

Intake/plenaire/caucus

Normale procedure, dat wil zeggen dat eerst met D. een intakegesprek heeft plaatsgevonden, vervolgens met S. en/of met diens verwanten en ten slotte met S. en D. en met consensus ook andere betrokkenen, zoals vertrouwenspersonen of familie.

Verslaglegging

Er zijn gedurende de mediation notities gemaakt ter voorbereiding van een eventuele vaststellingsovereenkomst. Er is geen gespreksverslag gemaakt. De terugkoppeling naar de verwijzer behelst enkel de mededeling dat er twee intakes en een gemeenschappelijk gesprek hebben plaatsgevonden, zonder vaststellingsovereenkomst. Tevens worden aan de verwijzer de geheimhoudingsverklaringen gezonden (ouders van minderjarigen, advocaten, tolk of steunfiguren).

Duur

Het proces van mediation in strafzaken kent het format van twee intakegesprekken (0,45 uur) met aansluitend een gemeenschappelijk gesprek (1-3 uur).

De tijdsbesteding in deze casus is 4 uur direct contact en 1 uur indirecte tijd.

Makiri Mual, mediator in familie- en strafzaken bij Prisma Praktijk te Utrecht en Amsterdam

NM 2020/34 ZAKELIJK/BOUW

(Aanpassing) bouwclaimovereenkomst. Samenwerking gemeente/aannemer/projectontwikkelaar. Nakoming, circulaire vraag. Mediation-clausule.

art. 6:74 BW

Partijen: Gemeente, partij 1, en twee vennootschappen, behorende tot dezelfde holding, betrokken als aannemer en projectontwikkelaar, samen partij 2, verder "aannemer".

Essentie

Gemeente kan nakoming vorderen van een rechte niet te betwisten vordering op de aannemer, een plaatselijke grote werkgever, maar dat zou zonder enige twijfel leiden tot een faillissement.

INHOUD MEDIATION**Casus**

Aannemer had grond in [project A] verkocht aan gemeente; deze heeft vervolgens de grond bouwrijp gemaakt, waarna terug levering aan aannemer zou plaatsvinden op een bepaalde, uiterste datum, tegen een vooraf overeengekomen koopprijs (bouwclaimovereenkomst). Vervolgens slaat de economische recessie toe.

Aannemer stelt zich op het standpunt dat, wanneer zij zou afnemen tegen de overeengekomen koopprijs, het project, na ontwikkeling, niet meer, of uitsluitend tegen zwaar verlies, te kunnen afzetten. Aannemer neemt niet af, betaalt niet en voldoet niet aan haar renteverplichtingen.

Gemeente en aannemer onderhandelen over aanpassing van de bouwclaimovereenkomst; gemeente is bereid aannemer tegemoet te komen. Aannemer staat met de rug tegen de financiële muur. De bank is niet bereid tot medewerking aan grondverwerving, aannemer heeft al te veel grond in portefeuille. Aandeelhouders van aannemer hebben privé een bijdrage geleverd. Zij stellen dat van hen niet meer kan worden gevraagd. Hoewel betalingsonmacht geen juridische relevant verweer is, bestaan er in casu objectieve criteria om aan te tonen dat er inderdaad geen mogelijkheden zijn verplichtingen na te komen. Aannemer heeft onlangs door middel van een afvloeiingsregeling een groot deel van het personeel moeten ontslaan, waarbij de financiële situatie uitgebreid is doorgeleefd. De kantonrechter heeft op basis daarvan een sociaal plan goedgekeurd met een minimale vergoeding. Momenteel zijn er nog zo'n 75 werknemers in dienst. De nog aanwezige middelen zijn niet voldoende om de salarissen gedurende een korte periode te dekken. De onderhandelingen stakken. Bedoeling van de mediation is om die zo snel mogelijk weer vlot te trekken.

De mediator kwam daar aan tegemoet door onmiddellijk nadat hij was ingeschakeld een informatieve mail te sturen met daarin uitleg over de door hem beoogde opzet van de mediation plus een aantal vragen, door ieder van de partijen afzonderlijk, zonder cc aan de andere, te beantwoorden, voorafgaand aan de plenaire bespreking. Hierdoor is sprake geweest van een schriftelijke intake waaruit de posities van partijen, hun belangen en mogelijke oplossingsrichtingen tussen de regels door al konden worden gedestilleerd. De gezamenlijke start kon daardoor op relatief korte termijn worden gerealiseerd.

Zie bijvoorbeeld de reactie van de gemeente op de vraag een summier omschrijving te geven van wat volgens haar het probleem is waar zij een oplossing voor wil:

"het geschil bestaat er zeker niet uit dat er 'ruzie' is. Wat ontbreekt, is inzet van [aannemer] om tot een oplossing of met een visie over de nabije toekomst te komen. Daardoor is het vertrouwen weggenomen dat er ook maar welke beweging dan ook komt. Het niet-bewegen is de valkuil, en wat de gemeente betreft hetgeen in de mediation opgelost moet worden. Met concrete voorstellen en concrete bedragen."

Het antwoord van de aannemer op de vraag van de mediator luidde:

“De gemeente wil dat [aannemer] het contract nakomt en grond afneemt en betaalt. [Aannemer] wil wel nakomen doch kan niet.”

Tijdens de eerste bespreking komen de posities uitgebreid aan de orde.

Een van de problemen is, dat de gemeente best bereid is een financiële veer te laten, maar ze weet niet zeker wat zij moet denken van het argument van de aannemer, dat deze werkelijk onvoldoende middelen heeft om aan zijn verplichtingen te voldoen. De aannemer wijst op de hierboven al genoemde externe controle op het minimale sociale plan. Partijen zijn samen al een heel eind op weg, vooral met betrekking tot het belangrijkste project dat aan de orde is. Het nu beëindigen van de samenwerking in dit project zou kapitaalvernietiging betekenen voor beide partijen.

De aannemer weet tijdens de bijeenkomst de gemeente te overtuigen van zijn oprechte bedoeling om, anders dan aanvankelijk de indruk van de gemeente was, met voortvarendheid aan een passende oplossing te werken.

De volgende bespreking, nog geen week later, staat in het teken van het creatief genereren van oplossingsrichtingen, gebaseerd op de in de vorige sessie geformuleerde belangen. Helemaal volgens het boekje.

Tijdens de laatste bijeenkomst worden keuzes gemaakt voor oplossingen en komt het concept voor de vaststellingsovereenkomst op de flip-over.

Belangen

Gemeenschappelijk:

- behoud relatie;
- voortbestaan aannemer met bijzondere aandacht voor het behoud van de werkgelegenheid in de regio en de economische gevolgen van een deconfiture.

Gemeente:

- oplossing moet bij de gemeente intern en aan de buitenwacht verkoopbaar zijn;
- voortgang in het project: de voorzieningen voor het bouwrijp maken zijn aangelegd en dat heeft al geld gekost;
- plezierige woonomgeving van huidige bewoners: er zijn al een aantal woningen bewoond, en die staan in de troep;

Aannemer:

- voortbestaan in een slechte markt;
- opkomen voor het belang van de werknemers bij behoud van werk.

Resultaat

Partijen hebben hun afspraken vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, waarvan de belangrijkste zijn:

- omzetting van de betalingsverplichting in een schadevergoedingsverplichting (vrij van BTW);
- “werk – voor – geld”: omzetting naar betaling in natura.

Op grond van deze vaststellingsovereenkomst werd voldaan aan gemeenschappelijke zowel als partijbelangen. De relatie is voortgezet. Er werd geen directe aanspraak gemaakt op de betaalcapaciteit van aannemer. Daardoor was haar voortbestaan gewaarborgd, de werkgelegenheid voor velen gespaard en de voortgang van het project verzekerd. Dit maakte de bereikte overeenstemming aanvaardbaar voor de gemeente.

Reflectie mediator

Met betrekking tot het mandaat geldt voor beide partijen dat, wanneer er een oplossing aan de horizon gloort, zij terug moeten, respectievelijk naar de wethouder/het College (die vervolgens weer verantwoording moet(en) afleggen aan de Raad) en de directeuren-groootaandeelhouders van [aannemer]. Deze mandateringskwesitie is direct gekoppeld aan de vertrouwelijkheid: wat mogen betrokkenen aan de beslissers doorgeven over wat in de mediation is besproken en onder de vertrouwelijkheid valt? Afgesproken wordt dat uitsluitend onderwerpen die tijdens de bespreking expliciet als zodanig worden aangemerkt, geheel vertrouwelijk zijn en enkel bestemd voor de personen die deelnemen aan de mediation. Komt op enig moment een overeenstemming in zicht, dan zal door de mediator een apart verslag worden gemaakt ten behoeve van de beslissers. Dit verslag zal enkel die informatie bevatten die voor de beslissers van belang is. Het zal vooraf worden goedgekeurd door de partijen.

Partijen krijgen aan het einde van de eerste bijeenkomst de volgende vraag mee:

Aan de gemeente wordt gevraagd wat zij kan doen om [aannemer] te helpen het probleem van haar, de gemeente, op te lossen, en wat de gemeente zelf kan bijdragen aan de oplossing van de problemen van [aannemer]. Voor [aannemer] geldt het spiegelbeeld van deze circulaire vraag. Creatieve oplossingen out of the box zijn welkom.

Aan het eind van iedere sessie vraagt de mediator aan de betrokkenen een rapportcijfer over hun gevoel over het verloop van de bijeenkomsten door middel van respectievelijk een gevoelscijfer bij het begin en bij het einde daarvan, en van de tussenperiodes. De mediator gebruikt deze methode om partijen bewust te maken van de voortgang en hen daarover te bevragen.

De gevoelscijfers bij aanvang van de mediation variëren bij alle deelnemers van een tikkeltje min naar een tikkeltje plus. Kantelpunt is de bereidheid van beide partijen om andere

projecten, [B, C en D], bij de oplossing te betrekken. Afgesproken wordt dat de vakantieperiode zal worden gebruikt door [aannemer] om in die geest voorstellen te formuleren en die vóór de volgende bespreking per brief voor te leggen aan alle andere betrokkenen. In het verslag staat vermeld dat de deelnemers in een opgetogen stemming afscheid nemen. Alle betrokkenen geven een aanzienlijk hoger cijfer dan bij de aanvang.

De brief van [aannemer] blijkt voor de gemeente een domper. Uit haar reactie blijkt, dat zij begrijpt wat van haar wordt verwacht in de mediation en dat ze zich heeft laten inspireren door de hierboven geformuleerde circulaire vraag:

“Beste.....

De brief dd. ... hebben we afgelopen donderdag uit handen van ... [Interim directeur van aannemer] in goede orde ontvangen. [De drie ambtenaren van gemeente] hebben deze eergisteren besproken. De verleiding is groot, een onderhandelaarshouding aan te nemen. Zeker het magere voorstel over [project A] verleidt daartoe. Wij zien daar nog geen oplossing verschijnen. De gekozen benadering in onze mediation is ons ook te verplaatsen in de positie en de belangen van de wederpartij. Vanuit dat perspectief willen we jullie uitnodigen om in de huid van de wethouder te kruipen en te zien hoe je het voorstel over [project A] helder als een tastbaar resultaat zou uitleggen aan de leden van de Raad. Het grote belang van de gemeente is dat het resultaat te communiceren is, rechtvaardig en in verhouding tot de verplichtingen uit de bouwclaimovereenkomst. Het noemen van een redelijk totaalbedrag kan dan belangrijker zijn dan de periode waarover het wordt uitgesmeerd.

Dus bij dezen de uitnodiging om van rol te wisselen. Dan willen wij in een overleg in de komende week wel 'raadslid' zijn.”

Tijdens de laatste bijeenkomst vindt het rollenspel plaats. Dat inspireert betrokkenen en er worden oplossingen bedacht die terug te vinden zijn in de hieronder genoemde relevante bepalingen van de vaststellingsovereenkomst. Daarnaast worden een kopie van het vonnis van de kantonrechter en een geactualiseerde accountantsverklaring ter beschikking gesteld aan de gemeente om de huidige betalingsonmacht van aannemer aan te tonen.

Om de vertrouwelijkheid en de mandaatskwestie zoals hierboven genoemd op te lossen, stellen betrokkenen een deel van het verslag, met daaraan gehecht de conceptvaststellingsovereenkomst, ter beschikking van de beslissers en directe collega's.

PROCES MEDIATION

Verwijzing

Afkomstig uit eigen netwerk van de mediator.

Co-mediation

Er was sprake van co-mediation.

Achtergrond mediator

Ruim 20 jaar ervaring als zakelijk mediator; voormalig advocaat met bouwrecht-ervaring.

Partijbegeleiders en andere betrokkenen

Bij de plenaire besprekingen zijn namens de gemeente drie ambtenaren aanwezig: de projectleider, de gemeentelijke senior jurist en de planeconoom. [Aannemer] wordt vertegenwoordigd door de interim-directeur en een bouwkundig/financieel adviseur.

Intake/plenair/caucus

Schriftelijke, aparte intake, verder alleen plenair.

Verslaglegging

Wisselend, al naargelang de behoefte: een enkele maal slechts een scan van de notities op de flipover, soms uitgebreid, soms summier.

Duur

De totale mediation duurde vier maanden vanwege de zomervakantie. Er vonden vier besprekingen plaats, van ieder gemiddeld twee à drie uur. Totale mediation nam 22 uur in beslag.

Mr. J.M. Bosnak, BBKWmediation te Arnhem

RELEVANTE BEPALINGEN OVEREENKOMST (inclusief mediationclausule)

Artikel 2 Rechtsverhouding

Partijen stellen hun rechtsverhouding opnieuw als volgt vast:

A. Project A.

Ter beëindiging van het geschil hebben partijen de schade die [aannemer] verplicht is aan de gemeente te voldoen bepaald op het vaststellingsbedrag van € ...,-. Over dit bedrag is geen BTW verschuldigd. Betaling van dit geldbedrag vindt plaats als volgt. [aannemer] koopt de verplichtingen uit genoemde bouwclaimovereenkomst af met een bedrag dat in totaal derhalve € ...,-, bedraagt, maar zal worden voldaan over een termijn van 6 jaren ingaande... In de gekozen oplossing vervalt de verschuldigde rente sedert het moment dat retour moest worden afgenomen. De termijnen zijn aldus dat bij gelegenheid van het passeren van de akte van levering ter zake van project B (toelichting hierna) de eerste € ,-- wordt

betaald. Vervolgens elk volgend jaar op de 15ae januari €,- en dit gedurende 5 jaren (periode tot en met ...). Over de hele periode van 6 jaar biedt [aannemer] verder "werk voor geld" ter waarde van €,- incl. btw, waarbij de gemeente voorkeur heeft voor één of twee woningen nieuwbouw, te realiseren op gemeentegrond, één en ander te verwezenlijken in de periode.

[aannemer] verschaft voor de betaling van de termijnen geen zekerheid in de vorm van een bankgarantie, maar verbindt zich nadrukkelijk en zonder enig voorbehoud aan deze verplichting.

B. Project B

Op dit onderdeel is [aannemer] bij overeenkomst gehouden tot afname van de grond onder de te bouwen supermarkt tegen een bedrag van €,-. De afspraak is echter dat bij afname van de grond €,- (excl. btw) wordt voldaan, en dat de resterende €,- geïntegreerd zijn in de hierboven bij A genoemde vijf termijnen. Vandaar de koppeling met B in de tekst onder A.

Artikel 14 Toepasselijk recht, mediationclausule, bevoegde rechter

Op deze overeenkomst is Nederlands recht van toepassing. Wanneer een geschil, verband houdende met (een tekortkoming in) de uitvoering van deze overeenkomst niet door middel van overleg tussen partijen kan worden geregeld, zullen partijen, alvorens zich tot de bevoegde rechter te wenden, zich inspannen het geschil op te lossen door middel van mediation conform het Reglement van de Stichting Nederlands Mediation Instituut of haar rechtsopvolgster, zoals dat luidt op de datum van de ondertekening van deze overeenkomst. De meest gerede partij zal schriftelijk of elektronisch zijn/haar voornemen om over te gaan tot mediation aan de wederpartij kenbaar maken. Zolang deze kennisgeving niet heeft plaatsgevonden en/of de mediation niet is beëindigd zal geen der partijen zich tot de rechter wenden tenzij uitsluitend tot het nemen van conservatoire of spoedeisende maatregelen. Indien het binnen 60 dagen, althans binnen een door partijen nader overeen te komen termijn na ontvangst van de hierboven sub c bedoelde kennisgeving onmogelijk gebleken is het geschil op te lossen met behulp van mediation, zal het geschil worden beslecht door de bevoegde rechter.

NM 2020/35 ZAKELIJK/LETSELSCHADE

Letselschade. Verzekering. Onrechtmatige daad minderjarige. Aansprakelijkheid ouders. Eigen schuld. Verjaring.
art. 6:98, 6:162, 6:169, 6:101 lid 1, art. 3:316 BW
Partijen: Een zwemmer en de ouders van een 15-jarige die met een motorboot de zwemmer heeft overvaren.

Essentie

Een 15-jarige jongen overvaart in 2001 met een motorboot een zwemmer die daardoor ernstig blijvend letsel oploopt. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de boot weigert dekking omdat de jongen geen vaarbewijs bezit. De daarna gevoerde onderhandelingen tussen wederzijdse belangenbehartigers, leiden niet tot een schikking. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de letselschadevordering van de zwemmer is verjaard. In hoger beroep stelt het hof mediation voor, ruim 18 jaar na het ongeval.

INHOUD MEDIATION

Casus

Kees en Ria¹ zijn de trotse bezitters van een motorbootje. In 2001 besluiten zij om de Pinksterdagen door te brengen op de Maasplassen, met hun dan 15-jarige zoon Toon. Hun boot gaat mee op de trailer achter de auto. Aan het eind van tweede Pinksterdag, kort voor het geplande vertrek naar huis, vraagt Toon zijn ouders om nog één rondje met hem te varen. Omdat zij druk zijn met pakken, vraagt Toon net zo lang door, tot zijn vader hem toestemming geeft om even alleen met de motorboot het water op te gaan. Dit is tegen de zin van Ria die bang is voor een bekeuring – Toon heeft geen vaarbewijs. Het vaartochtje eindigt noodlottig. Als Toon in de schemering de motorboot laat uitvaren richting steiger, ziet hij Frans (23 jaar) niet, die in het water zwemt. De boot overvaart de zwemmer. Vanaf de waterkant ziet Frans' verloofde Jantien (20 jaar) het ongeval gebeuren. Ambulance en traumahelikopter zijn snel aanwezig. Frans wordt overgebracht naar het ziekenhuis en blijkt ernstig gewond (een op verschillende plaatsen gebroken kaak en neus, verlies van diverse tanden en kiezen). Een operatie is direct noodzakelijk. In de jaren na het ongeval wordt het medisch traject vervolgd en gaat Frans nog enkele keren onder het mes.

Frans verwacht zijn schade vergoed te krijgen; de aansprakelijkheidsverzekeraar van de boot zal hem schadeloosstellen. Dit blijkt niet het geval, want de verzekeraar weigert dekking omdat Toon niet het vereiste vaarbewijs bezit. In de briefwisseling die Frans daarna voert met de ouders van Toon, lijken Ria en Kees aansprakelijkheid te willen erkennen. Maar, nadat zij zich voorzien van een advocaat, beroepen zij zich erop dat Frans zwom op een plek waar dat niet was toegestaan en dat hij ook zelf schuld heeft aan het incident omdat hij in de schemering zwom en dus het risico nam om niet (tijdig) opgemerkt te worden door andere watersporters.

¹ De namen van de personen zijn gefingeerd, net als de ongevalslocatie en enkele andere details, opdat deze bijdrage niet is te herleiden tot de betrokkenen.