

# Deal-mediation, of liever: deal-facilitation, een kennismaking

*Manon Schonewille*

Betrokkenen in een complexe onderhandeling maken meestal hun doelstelling, strategie en blokkades niet zomaar kenbaar aan de onderhandelpartner. De meeste zakelijke geschillen ontstaan door verschillende verwachtingen, andere informatie of perceptie van feiten en omstandigheden, onduidelijkheid wie waarvoor verantwoordelijk is en het ontbreken van duidelijke afspraken. In elke onderhandeling schuilt dus een potentieel geschil. Bovendien is een gemiddelde deal niet afgesloten als alle details zijn besproken en de handtekeningen zijn gezet. De echte onderhandeling begint dan pas. Een (internationale) samenwerking, een groot infrastructureel project of herhaaldelijke levering van diensten zijn eigenlijk een voortdurend onderhandelingstraject. De gemaakte afspraken moeten in de praktijk worden gebracht en eventuele problemen bij de uitvoering dienen te worden opgelost. Er is continue bijstelling en afstemming nodig.

Een onderhandelingsbegeleider of deal-mediator kan preventief werken, dus in een stadium voordat de onderhandelingen vastlopen of conflicten zijn ontstaan, en zo een belangrijke rol vervullen bij het versoepelen van een onderhandeling en er tegelijkertijd voor zorgen dat de kwaliteit en duurzaamheid van het onderhandelingsresultaat verbeteren.

## Mediation zonder geschil

*Deal-mediation* wordt wel eens omschreven als *mediation zonder een geschil*.<sup>1</sup> Dit is een korte, duidelijke omschrijving, maar de praktijk is complexer. Deal-mediation is een onderhandelingstraject waarbij een als voldoende neutraal en onafhankelijk ervaren transactiebegeleider door alle partijen gezamenlijk wordt ingeschakeld met als oogmerk tot een voor alle betrokkenen optimaal onderhandelingsresultaat te komen. Doelstelling is snelle, inhoudelijk optimale, efficiënte en vooral stabiele onderhandelingsresultaten te krijgen. De deal-mediator is de manager van het onderhandelingstraject en wordt aan het begin daarvan ingeschakeld voor het begeleiden van het gehele traject, dus voordat een geschil of een impasse is ontstaan. Deal-mediation is een preventief proces.<sup>2</sup>

1 A.G.J. van Wassenae van Catwijck, Over effectief communiceren, risico-allocation, partnerships, allianties en raden van beoordelaars. Nieuwe ontwikkelingen bij conflictpreventie en conflictmanagement in de bouw, Tijdschrift voor Mediation 2006-3.

2 M.A. Schonewille (red.), Toolkit Mediation Advocacy, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, Deel IV – hoofdstuk 4.

In internationaal verband wordt naast deal-mediation vaak van *transactional mediation*<sup>3</sup> gesproken. Het woord mediation wordt in deze context gebruikt, omdat de onderhandelingsbegeleider mediationstechnieken toepast om een deal of transactie tot stand te brengen. Mediation voor het oplossen van een geschil wordt dan ter onderscheid wel aangeduid met *dispute mediation*. Zo ook in het hierna volgende artikel van Heshia Abrams, waarin zij haar praktijkervaringen als onderhandelingsbegeleider in de Verenigde Staten beschrijft. Alhoewel ik de term *transactional mediation* fraai vind, spreek ik liever van *deal-facilitation* of onderhandelingsbegeleiding. Het gebruik van het woord mediation kan in deze context verwarrend werken. Er is immers geen sprake van een geschil dat moet worden opgelost en ook de formele en administratieve aspecten van mediation zijn niet aan de orde. Deal-facilitation is vormvrij, er worden weliswaar vergelijkbare technieken gebruikt als in een mediation, alleen is de rol van een deal-facilitator meer proactief en de volgorde waarin technieken worden gebruikt is anders. Om een voorbeeld te noemen. Het is in een onderhandelingstraject raadzaam om eerst te kijken of er in potentie sprake is van een mogelijke ZOPA (*zone of possible agreement*), en hoe de leverage is verdeeld, voordat veel aandacht wordt besteed aan het op gang brengen van de communicatie en het exploreren van de belangen.

### **Deal-making, onderhandelingsadvies en deal-facilitation**

Om de praktijk nog ingewikkelder te maken: een deal-facilitator wordt ook wel in de loop van het onderhandelingstraject ingeschakeld. Daardoor kan in de praktijk één van de betrokkenen of partijadviseurs in een meerpartijenonderhandeling zich gedurende een onderhandeling ontwikkelen tot een *de facto* deal-facilitator, zonder dat dit met zo veel woorden tussen de betrokkenen wordt afgesproken.

Ook een consultant, advocaat, agent, juridisch of zakelijk adviseur, *investment banker* of makelaar die in een onderhandelingstraject betrokken is, wordt wel eens aangeduid als onderhandelingsbegeleider. Of daadwerkelijk sprake is van deal-facilitation, of van deal-making (een professional onderhandelt voor één partij) of onderhandelingsadvies (een adviseur staat één partij bij in een onderhandeling), is afhankelijk van de rol die deze begeleider vervult (optreden voor één of meer partijen), de intentie van de partijen en van de vraag of gebruik wordt gemaakt van mediationstechnieken. Vanwege het vormvrije karakter kan een deal-facilitator op verzoek van de betrokkenen ook een al dan niet bindend advies geven. Het verschil met een onderhandelingsadviseur is dat een deal-facilitator altijd een advies aan alle betrokkenen geeft en niet aan een individuele partij. Het spreekt vanzelf dat een professionele deal-facilitator de petten en rollen goed uit elkaar moet houden en dit ook expliciet met de andere betrokkenen dient af te stemmen.

3 S. Peppet, Contract Formation in Imperfect Markets. Should We Use Mediators in Deals?, Ohio state journal on dispute resolution, volume 19, 2004, nr. 2.

## In de startblokken en verder

Deal-mediation staat nog in de kinderschoenen, maar begint steeds meer in de belangstelling te staan. De in het artikel van Hessa Abrams omschreven ABA (*American Bar Association*) webconference is hiervan een voorbeeld; tijdens de UIA (*Union Internationale des Avocats*) conference in Parijs in november 2007 was een demonstratie deal-facilitation te zien; en er komen langzaam maar zeker artikelen en andere literatuur over het onderwerp.<sup>4</sup> Ook in de universitaire wereld wordt het thema opgepakt. In het vak 'Mediation in zakelijke geschillen' van de minor in mediation van de Universiteit van Utrecht wordt het thema deal-facilitation bijvoorbeeld gedoceerd.

De theoretische infrastructuur is dus gelegd, nu de praktijk nog. Zal het Nederlandse bedrijfsleven deze kans benutten?

4 Het bij mijn weten eerste artikel over dit thema stamt uit 1999 en is van Michael Hager en Robert Pritchard. Het is in verscheidene media gepubliceerd, waaronder: *Hither the Deal Mediators. International Company and Commercial Law Review*, editorial 1999, Sweet & Maxell Limited and Contributors. Een naar mijn mening excellent artikel over dit thema is het eerder genoemde artikel van de hand van Scott Peppet (zie noot 3). Op de website van IMI is een aparte sectie over deal-mediation te vinden, waar onder andere deze artikelen, alsmede de bijdragen aan de ABA webcast te downloaden zijn: <[www.imi-mediation.org](http://www.imi-mediation.org)>.