die bij de rechter ontbreekt.
- Advocaten, bedrijven en rechters vinden wanneer sprake is van een mediationclausule, het wenselijk dat eerst mediation wordt geprobeerd voordat de rechter wordt aangezocht.
- Advocaten geven aan dat het voor hen vaak niet zo'n groot probleem is om de eigen cliënt of de wederpartij van mediation te overtuigen. Bedrijven hebben ook niet zoveel problemen om de wederpartij richting mediation te krijgen. Rechters geven aan dat weerstand bij partijen voor hen de belangrijkste reden is niet naar mediation te verwijzen.
- Zowel bij advocaten, bedrijven en rechters blijkt: bekend maakt bemind. Als men eenmaal ervaring heeft met mediation is men vaker bereid dit middel in te zetten.

Aanbevelingen en leerpunten:

Geconcludeerd kan worden dat advocaten, bedrijven en rechters met ervaring met zakelijke mediation positief over deze vorm van conflictoplossing oordelen. De behoefte van advocaten en bedrijven bestaat aan een professionele, 'sturende' mediator, met bij voorkeur ervaring in het bedrijfsleven en in ieder geval ervaring met en gespecialiseerd in zakelijke mediations, alsmede met voldoende juridische kennis. Alle doelgroepen zien de toegevoegde waarde van het inschakelen van een mediator, vooral (maar niet uitsluitend) om het gesprek tussen partijen in goede banen te leiden en de emoties van partijen te adresseren. Mediation kan ook bij ernstige escalatie van het conflict een goede optie zijn. Alle doelgroepen zijn die mening toegedaan. De grootste pluspunten van mediation zijn de snelheid en de mogelijkheid tot behoud of verbetering van de relatie. De kans van slagen van mediation is groot. Zowel advocaten als bedrijven rapporteren een slagingspercentage in de orde van grootte van 75%.

Op grond hiervan zou men verwachten dat zakelijke mediation een sterke groei doormaakt. De vraag – ook na dit onderzoek – blijft dan ook waarom het tot nu toe niet gelukt is om een doorbraak te bereiken zodat zakelijke mediation een volwaardig, vanzelfsprekend en vaak gebruikt onderdeel van het gebruikelijke (juridische) systeem van geschiloplossing wordt. Er wordt wel geopperd dat een reden hiervoor is dat mediation voor advocaten vaak financieel minder gunstig uitpakt dan het voeren van een procedure. In dit onderzoek kwam overigens niet tot uiting dat financiële overwegingen voor advocaten een grote rol spelen. In andere onderzoeken – zoals het ACB onderzoek uit 2004 – kwam dit wel naar voren. Ook valt op dat meer dan de helft van de bedrijven aangeeft dat zij sommige zaken liever willen uit procederen omdat zij willen laten vaststellen dat zij het gelijk aan hun kant hebben. De vraag is of partijen altijd een juist beeld hebben of krijgen van hun gelijk en wat het betekent om dat te halen.

Het zou daarom heel goed kunnen zijn dat voor een daadwerkelijke doorbraak van zakelijke mediation in Nederland een externe impuls nodig is, bijvoorbeeld in de vorm van wetgeving, of het ontmoedigen van gerechtelijke procedures. Dit is ook de ervaring in andere landen waar mediation als de gebruikelijke eerste stap voor het oplossen van geschillen gepositioneerd is, een zogenaamd opt-out systeem (waarbij partijen actief actie moeten ondernemen indien zij geen mediation willen doen) in plaats van het *opt-in* systeem dat nu in Nederland geldt (waarbij partijen actief actie moeten ondernemen indien zij mediation willen initiëren). Zakelijke mediators doen er hoe dan ook goed aan om steeds zoveel mogelijk te beantwoorden aan de wensen en de behoeften uit de praktijk; van bedrijven, advocaten, rechters en eventuele andere verwijzers. Ook de mediationopleidingen zouden beter kunnen inspelen op de bestaande behoeften vanuit de zakelijke markt. Het onderhavige rapport biedt hiervoor belangrijke aanknopingspunten.

Bronnen

Geraadpleegde bronnen:

- Barendrecht, J.M. en Baarsma, B.E. (2012), "Mediation 2.0". *Nederlands Juristenblad* 32: 2239-2243.
- Brenninkmeijer, A., Bonenkamp D., van Oyen, K. en Prein, H. (2017), *Handboek Mediation*. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Combrink, L., Klijn, A., Pel, M. en Verberk, S. (2009), *Op maat beslecht. Mediation naast rechtspraak 1999-2009*. Den Haag: Raad voor de Rechtspraak.
- De Jongh, Joris en Smit, Wouter (2017), "Nederlanders & Mediation, een kwantitatief onderzoek onder Nederlanders in opdracht van de Nederlandse Mediatorsverenigingen de Mediatorsfederatie Nederland". Ruigrok NetPanel, Amsterdam.
- De Roo, Annie, (2007), "10 jaar TMD: van mediation naar conflictmanagement?" *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*, 11 (1), pp. 3-6.
- Demeyere, Luc, (2011), "Commerciële conflicten managen – enkele schema's". *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 15 (2), pp. 30-44.
- Doeleman, H.F. (2016), "Zakelijke mediation, perikelen". *Ondernemingsrecht* 2016/6, pp. 28-35.
- Drooglever Fortuyn, S. (2014), "Kiezen, kiezen en nog eens kiezen". *Advocatenblad* juli:18-22.
- Hazenberg, S., Schoenmakers, I. en Verkennis, J.P. (2014), *Jaarverslag 2014*. Het Juridisch Loket.
- IMI (2013), "IMI International Corporate Users ADR Survey January-March 2013". https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_23457.pdf.
- Ingelse, P. (2014), "De rechter en de mediator". *Nederlands Juristenblad* 40: 2856-2863.
- Kocken, J. (2011), "Is 'mediation' een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van conflicten?" in Hertogh, H. en Weijers, H. (eds.), *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, pp. 225-251.
- Lack, Jeremy, (2011), "Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties" in Ingen-Housz, Arnold, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures - Volume II*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 339-379.
- Leathes, Michael, Bulder, Bob, Schonewille, Manon en Kervers, Willem (2006), "Einstein's lessons in mediation", July/August 2006.
- Lipsky, David and Seeber, Ronald (1998), *The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations*. Ithaca, NY: Institute on Conflict Resolution.
- Reuling, Saskia en Schutte, Eva (2012), "Reactie op 'Mediation 2.0'". *Nederlands Juristenblad* 41: 2905.
- Schonewille, Manon (2004), "Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen", Den Haag: ACBMediation.
- Schonewille, Manon (2007), "Mediation en conflictmanagement in de praktijk Troubleshooting in bedrijfsrelaties. Trends in de ontwikkeling van conflictmanagement in het bedrijfsleven".

Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement, 11 (1), pp. 54-63.

- Schonewille, Manon (2014), "Business mediation onderzocht", *Tijdschrift Conflicthantering*, 2.
- Schonewille, Manon (2017), "Wat willen bedrijven nou echt?" *Global Pound Conferences*.
- Schonewille, Manon (2018), *Toolkit Mediation. Resultaat bereiken als mediator, manager, mediation advocate en onderhandelaar*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Schonewille, Manon and Fox, Kenneth (2011), "Moving beyond 'just' a deal, a bad deal or no deal" in Ingen-Housz, Arnold, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures - Volume II*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Smeehuizen, Lodewijk (2016), "Hoe denken Zuidas-advocaten over mediation?". *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 20 (2), pp. 31-51.
- Soerjatin, Ellen (2011), "Mediation in OK zaken, een kwestie van pellen". *de commissaris*, pp. 11-15.
- Sprangers, Huub (2012), "Mediation, markt en beroep".
- Van Zelst, Bas (2018), "De toelaatbaarheid van Med-Arb naar Nederlands recht. Over het niemandsland tussen mediation en arbitrage". *Nederlands Juristenblad*, 9, pp. 604-602.
- Vogels, R.J.M. (2011), "De stand van Mediation in Nederland". *Stratus*.
- Wakkie, P.N. (2012), "Een proces op maat", in: Frenk, N., Nihot, P.K. en Wakkie, P.N., *Proces op maat*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Geraadpleegde websites:

- Global Pound Conference Series
<https://www.globalpound.org/download/397/gpc-series-final-report/9775/gpc-series-global-data-trends-and-regional-differences.pdf>
- IMI International Corporate Users ADR Survey
https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_23457.pdf
- Mediation naast Rechtspraak
<https://www.rechtspraak.nl/Uw-Situatie/Onderwerpen/mediation-naast-rechtspraak>
<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2011/09/19/mediation-naast-rechtspraak>
- Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging
<https://www.uu.nl/onderzoek/montaigne-centrum-voor-rechtsstaat-en-rechtspleging>
- Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACB)
<http://www.mediationbedrijfsleven.nl/>
- Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM)
<http://www.vereniging-zam.nl/>

