

# Grensoverschrijdende mediation: hetzelfde, maar dan wel anders ...

## Ondernemingsrecht 2016/11

### 1. Inleiding

Anders dan u wellicht denkt, behelst een grensoverschrijdende mediation meer dan 'gewoon mediation, maar dan in het Engels'. Mediation is voor bedrijven die internationaal zaken doen een goede optie om juridische en zakelijke risico's te beperken en het is belangrijk om daarbij goed beslagen ten ijs te komen. Uitdagingen in cross-border mediation kunnen zitten in verschillende verwachtingen die partijen hebben over wat een mediation inhoudt, wie daaraan deel moeten nemen, in welk land de mediation gaat plaatsvinden, wat de voertaal is en welk recht van toepassing is op de mediationprocedure. Als dergelijke punten niet vooraf worden geïdentificeerd kan de mediationprocedure zelf aanleiding zijn tot het ontstaan van een nieuw geschilpunt met alle gevolgen van dien.

In onderstaande bijdrage krijgt u aan de hand van een casus<sup>2</sup> over een internationaal contractenrechtelijk geschil een overzicht van de mogelijke valkuilen en vooral tips waar u bij een grensoverschrijdende mediation op moet letten.

### 2. De casus

Stelt u zich de volgende situatie eens voor. Het Nederlandse bedrijf Genes heeft het Oostenrijkse i-Tech opdracht gegeven om een cloudserver te installeren. De kosten bedragen € 1.500.000,- waarvan 60% betaald is. Genes heeft de hardware gekocht van het Italiaanse Compultalia, omdat dit € 50.000,- goedkoper was dan het aanbod van i-Tech. Het systeem werkt niet. Volgens i-Tech ligt dat aan de hardware, Genes beweert dat het niet de hardware is, maar dat het aan de software of de wijze van installeren van i-Tech ligt. De twee grootste klanten van Genes dreigen nu hun orders te annuleren. I-Tech eist volledige betaling, Genes wil de aanbesteding terug, een werkend systeem en dat alle door Genes geleden en te lijden schade door i-Tech vergoed wordt. De onderhandelingen zijn vastgelopen en i-Tech stelt mediation voor.

### 3. Initiëren van de mediation

I-Tech stelt een team van co-mediators voor, bestaande uit een Oostenrijkse IT-consultant, Heidi Klein, en een Nederlandse jurist-mediator, Piet de Vries. Genes vindt dit onnodig gecompliceerd en krijgt het gevoel dat i-Tech baat heeft bij vertraging. Om snel verder te komen, stellen zij als compromis voor een bekende Britse barrister, John Smithon te benoemen waarmee hun advocaat goede ervaringen heeft opgedaan. I-Tech wil ook Compultalia bij de mediation betrekken. Deze is bereid deel te

nemen en maximaal € 3.800,- bij te dragen in de mediationkosten. I-Tech vindt dit 'typisch Italiaans gepingel', maar stemt hiermee in, evenals Genes. Alle betrokkenen gaan akkoord met de benoeming van Smithon als mediator.

Smithon verzoekt de partijen om binnen twee weken een zogenoemd *position paper* te sturen en prikt een datum voor 'the mediation day' in zijn kantoor te Londen. Genes weet dat in Nederland in sommige gevallen met een pre-mediation briefing wordt gewerkt, maar heeft geen idee wat een position paper is. De mediator legt in een e-mail aan alle betrokkenen uit dat dit een document is waarin elke partij in vijf tot tien pagina's de eigen standpunten uiteenzet en hoe zij de positie van de wederpartij ziet. Deze documenten worden vooraf tussen de partijen uitgewisseld. Hij verzoekt partijen om op eventuele andere documenten duidelijk aan te geven of dit vertrouwelijke informatie voor de mediator is, of bedoeld voor alle betrokkenen.

### 4. Aandachtspunten en dilemma's

*Wat zijn voor u als juridisch adviseur of bedrijfsjurist van Genes mogelijke aandachtspunten? Probeert i-Tech te vertragen of zaken onnodig te compliceren?* Wellicht roept de houding van i-Tech op dit punt minder twijfel op als u weet dat in Oostenrijk een man-vrouw co-mediation team *good mediation practice* is, liefst met een jurist en een niet-jurist. Voor sommige zaken is dit zelfs wettelijk voorgeschreven. Daarnaast ligt de focus in Oostenrijk niet op het zo snel mogelijk vinden van een oplossing, maar op het naar alle regelen der kunst uitvoeren van een mediation. *Zijn de Italianen mogelijk te kwader trouw omdat ze een cap op de mediationkosten zetten?* In de Italiaanse wet zijn maximumbedragen vastgelegd en voor een geschil met een financieel belang tussen € 500.001,- en € 2.500.000,- is dat maximum € 3.800,- per partij, ongeacht het aantal bijeenkomsten of bestede uren. Vanuit Italiaans perspectief is het een redelijk aanbod om volledig bij te dragen.

*Deze excursie in mediationwetgeving roept wellicht ook de vraag op welk recht van toepassing is op deze mediation.* In een cross-border mediation zijn bijna altijd verschillende rechtsstelsels van toepassing. Het recht dat de bestaande rechtsverhouding tussen partijen regelt en het recht dat op de toekomstige rechtsverhouding van toepassing zal zijn. De vraag naar toepasselijk recht kan onderdeel van het geschil zijn en het toepasselijk recht op de te maken afspraken dient eenduidig tijdens de mediation besproken en in de vaststellingsovereenkomst vastgelegd te worden. Daarnaast is er het recht dat van toepassing is op de mediationprocedure zelf, het recht dus dat de rechtsverhouding tussen de partijen en de mediator onderling beheerst. Deze rechtskeuze dient voor aanvang van de mediation gemaakt te worden en in de mediation-overeenkomst vastgelegd te worden. In de praktijk ligt het voor de hand het recht van het land van de mediator te kiezen en de mediator stelt dit soms ook als voorwaarde i.v.m. verzekerings-technische aspecten. Desalniettemin is dit geen wet van meden

<sup>1</sup> Manon Schonewille is legal business mediator te Amsterdam en Rotterdam.

<sup>2</sup> Dit is een fictieve casus, een eventuele gelijkenis met bestaande bedrijven of personen berust op toeval.

en perzen en kan 'mediation forum shopping' verstandig zijn. Bijvoorbeeld om mediationrecht met ongunstige regelingen te vermijden, of omdat u voor een faciliterende wetgeving wilt kiezen zoals de Nederlandse mediationwetgeving die in de maak is. Zonder uitdrukkelijke rechtskeuze, gelden de gewone IPR-regels, met alle mogelijke vraagstukken en complicaties van dien.

*Daarnaast is het van belang wat u in de position paper opneemt. Beschrijft u bijvoorbeeld alleen standpunten en juridische argumenten of juist ook belangen? Wilt u nog andere documenten aan de mediator sturen? Welke informatie mag met de andere partijen gedeeld worden? Of wilt u juist vooraf helemaal geen documenten uitwisselen? Hoe ziet de wederpartij dit? In welk land en wanneer gaat de eerste bijeenkomst plaatsvinden en hoe lang gaat deze duren? Wie zal namens uw kant deelnemen aan de mediation en welke vertegenwoordigers van de wederpartij zijn volgens u cruciaal om aanwezig te zijn? Wat is de voertaal tijdens de mediation?*

Uiteraard zijn dit allemaal aspecten die een goede mediator ter sprake brengt en van tevoren regelt, maar het is goed om dit als partijvertegenwoordiger eveneens in het oog te houden. Het is immers uw proces en u bepaalt samen met de wederpartij hoe de mediation vormgegeven wordt.

## 5. Tijdens de mediation

Partijen hebben voor het beantwoorden van de technische vraag elk een onafhankelijk rapport laten opstellen. Deze rapporten blijken elkaar tegen te spreken. Tijdens de mediation kan ook gezamenlijk één deskundige ingeschakeld worden om duidelijkheid te verschaffen op dit punt. Qua inhoudelijke problematiek lijkt deze zaak zeer geschikt voor mediation. Belangen zijn o.a. een snelle oplossing, voorkomen dat de klanten van Genes afhaken (met alle financiële- en reputatieschade van dien), het behoud van de goede naam van i-Tech, het voorkomen van een procedure tegen Compultalia, kostenbesparing, het voorkomen van een faillissement, etc. In elk geval is er het gezamenlijke belang dat iedereen weer aan het werk wil in plaats van met juridische schermutelingen bezig te zijn. Vanuit een zakelijk perspectief liggen er verschillende aantrekkelijke oplossingen voor de hand.

Direct bij de start van de mediationbijeenkomst is Compultalia verbaasd dat Genes alleen door haar directeur vertegenwoordigd is en dat i-Tech haar bedrijfsjurist, de directeur en de projectleider meegenomen heeft. Zij eist dat beiden – net als zijzelf – een externe advocaat laten deelnemen aan de mediation. Na enig gediscussieer wordt duidelijk dat het Engelse recht, dat op deze mediation van toepassing is verklaard, geen verplichte bijstand door een externe advocaat in een mediation voorschrijft. Dit in tegenstelling tot de Italiaanse mediationwetgeving. Ook blijkt dat Compultalia verwacht had dat deze eerste bijeenkomst bedoeld was voor voorlichting over de mediationprocedure, zoals dat in Italië gebruikelijk en wettelijk geregeld is. Omdat zij ervaring met mediation heeft, vindt ze het prima om door te gaan. De mediator verzoekt vervolgens alle partijen om in een opening statement te reageren op het *position paper* van de andere partijen. Hij geeft aan tevens alle andere documenten gelezen te heb-

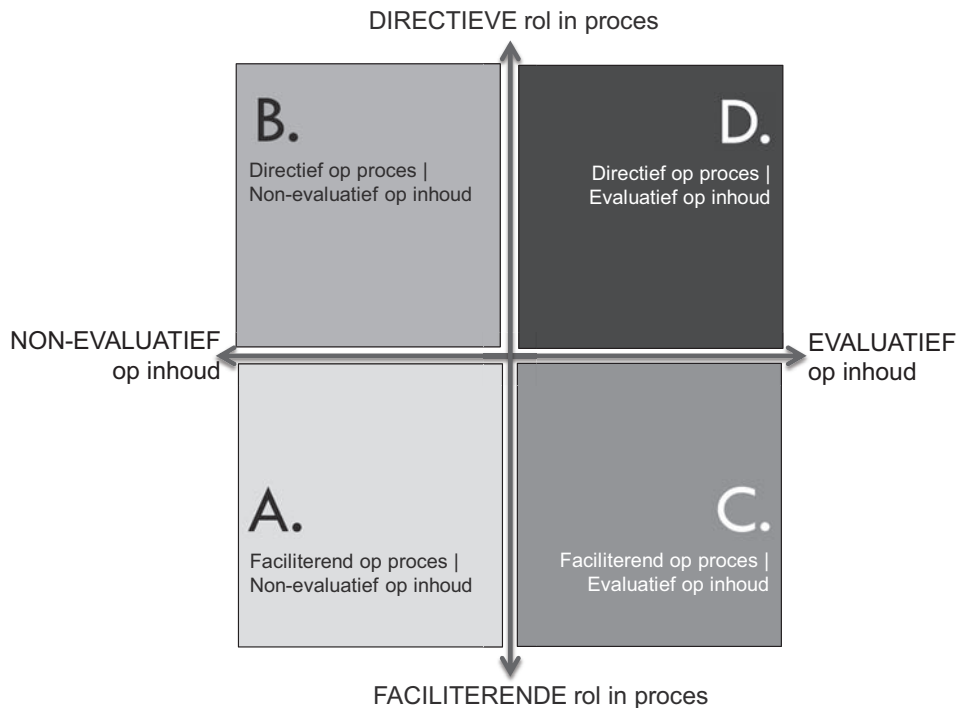
ben. Genes wordt als 'plaintiff' verzocht te beginnen. I-Tech zegt daarop dat partijen in gezamenlijk overleg dienen te bepalen wie als eerste het woord voert. Het lag volgens haar voor de hand dat zij zou beginnen, zij had immers het initiatief tot mediation genomen. Daarnaast vraagt zij zich af wat die andere documenten zijn. Zij heeft alleen de gevraagde position paper gestuurd. Compultalia geeft aan niet te willen beginnen. Genes wil – met het argument dat zij i-Tech al tegemoet gekomen zijn door met mediation in te stemmen – als eerste het woord voeren. De mediator geeft daarop Genes het woord en zegt dat i-Tech aansluitend dezelfde gelegenheid krijgt. Genes legt uit waarom ze destijds met i-Tech in zee is gegaan, welke verwachtingen ze had, wat er volgens haar allemaal mis is gegaan in de communicatie, dat ze zich belazerd voelt en dat het water haar aan de lippen staat met de klanten die dreigen op te stappen. De mediator onderbreekt en vraagt Genes om zich vooralsnog te beperken tot een reactie op de position papers. Genes raakt in verwarring, want zij is van mening dat het in mediations nu juist de bedoeling is om het eigen perspectief toe te lichten en juist niet te reageren op standpunten. In haar opening statement doet i-Tech vervolgens precies zoals gevraagd en reageert gedetailleerd op de position papers van Genes en Compultalia door de inhoud punt voor punt te weerleggen. Compultalia zegt dat haar hardware uitstekend werkt, dat ze veel grote internationale klanten bedient en nog nooit enig probleem heeft ondervonden. Het probleem moet dus door i-Tech veroorzaakt zijn en zij moet het ook maar oplossen.

De mediator zegt daarop dat het tijd is om in aparte gesprekken (caucus) met elk van de partijen verder te gaan. I-Tech vraagt aan de mediator of ze eerst een agenda van te bespreken punten kunnen maken op basis van de issues die zij als bijlage 3 bij haar position paper toegevoegd heeft. Inmiddels heeft zij alle vertrouwen in het proces verloren. Mede omdat zij de indruk krijgt dat de mediator (die door Genes voorgesteld was) niet neutraal en onafhankelijk is en in elk geval 'keine Ahnung' heeft van mediation. Compultalia heeft soortgelijke gedachten (alleen vindt zij het niet erg, omdat het in haar voordeel lijkt te werken). Genes wil eerst nog reageren op een aantal punten die i-Tech ter sprake bracht en die zij wil rechtzetten. Bovendien kwam informatie aan de orde over een nieuwe technologie waarover zij meer wil weten.

Op aandringen van de mediator gaan de betrokkenen toch akkoord met de aparte gesprekken. De mediator start met i-Tech. Tijdens de daaropvolgende caucus met Genes komt de mediator al snel met een financieel aanbod namens i-Tech: onder de voorwaarde dat Genes zijn schadevergoedingsclaim met 50% verlaagt, is i-Tech bereid om nog maar 75% van het openstaande bedrag te claimen. Genes vindt dit prematuur en nodeloos ingewikkeld en wil meer weten over de nieuwe technologie waar i-Tech het over had. De mediator dringt aan op een antwoord dat hij aan i-Tech kan geven en past *reality testing* toe: indien Genes geen signaal aan i-Tech geeft dat zij bereid is om te bewegen, breekt i-Tech mogelijk de mediation af met als gevolg een lange, dure internationale procedure waarvan de afloop ongewis is.

Compultalia wacht ondertussen rustig af in de geruststellende wetenschap dat de problemen met gebruik van de recente technologische ontwikkeling waar i-Tech aan refereerde,

## Mediation proces: 4 types



snel, maar alleen door beide bedrijven samen opgelost kunnen worden. Dat betekent meerwerk en dus extra omzet. Mochten partijen er niet uitkomen, dan zal de mediator een voorstel doen waarmee de zaak afgehandeld wordt. Als de mediator echter halverwege de middag een voorstel doet, omdat de zaak muurvast zit, breekt i-Tech de mediation af.

### 6. Ontwerp van een mediationproces

Wat is hier aan de hand? Alle betrokkenen, inclusief de mediator, hebben een andere verwachting over hoe een mediation behoort te verlopen en daar is vooraf geen aandacht aan besteed. Er zijn geen vaste regels voor internationale mediation. Het hangt ervan af wat de partijen willen en dat wordt mede bepaald door wat gebruikelijk is in het eigen land. Het verloop van een mediation is een combinatie van de wijze waarop het proces vormgegeven wordt en hoe met de inhoud omgegaan wordt. Voorbeelden van procesvragen zijn: hoeveel tijd per bijeenkomst, wel of geen caucus, uitwisseling van stukken en opening statements. De inhoudelijke benadering door de mediator varieert van geen enkele mening uiten over de inhoud, via reality-testing, tot bereid zijn tot het doen van een schikkingsvoorstel. Daarnaast zijn er in meerdere landen wettelijke voorschriften waaraan een mediatioprocedure of een mediator moeten voldoen.

Bovenstaande grid gebaseerd op Riskin<sup>3</sup> is een handige tool, die kan dienen als basis voor een discussie over het type mediationproces met alle betrokkenen.

Elke type heeft voor- en nadelen en het voert te ver om deze hier te behandelen. U kunt hierover verder lezen in 'The variegated landscape of mediation', M.A. en F. Schonewille (2014).<sup>4</sup>

Hoe staan de betrokkenen uit de casus in deze grid?<sup>5</sup> Het Oostenrijkse i-Tech zal waarschijnlijk neigen naar kwadrant A: puur faciliterend met focus op de kwaliteit van het proces. Zij verwacht vooral gezamenlijke bijeenkomsten met diepgaande directe uitwisseling tussen alle betrokkenen. Het Nederlandse Genes met een pragmatische insteek van 'snel tot een eigen oplossing komen', zal in de regel tussen kwadrant A en B switchen: faciliterend tot directief op het proces en niet-evaluatief op de inhoud (al wordt in business mediation in Nederland ook steeds vaker met evaluatieve elementen gewerkt). Caucus wordt gezien als een tool, het is geen principiële keuze.

Het Italiaanse Compultalia zal eerder kwadrant C verwachten: faciliterend op het proces en evaluatief op de inhoud. In de Italiaanse wet staat dat een mediator op verzoek van partijen een schriftelijk niet-bindend schikkingsvoorstel mag doen. Dit wordt onderdeel van het dossier van de rechter indien partijen alsnog gaan procederen. Als de uitspraak van de rechter vergelijkbaar is met het voorstel van de mediator,

<sup>3</sup> Grid ontwikkeld door M.A. Schonewille en J. Lack op basis van L. Riskin (1994, 1996, 2003). 'Who decides what? Rethinking the Grid of Mediator Orientations'. Dispute Resolution Magazine, vol. 9 no. 2, p. 22.

<sup>4</sup> 'The variegated landscape of mediation. A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world. M.A. Schonewille en F. Schonewille, 2014, Eleven international publishing. Hoofdstuk 2, p. 19-44: Mediation in the European Union and abroad: 60 states divided by a common word? M.A. Schonewille en J. Lack. Dit hoofdstuk is te downloaden in de international section op [www.schonewille-schonewille.com](http://www.schonewille-schonewille.com).

<sup>5</sup> Dit zijn tendensen die wij in onze internationale praktijk tegenkomen. Ik ben mij zeer bewust hier te generaliseren en dat er evenveel uitzonderingen zijn als zaken die een tendens bevestigen.

kan dit sancties met zich meebrengen. Een Angelsaksische mediator is vaak gewend om in kwadrant D te opereren: directief op het proces en evaluatief op de inhoud. In de regel wordt na uitwisseling van position papers de rest van de dag gewerkt in caucus, waarin al snel tot onderhandeling over de financiële aspecten wordt overgegaan.

Deze zeer uiteenlopende opvattingen over de taak van de mediator kunnen als ze niet worden besproken tot misverstanden leiden, zoals aannames over kwade trouw of incompetentie, met een groot afbreukrisico. In het ergste geval kan dit aanleiding geven tot een nieuw geschil en een (klacht)procedure over de mediation.

Tips voor het schrijven van een **mediation briefing of position paper**.

- A. Start met een samenvatting van het geschil en de juridische kant:
  1. Feiten/gebeurtenissen, waarover bestaat (geen) overeenstemming.
  2. Belangrijkste juridische kwestie(s).
  3. Gewenste compensatie.
  4. Eventuele rechtszaken.
- B. Beschrijf vervolgens het verloop van de onderhandelingen tot nog toe:
  1. Belangen en behoeften van uw cliënt.
  2. Schikkingsvoorstellen en wat is al ondernomen om tot een oplossing te komen.
  3. Beletselen, waarom deze zaak nog niet opgelost is.
  4. Verwachtingen van de mediation, zaken die specifiek aandacht vragen en eventueel oplossingsrichtingen die u wilt exploreren.
- C. Sluit af met andere essentiële informatie zoals wie namens u deelnemen aan de mediation en voeg stukken die u wilt inbrengen als bijlage toe. Schrijf duidelijk op elk stuk of dit vertrouwelijk en alleen voor de mediator is of met alle betrokkenen gedeeld kan worden.

Als adviseur van Genes zou u bijvoorbeeld in vertrouwen de mediator kunnen laten weten dat Genes financieel in een lastige positie zit en dat een faillissement dreigt als ze niet snel een werkend systeem heeft. In de memo die aan de andere betrokkenen gestuurd wordt kunt u dan als belang van uw cliënt opnemen dat snel een werkend systeem nodig is en dat Genes technische oplossingen wil exploreren.

Omdat Genes onder tijdsdruk staat is het het overwegen waard om voor een 'one day mediation' te opteren met gezamenlijke bijeenkomsten afgewisseld met caucussen. De mediation laten plaatsvinden in een ander land dan een van de betrokken partijen is een goed idee; zeker als u kiest voor een kort traject. Indien u juist voor een traject met meerdere bijeenkomsten kiest en zo de mogelijkheid heeft om gemaakte afspraken tussentijds in de praktijk te testen, is het wellicht verstandiger om deze wat dichterbij huis te laten plaatsvinden, Brussel bijvoorbeeld. Of u kunt een gedeelte via *videoconferencing* afwikkelen.

## 7. Een grensoverschrijdende mediation succesvol aanpakken

Het interessante van cross-border mediation is de mogelijkheid tot maatwerk. En tegelijkertijd maakt dat het ook gecompliceerd. Wij adviseren meestal om te starten met een regiebijeenkomst met alle betrokkenen waarin met behulp van tools zoals de grid eerst besproken wordt hoe de mediation vormgegeven gaat worden en daarna pas welke mediators geschikt zijn. Start in het midden van de grid en kijk wat de beste benadering lijkt om in deze zaak met deze betrokkenen tot een oplossing te komen. Laat nadrukkelijk de mogelijkheid open om naar gelang de ontwikkelingen tijdens de mediation in verschillende kwadranten te werken. Bespreek ook tijdens de mediation hoe het proces verloopt en kijk niet alleen naar de inhoud.

Het allerbelangrijkste is om vooraf duidelijke afspraken te maken met de wederpartij en de mediator. Goed verwachtingenmanagement is meer dan de helft van het succes van een cross-border mediation. *So mediate the process first!*