

Hoe werkt ICT Mediation ?

Introductie

In het geval van een ICT-conflict hebben klant en leverancier doorgaans een langdurige en complexe relatie en moeten ze ook in de toekomst vaak nog met elkaar blijven samenwerken. Als partijen hun conflict willen oplossen, zonder de onderlinge relatie onnodig te beschadigen en niet vast te zitten in een juridisch keurslijf, is mediation vaak een betere oplossing dan rechtspraak of arbitrage. Voor ICT Mediation kunnen partijen terecht bij de Stichting Geschillenoplossing Automatisering te Haarlem (www.sgoa.eu).

Het begrip Mediation

Er bestaan wereldwijd nogal wat definities van het begrip mediation. Nederlandse mediators die geregistreerd zijn maken onder meer gebruik van het Handboek Mediation (Brenninkmeijer e.a.). In dit handboek wordt de volgende definitie gehanteerd:

Mediation is een vorm van bemiddeling in conflicten waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de onderhandelingen tussen partijen begeleidt teneinde vanuit hun werkelijke belangen tot gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale resultaten te komen.

Een paar woorden en zinsneden vallen daarbij al direct op, namelijk dat het gaat om:

- *'bemiddeling'*: met andere woorden, een mediator doet geen uitspraak 'van boven af', zoals een arbiter of een bindend adviseur;
- *'het begeleiden van onderhandelingen'*: opvallend omdat bij onderhandelingen de partijen juist met elkaar praten (iets wat bij bovenpartijdige conflictbeslechting niet voorkomt);
- *'gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale resultaten'*: in tegenstelling tot de vonnissen van rechters en arbiters, waarbij er meestal winnaars en (of alleen maar) verliezers zijn, bevat de vaststellingsovereenkomst (opgemaakt tussen partijen ter afsluiting van een mediation) vrijwel altijd een win-winoplossing.

Ten opzichte van geschilbeslechting via de rechter of via arbitrage heeft mediation dus nogal wat voordelen.

Om te beginnen blijven de partijen eigenaar van hun probleem en blijven ze dus ook zelf verantwoordelijk voor het vinden van een oplossing en houden ze daar zelf controle over. Verder zijn beide partijen uit eigen vrije wil bereid mee te werken aan het gezamenlijk vinden van pragmatische en creatieve oplossingen.

Daarbij is het van belang dat ze op zoek gaan naar gemeenschappelijke (al of niet toekomstige) belangen en dat ze zich realiseren dat alle andere belangen die partijen hebben vaak minder tegenstrijdig zijn dan ze op het eerste oog lijken. Zeker bij ICT-conflicten hebben klanten en leveranciers doorgaans een langdurige en complexe relatie. Een ICT-leverancier kan vaak alleen goed functioneren als hij het bedrijf van zijn klant, diens bedrijfsprocessen en medewerkers door en door kent. De gezamenlijke teams werken nauw samen aan ingewikkelde en langdurige projecten en niemand is erbij gebaat die samenwerking te verbreken op straffe van een groot aantal schadelijke effecten en vaak een flinke kapitaalvernietiging. Een andere ICT-leverancier kan immers doorgaans niet zomaar een lopende automatiseringsopdracht overnemen.

Toch willen partijen hun conflicten oplossen, maar liever niet ten koste van hun relatie. In een dergelijk geval is mediation vrijwel altijd een betere oplossing dan rechtspraak of arbitrage, waarbij veel minder rekening wordt gehouden met het behouden van een goede relatie tussen partijen. Bovendien is mediation in de meeste gevallen aanzienlijk sneller en goedkoper dan een juridische procedure, en biedt het meer ruimte voor creatieve oplossingen. Mediation kijkt naar de toekomst. Daarnaast is de vertrouwelijkheid gewaarborgd, wat vooral in zakelijke omgevingen als een belangrijk voordeel wordt beschouwd. Er is geen publieke tribune en alle deelnemers zijn verplicht tot geheimhouding van hetgeen is besproken, dus het conflict en de bedrijfsgegevens komen niet op straat te liggen.

Geschiedenis van ICT-mediation in Nederland

In Nederland is het oudste mediationinstituut de Stichting Geschillenoplossing Organisatie en Automatisering (SGOA). Mediation kwam in opkomst in de jaren negentig; het woord 'automatisering' stamt nog duidelijk uit de jaren tachtig. Het doel van de in 1989 opgerichte SGOA is het bemiddelen in en het oplossen en – indien nodig – beslechten van geschillen op het gebied van informatie- en communicatietechnologie (ICT) in de ruimste zin van het woord.

Dat het eerste initiatief om te komen tot een bedrijfstakspecifiek mediationinstituut afkomstig is uit de automatiseringsbranche is niet verwonderlijk.

Het bestuur van de ICT-branchevereniging (destijds Cosso, later ICT ~ Office, tegenwoordig Nederland ICT) enerzijds en de Vereniging van Computer Gebruikers (ComGe) anderzijds werden zich ervan bewust dat de onstuimige groei van de automatisering met zich meebracht dat de kwaliteit van producten en diensten soms in gevaar kwam. Daar stond tegenover dat gebruikers zich vaak onvoldoende voorbereiden op complexe implementatietrajecten. Er bleek behoefte te bestaan aan onafhankelijke ICT deskundigen die in samenwerking met in het procesrecht ervaren juristen als begeleiders bij geschillen zouden kunnen optreden. Daarbij speelde ook een rol dat er nogal wat kritiek was geuit op de Cosso Geschillenregeling 1971, die als te zeer leveranciersvriendelijk werd beschouwd. In een gezamenlijke inspanning besloten gebruikers en leveranciers tot oprichting van de SGOA, een onafhankelijke en neutrale stichting waarin de belangen van beide partijen bij het oplossen van geschillen op evenwichtige wijze zouden worden gewogen.

De aandacht ging in de eerste plaats uit naar vormen van bemiddeling die gebruikt werden in de Verenigde Staten. Men sprak daar van minitrial. Bij een minitrial zetten partijen ten overstaan van een neutrale derde of een geschillencommissie hun procespositie uiteen en worden de partijen door hem of die commissie geholpen bij het schatten van hun proceskansen en -risico's, waarna een klimaat wordt geschapen waarin partijen hun geschil zelf kunnen oplossen.

Naast de minitrial en de al eerder bestaande arbitrage zijn er in de loop der jaren tal van methoden ontwikkeld om conflicten (buiten de normale rechtspraak om) tot een oplossing te brengen, zoals factfinding, minitriage, evaluatie, bindend advies, pendeldiplomatie en dergelijke. De verzamelnaam voor deze methoden is Alternative Dispute Resolution (ADR). Een aantal daarvan wordt door de SGOA gehanteerd.

Voor het geval dat mediation in een ICT-geschil niet lukt, of als partijen van mening zijn dat hun conflicten al zo ver zijn geëscaleerd dat bemiddeling zinloos wordt geacht, koos de SGOA voor arbitrage als methode om die geschillen te beslechten. Doorslaggevend voor de keuze was dat de partijen vanwege de korte 'lifecycle' van ICT-producten gebaat zijn bij een snellere (en tevens een meer deskundige) afhandeling van zaken dan bij de overheidsrechter. De SGOA was en is daarmee een van de weinige instituten die zowel mediation als arbitrage en combinaties daarvan (med-arb en arb-med) in de praktijk toepassen. Bij med-arb starten partijen met een mediation; als die niet mocht slagen over overgeschaeld naar arbitrage. Bij arb-med wordt gestart met een arbitrage, die in een mediation kan veranderen indien partijen bereid blijken samen te onderhandelen over het bereiken van een onderlinge schikking.

Co-mediation

Bij de SGOA wordt in alle gevallen samengewerkt door enerzijds in ICT gespecialiseerde juristen en anderzijds ICT-deskundigen die door jarenlange ervaring in hun vakgebied in staat zijn een probleem te overzien, te structureren en tot de kern ervan door te dringen. In dit verband spreken we van co-mediation. Het belang van deze combinatie van onafhankelijke ICT'ers en ICT-juristen is duidelijk. Immers, projecten op het gebied van ICT kenmerken zich door een hoge mate van complexiteit, een lange doorlooptijd en een aanzienlijke investering in mensen en middelen. Door deze complexiteit is er in veel ICT-projecten sprake van meer of minder ernstige problemen.

Een groot deel van die problemen is terug te voeren op specificatieproblemen: verschillen tussen wat de leverancier aanbiedt en wat de gebruiker verwacht aangeboden resp. geleverd te krijgen. Daarnaast doen zich organisatorische problemen voor en is er vaak sprake van een gebrek aan goede samenwerking. Een ICT-project omvat meestal taken voor beide partijen, die dan ook goed met elkaar moeten samenwerken. Daarbij geldt dat de gebruiker zijn personeel moet motiveren om zich de nieuwe technieken en werkwijzen eigen te maken. Vaak wordt onderschat dat een nieuw informatiesysteem ingrijpende gevolgen heeft voor het personeel van de gebruiker. Zelfs voor een turnkeyproject geldt dat het geen nieuwe auto is waarmee men onmiddellijk kan wegrijden. De voornaamste oorzaak van problemen bij automatisering is een gebrekkige voorbereiding en communicatie tussen partijen.

Co-mediation, waarbij twee mediators (een ICT-jurist en een ICT-specialist) in samenwerking optreden, heeft nog meer voordelen. Beide disciplines zijn van belang in een mediation omdat partijen (en hun raadslieden) zich tijdens de procedure vaak afvragen of de eventuele schikking die wordt vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst nog wel in verhouding staat tot een redelijkerwijs te verwachten resultaat bij de rechter.

De raadslieden, meestal ICT-advocaten, hebben daar in hun traditionele rol om te vechten voor de belangen van hun cliënt regelmatig te positieve verwachtingen over. Het werkt voor beide partijen vaak ontvullerend om van een onpartijdige top-ICT-jurist verstandige juridische argumenten te horen over hun procesrisico's. Een soortgelijk ontvullerend effect kan ontstaan als een ICT-specialist objectieve criteria te berde brengt, waardoor partijen hun eigen case nog wel eens met andere ogen willen beschouwen.

Inmiddels zijn door de SGOA honderden ICT-mediations uitgevoerd en is een uitgebalanceerde aanpak ontstaan die in meer dan 95 procent van de gevallen - in één (of twee) sessies van één of twee dagdelen - leidt tot een schikking (vaststellingsovereenkomst).

Daaraan voorafgaand hebben partijen en hun raadslieden dan wel het nodige huiswerk verricht om hun zaak zo goed mogelijk te belichten. Omdat mediation zich niet richt op de vraag welke partij schuldig is aan het conflict, maar veel meer op het vinden van een gezamenlijke oplossing is het niet nodig om het verleden van het verschil uitvoerig te documenteren. Men kan volstaan met een eenvoudige opsomming van hetgeen is gepasseerd. Meer aandacht moet besteed worden aan de vraag welke belangen verbonden zijn aan het vinden van een oplossing en aan welke criteria zo'n oplossing zou moeten voldoen.

Mediationprocedure

Voor de uitvoering van een mediation, maar ook voor de andere vormen van ADR, heeft de SGOA spelregels vastgesteld die te vinden zijn in de verschillende reglementen, welke te vinden zijn onder het kopje Reglementen op de website www.sgoa.eu.

Het ICT Mediationreglement geeft aanwijzingen voor de start van de mediation, voor de samenstelling van het mediationteam, voor het garanderen van de vertrouwelijkheid en voor de verrekening van de kosten. Het gaat om het bereiken van een win-winsituatie voor en door de betrokken partijen. De nadruk wordt daarbij gelegd op factfinding en het analyseren van de gemeenschappelijke en (eventuele) tegengestelde belangen.

Behalve met de beide mediators (ICT-deskundige en ICT-jurist) worden de zittingen gehouden met een door iedere partij aangewezen directeur of een gevolmachtigde die de betreffende partij kan binden. Daarnaast zijn bij voorkeur ook de mensen aanwezig van de werkvloer waar het conflict is ontstaan, zodat zij 'hun verhaal' kunnen vertellen aan 'hun baas' in tegenwoordigheid van de werknemer van de tegenpartij en diens directeur. Daarbij hebben de mediators de opdracht een klimaat te scheppen waarin een conflict tussen betrokken partijen door henzelf kan worden opgelost.

In veel gevallen zijn bij ICT-mediation ook bedrijfsjuristen en advocaten van partijen aanwezig, zodat er soms wel tien mensen rond de mediationtafel zitten. Tijdens de exploratiefase (zie verder) kunnen al deze deelnemers vaak belangrijke bijdragen leveren. Bij het construeren van een schikking in de onderhandelingsfase kan een teveel aan deelnemers het vinden van een oplossing soms vertragen of zelfs belemmeren. Het kan zijn dat de mediators besluiten om in dat geval de zitting met een kleiner gezelschap voort te zetten.

De mediation begint met een *openingsfase*, waarin de gelegenheid wordt geboden even te socialiseren en waarin het verdere proces wordt toegelicht door één van de mediators. Hierbij komen zaken aan de orde als neutraliteit van de mediators, het belang van de gelijkwaardigheid van partijen, vertrouwelijkheid en vrijwilligheid.

Daarna volgt de *exploratiefase*, waarin de partijen elk evenveel gelegenheid krijgen om uit te leggen hoe het conflict is ontstaan, hoe ze nu tegen het conflict aankijken en wat ze willen bereiken. De mediators vatten samen, stellen controlevragen en reflecteren op hetgeen is gezegd. In deze fase is het van belang dat iedereen de gelegenheid krijgt zijn hart te luchten zonder in de rede te worden gevallen, zodat een begin kan worden gemaakt met het de-escaleren van de emoties rond het conflict.

Vervolgens komt de *categorisatiefase*, waarin de belangen en verlangens worden ingedeeld in categorieën en worden geclusterd. Welke belangen zijn gezamenlijk, welke zijn verenigbaar en welke zijn tegenstrijdig? De mediators doen moeite de 'blocking issues' boven tafel te krijgen en zullen complexe zaken opdelen in deelvraagstukken, zodat er een heldere en allesomvattende onderhandelingsagenda ontstaat.

De vierde fase is de *onderhandelingsfase*. Deze wordt vaak gestart met een korte, juridische analyse door de jurist-mediator en een technische samenvatting op basis van objectieve criteria door de ICT-mediator. Hierdoor krijgen partijen ook inzicht in elkaars posities, wat vaak bijdraagt aan hun commitment om tot een oplossing te komen. Meestal hebben partijen in de eerdere procesfasen al suggesties gedaan om tot oplossingen te komen. Daar kan natuurlijk dankbaar gebruik van worden gemaakt, maar meestal is dat onvoldoende, want als het zo eenvoudig lag, hadden partijen het conflict allang zonder mediators opgelost.

In het begin van de onderhandelingsfase gaat het er om zoveel mogelijk verschillende oplossingsmogelijkheden te bedenken: welke opties zijn er om de koek te vergroten, hoe kan de schade gematigd worden, welke mogelijkheden zijn er om bepaalde zaken met elkaar te verrekenen, enzovoort. Daarbij zijn het vooral de partijen zelf die creatief moeten zijn; de mediators faciliteren de onderhandelingen, geven leiding aan brainstormsessies of geven opdrachten aan partijen om afzonderlijk dan wel gezamenlijk te werken aan de ontwikkeling van een package deal. Bij zakelijke mediations in het algemeen en bij ICT-mediation in het bijzonder wordt daarbij ook gebruikgemaakt van 'caucus'. 'Caucus' is een Engels woord waarvoor in de context van mediation geen goede Nederlandse vertaling bestaat. Het betekent bij mediation dat de mediators met één van de partijen overleggen buiten aanwezigheid van de andere partij(en).

Om de neutraliteit van de mediators te handhaven zullen zij dergelijke gescheiden zittingen evenredig over de partijen spreiden. Als er met één van de partijen een caucus gehouden wordt, dan ook met de andere. In het algemeen zijn mediators erg terughoudend met deze techniek, maar bij complexe zakelijke geschillen is caucus vaak onvermijdelijk om tot goede resultaten te komen.

Zoals gezegd wordt bij de SGOA een mediation in vrijwel alle gevallen in één sessie afgehandeld. Slechts bij uitzondering wordt een tweede sessie uitgeschreven, waarbij partijen vaak een huiswerkopdracht krijgen of mediators het deskundig advies van een derde willen inwinnen.

Zodra de totale oplossing het akkoord van beide partijen heeft, volgt de *afsluitingsfase*. Daarin wordt de schikking uitgeschreven in een vaststellingsovereenkomst, die door beide partijen wordt ondertekend. Mocht een mediation niet tot het gewenste resultaat leiden, dan staat bij de SGOA de mogelijkheid open om een arbitrage of een Bindend advies zaak op te starten. In het algemeen zullen de mediators die de zaak behandeld hebben, niet optreden als arbiters. Zo wordt voorkomen dat een – tijdens de mediation ontstaan – oordeel of in caucus toevertrouwde informatie wordt meegenomen in de arbitrageprocedure.

Toen de SGOA werd opgericht, bestond de term ‘mediation’ nog niet. Tegenwoordig worden jaarlijks tienduizenden mediations uitgevoerd en telt Nederland enkele duizenden mediators op verschillende terreinen, variërend van arbeidsverhoudingen en echtscheidingen tot fiscale geschillen. De meeste mediators die op de lijst van de SGOA staan, zijn zogenoemde registermediators; zij voldoen aan de in Europa algemeen geldende opleidings- en kwaliteitseisen.

Over de vraag of de mediator over materie deskundigheid met betrekking tot de inhoud van het conflict dient te beschikken verschillen de meningen. De SGOA oordeelt op grond van haar jarenlange ervaring in de ICT-markt dat zonder grondige ICT-kennis een ICT-mediation nauwelijks met succes uit te voeren is. De SGOA heeft de ervaring dat het voor het meedenken bij het oplossen van ICT-problemen en de nazorg daarvan noodzakelijk is dat de bemiddelaar kennis heeft van ICT. De bemiddelaar die de ICT-taal van partijen niet verstaat en die niet vanuit expertise kan sturen, wordt door partijen niet snel geaccepteerd. Zonder grondige ICT-kennis is een mediation bij ICT-conflicten nauwelijks met succes uit te voeren.