

Mediation en de enquêteprocedure

MR. DRS. E.M. SOERJATIN¹

Velen menen dat mediation alleen bruikbaar is in familierechtelijke of arbeidskwesties en hooguit bij een commercieel geschil, maar ook in 'OK-zaken' kan mediation een nuttige rol vervullen. In die zaken gaat het immers vaak om problemen rond communicatie, samenwerking en andere belangen dan eigenlijk met een enquête kunnen worden gediend. In deze bijdrage wordt besproken in hoeverre mediation een alternatief vormt voor de enquêteprocedure.

De context van de mediationontwikkeling

Het verkennen van de mogelijkheid voor het treffen van een regeling is een steeds belangrijker taak voor de civiele rechter geworden sinds de wijziging van het burgerlijk procesrecht in 2002. De dagvaardingsprocedure in eerste aanleg kent in beginsel slechts één schriftelijke ronde gevolgd door een comparitie na antwoord met als doel het beproeven van een schikking. Bij massaschade heeft de Nederlandse wetgever schikken als norm genomen om de geleden schade te compenseren, zo blijkt uit de invoering in 2005 van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM). De WCAM geeft de mogelijkheid een overeenkomst tot schadeafwikkeling tussen een organisatie die de belangen van de benadeelden behartigt en de schadeveroorzakende partij(en) door Hof Amsterdam verbindend te laten verklaren voor een zogenaamde *class* van benadeelden. Op grond van de WCAM is inmiddels een aantal omvangrijke zaken afgewikkeld, zoals DES, Dexia, Vedior, Shell en Vie d'Or. Dit voorjaar heeft de Tweede Kamer ingestemd met het wetsvoorstel ter implementatie van de Europese Mediationrichtlijn, waarmee het grensoverschrijdend gebruik van mediation wordt aangemoedigd.² De mogelijkheid van verwijzing door de rechter in dagvaarding- en verzoekschriftprocedures naar mediation wordt opgenomen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Er wordt aandacht besteed aan kwaliteitseisen voor de mediator (opleiding, gedragsregels, klachtenregeling en tuchtrechtvoorziening). Voor schikkingen die tijdens een verzoekschriftprocedure

bereikt worden, is nu nog niet geregeld dat deze in een executabel proces-verbaal van de zitting in plaats van in een beschikking kunnen worden vastgelegd. Omdat hieraan in de praktijk wel behoefte bestaat, wordt een aanvullende bepaling voorgesteld ter implementatie van de richtlijn. Aan de mediator wordt een beperkt verschoningsrecht toegekend. Ook wordt voorgesteld om de gevolgen van mediation voor verjaring te regelen.

Motieven voor mediation

De ontvankelijkheid voor mediation is groeiende.³ Alle gerechten beschikken over een voorziening om zaken door te verwijzen naar een mediator. Daarnaast is de mediation-toevoeging ingevoerd. De partijen moeten instemmen met de verwijzing naar mediation. Advies van de rechter of van de advocaat vormt het meest effectieve duwtje in de rug. Andere motieven zijn de wens om de relatie met de wederpartij te verbeteren of de oplossing in eigen hand te houden, en de verwachting dat mediation een betere en snellere oplossing biedt. Economische overwegingen worden nauwelijks belangrijk gevonden. De advocaten die mediation adviseerden, deden dit eerder uit praktische overwegingen (snelheid en volgen advies van de rechter) dan inhoudelijke. Redenen voor advocaten om mediation juist te ontraden waren slechte communicatie tussen partijen, de mate van escalatie van het conflict en het gebrek aan onderhandelingsruimte.

Mediation is inmiddels een goed alternatief gebleken voor

1 Deze bijdrage is een bewerking van mijn artikel 'Mediation en de enquêteprocedure: go or no-go?' in: C.J.M. Klaassen e.a., *Onderneming & ADR*, Serie Onderneming en recht, Kluwer: Deventer 2011.

2 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 555, nr. 1-7. De Mediationrichtlijn is Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008.

3 M. Guiaux e.a., *Mediation Monitor 2005-2008. Eindrapport*, WODC, Cahier 2009-9; Nederlands Mediation Instituut, *De stand van Mediation in Nederland* d.d. 16 april 2010; L. Combrink e.a., *Op maat beslecht. Mediation naast rechtspraak 1999-2009*, Raad voor de Rechtspraak, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

gerechtelijke uitspraken, door de combinatie van een beperkte tijdsinspanning en een gemiddelde doorlooptijd van twee maanden met een relatief hoge slagingskans.⁴

Geschil of conflict?

Bepalend voor de aanpak van een zaak is of sprake is van een *geschil* of een *conflict*.⁵ Verschillen van inzicht over feiten en regels kunnen tot een *geschil* leiden. Inhoudelijke en materiële aspecten staan voorop. Vaak bestaat daarnaast een *conflict*, waarvan sprake is als ook persoonlijke aspecten en psychologische of procedurele belangen een rol spelen. Een conflict wordt gevoed door miscommunicatie, gebrek aan onderling respect, conflicterende ego's, of door te weinig grip op het proces. Een gerechtelijke uitspraak waarin rechten en plichten worden vastgesteld, zal dan weliswaar het geschil *maar niet het conflict* (het werkelijke probleem) kunnen oplossen.

In mediation zijn de belangen van partijen cruciaal voor de oplossing van een conflict. In feite spelen (juridische) standpunten een minder grote rol dan belangen. Onderscheiden wordt in:

- materiële belangen: bijvoorbeeld geld en goederen;
- psychologische belangen: bijvoorbeeld macht, voorkomen van gezichtsverlies, continuering van de relatie;
- procedurele belangen: bijvoorbeeld gehoord worden, rechtvaardige procedure, en invloed.

Belangen blijken vaak beter verenigbaar te zijn dan op basis van de standpunten wordt vermoed. Partijen kunnen *gemeenschappelijke* belangen hebben, belangen kunnen *verschillen* maar desondanks *verenigbaar* zijn, en er zijn belangen die verschillend en *onverenigbaar* zijn. Met dit uitgangspunt zijn de oplossingsrichtingen bij mediation creatiever en ruimer dan bij een puur inhoudelijk/juridisch debat.

De enquêteprocedure

De meeste vormen van geschillenbeslechting via de rechter leiden tot een uitspraak waarmee (behoudens beroep/cassatie) rechtstreeks een einde wordt gemaakt aan een geschil. Aan de hand van objectieve maatstaven worden de rechten en verplichtingen van partijen vastgesteld. Dat is niet een uitkomst die met de enquêteprocedure wordt bereikt. De gene die om een enquête verzoekt, wil een onderzoek naar het beleid en/of een onmiddellijke voorziening. Aanleiding is meestal een impasse in de besluitvorming of een verschil van inzicht tussen aandeelhouder en bestuur (of twee dga's) over het beleid.⁶ Vertaald naar de juridische grondslag voor de enquête: gegronde (redenen voor) twijfel aan de juist-

heid van het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon (hierna: vennootschap). De onmiddellijke voorziening is bedoeld om de impasse op te heffen of het *level playing field* te herstellen. Met een onderzoek wil de verzoeker helder krijgen of er inderdaad sprake is van wanbeleid, dat dan met definitieve voorzieningen kan worden gerepareerd, meestal door vervanging van bestuurders/commissarissen en/of vernietiging van besluiten.

Bepalend voor de aanpak van een zaak is of sprake is van een geschil of conflict. Een gerechtelijke uitspraak lost het geschil maar meestal niet het conflict op.

Vaak gaat het bij een besluitvormingsimpasse of een beleidsmatig geschil niet om een puur inhoudelijke kwestie. Onderhuidse spanningen, onvrede over communicatie of samenwerking kunnen een geschil over feiten of regels laten escaleren tot een conflict. De enkele vervulling van het materiële belang laat het werkelijke probleem onbelicht en onopgelost. Ongeacht wat het doel is van een enquêteverzoek (breekijzer, waarheidsvinding, onderhandelingstactiek of 'gelijk krijgen'), met een onderzoek en de voorzieningen wordt soms slechts een schijnoplossing bereikt. De enquêteprocedure is een middel waarmee de symptomen worden weggenomen, maar de kwaal blijft bestaan. Niet voor niets zei de vroegere voorzitter van de Ondernemingskamer, Huub Willems, dat "de zin van een enquête (...) buiten de enquête zelf (ligt)" waarbij hij de enquêteprocedure vergeleek met vennootschappelijke aspirine of zwaar medicijn.⁷

Mediation in de context van de enquêteprocedure

Er bestaan aanzienlijke verschillen tussen mediation en de enquêteprocedure (zie de tabel op p. 284).

Ik licht hier één van de verschillen uit: de controle over proces en inhoud. Met het inschakelen van de rechter geven strijdende partijen de beslechting van hun geschil uit handen. Wel bepalen zij de reikwijdte van het geschil. Die beperking kent het enquêterecht in mindere mate.

De Ondernemingskamer mag, na afweging van de betrokken belangen, andere onmiddellijke voorzieningen treffen dan waar partijen om hebben verzocht, zolang deze gerelateerd zijn aan de (hoofd)doeleinden van de enquête (sanering en herstel van gezonde verhoudingen), en mits het geen voorzieningen zijn die niet stroken met de strekking van het ingediende verzoek of met de kenbare bedoeling

4 De gemiddelde doorlooptijd van mediation is ontleend aan het in de vorige noot genoemde rapport van de Raad voor de Rechtspraak.

5 Ontleend aan het in noot 3 genoemde rapport van de Raad voor de rechtspraak.

6 K. Cools (e.a.), *Het recht van enquête. Een empirisch onderzoek*, Instituut voor Ondernemingsrecht, 2009.

7 J.H.M. Willems, 'De enquêteprocedure: een efficiënte dienstmaagd', in: *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Serie monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 62, Deventer: Kluwer 2000, p. 29-45.

	Enquêteprocedure	Mediation
Tijdsinspanning	1e fase: indiening processtukken, zitting(en), medewerking aan het onderzoek	Gemiddeld drie bijeenkomsten met mediator à 2 uur ⁸
Doorlooptijd	1e fase (verzoek en onderzoek): ⁹ <i>Niet-beursvennootschappen:</i> Gemiddeld 440 dagen inclusief onderzoek van gemiddeld 306 dagen <i>Beursvennootschappen:</i> Gemiddeld 564 dagen inclusief onderzoek van gemiddeld 264 dagen	Gemiddeld 57 dagen ¹⁰
Focus	Verleden	Toekomst
Oogmerk	'Gelijk krijgen' op basis van (juridische) standpunten	Oplossing vanuit gemeenschappelijke belangen van partijen
Zeggenschap en controle over proces en inhoud	Ondernemingskamer c.q. onderzoeker	Partijen
Kenmerk	Dwang: de ene partij betreft de andere partij in een procedure	Vrijwilligheid: partijen besluiten tot en voeren een mediation op basis van vrijwilligheid
Uitkomst	- Openbare gerechtelijke uitspraak - (Meestal) openbaar onderzoeksrapport - Rechterlijk oordeel	- Vertrouwelijke vaststellingsovereenkomst - Door partijen gekozen oplossing
Aard van de oplossing	Juridisch	Onbeperkt
Beroepsmogelijkheden	Cassatieberoep bij de Hoge Raad	Geen

van de verzoeker.¹¹ Om een lopende enquête te beëindigen, bijvoorbeeld omdat een schikking met de vennootschap is bereikt, moet de verzoeker nogal wat hobbels nemen.¹² Als sprake is van zodanig zwaarwegende algemene belangen of belangen van derden dat voortzetting van de enquête of voltooiing daarvan geboden is, kan een verzoek tot beëindiging niet worden toegewezen.

Het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap is het hart van de enquêteprocedure. Het

In mediation zijn de belangen van partijen en niet hun juridische standpunten cruciaal voor de oplossing van een conflict.

illustreert bij uitstek dat partijen de controle over inhoud en proces nagenoeg volledig kwijtraken. De Ondernemingskamer heeft grote vrijheid bij het bepalen van de onderzoeksopdracht.¹³ Zij mag in beginsel een onderzoek bevelen over een ruimere periode dan waarom verzoekers hebben verzocht.¹⁴ Of sprake is van wanbeleid moet blijken uit het

onderzoeksverslag. Hoewel de onderzoeker een zware verantwoordelijkheid heeft, namelijk: selectie, vaststelling, beoordeling en kwalificatie van de feiten, is zijn taakomschrijving nauwelijks in de wet omschreven.¹⁵ Hij heeft grote vrijheid bij de inrichting en uitvoering van het onderzoek, in wie hij wil horen en wat hij wil inzien. Partijen kunnen in de onderzoeksfase nauwelijks invloed uitoefenen op de waarheidsvinding die nu juist wordt beoogd met de enquêteprocedure. Tot slot kunnen ook de onderzoekskosten, voor rekening van de vennootschap, aardig oplopen. In het algemeen honoreert de Ondernemingskamer, met beperkte inspraakmogelijkheden voor partijen, een verzoek van de onderzoeker tot verhoging van de onderzoekskosten.¹⁶

Het wetsvoorstel tot wijziging van het enquêterecht bevat enkele verbeteringen voor de onderzoeksfase die met name zien op een versterking van de aandacht voor het beginsel van hoor en wederhoor.¹⁷ De Commissie Vennootschapsrecht heeft geadviseerd om het toezicht op de onderzoeksfase te versterken door de introductie van een raadsheer-commissaris.¹⁸ Deze treedt op als aanspreekpunt als er vragen of klachten opkomen in de onderzoeksfase. Voorts acht de Commissie Vennootschapsrecht het wenselijk dat de Ondernemingskamer een reglement ten behoeve van de onderzoeksfase opstelt. Hoewel deze voorstellen nuttig zijn, kunnen deze naar mijn mening niet verhelen dat de bij

8 Ontleend aan het in noot 3 genoemde rapport van de Raad voor de Rechtspraak.

9 Ontleend aan het in noot 6 genoemde rapport van Cools (e.a.).

10 Ontleend aan het in noot 3 genoemde rapport van de Raad voor de Rechtspraak.

11 J.M.M. Maeijer in zijn noot bij HR 14 december 2007, NJ 2008, 105 (DSM); HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 m.nt. Maeijer, «JOR» 2007/138 m.nt. Josephus Jitta (ATR-Leasing).

12 HR 17 december 2010, «JOR» 2011/42, m.nt. J.M. Blanco Fernández (KPN-Qwest).

13 HR 6 juni 2003, «JOR» 2003/161 m.nt. M. Josephus Jitta (Scheipar).

14 HR 30 maart 2007, «JOR» 2007/138 m.nt. M. Josephus Jitta (ATR Leasing).

15 R.M. Hermans, 'Het onderzoek in de enquêteprocedure', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72, Deventer: Kluwer 2003, p. 113 e.v.

16 Bijvoorbeeld OK 22 februari 2007, ARO 2007, 52 (LdB Ogilvy & Mather).

17 Het wetsvoorstel is op 8 september 2011 ingediend bij de Tweede Kamer (32 887).

18 Brief van de Commissie Vennootschapsrecht d.d. 19 oktober 2010 aan de minister van Veiligheid en Justitie, te vinden op: www.rijksoverheid.nl.

een enquêteprocedure betrokken partijen de controle over (de uitkomst van) hun geschil verliezen. Als behoud van controle voor partijen cruciaal is, kan mediation een goed alternatief zijn.

Dat geldt mijns inziens ook in het licht van de aard van de geschillen. Breed onderkend wordt dat de enquête eigenlijk een dure vorm van geschiedschrijving is, die zich richt op het verleden terwijl men juist een voorziening voor de toekomst beoogt. Ik illustreer dit aan de hand van twee voorbeelden.

Chios versus Trimp & van Tartwijk¹⁹

In deze zaak had de Ondernemingskamer mogelijk kunnen verwijzen naar mediation. Chios en Trimp & van Tartwijk (T&T) waren (middellijk) 50/50% aandeelhouder in vastgoedbedrijf Living City. Living City had als doel het ontwikkelen en realiseren van vastgoedprojecten waarin – kort gezegd – de publieke vermaaksfunctie in de vorm van theaters wordt gecombineerd met de commerciële functie in de vorm van winkels en kantoren. Een aan de bestuurder van Chios (Joop van den Ende) gelieerde vennootschap zou een theatergebouw aan de Zuidas in Amsterdam ontwikkelen. Living City zou het gebied rond het te bouwen theater verder ontwikkelen. Het bestuur van Living City werd gevormd door de beide aandeelhouders en ieder van de aandeelhouders benoemde twee commissarissen in de raad van commissarissen van Living City. In het kader van een strafrechtelijk onderzoek naar mogelijk omvangrijke fraude ter zake van vastgoedtransacties werden onder meer de twee door T&T benoemde commissarissen aangehouden en in verzekering gesteld. Chios beëindigde de samenwerking met T&T en liet de betrokken commissarissen uit het Handelsregister uitschrijven. Toen geen overeenstemming met T&T kon worden bereikt over de afwikkeling van de activiteiten van Living City, ging Chios daartoe eenzijdig over. Aan de medewerkers werd een afvloeiingsregeling aangeboden en de activiteiten van Living City werden gestaakt.

T&T stapte daarop naar de Ondernemingskamer. Volgens T&T was sprake van gegronde redenen om aan een juist beleid van Living City te twijfelen, wat verwijtbaar was aan Chios. T&T verzocht de Ondernemingskamer om Chios als bestuurder te schorsen en een commissaris met doorslaggevende stem te benoemen. De Ondernemingskamer oordeelde dat sprake was van een impasse tussen Chios en T&T met als gevolg een patstelling binnen de raad van commissarissen. Voorts overwoog de Ondernemingskamer dat sprake is van een (begin van een) feitelijke liquidatie van Living City. De Ondernemingskamer schorste de bestuurders en benoemde een nieuwe bestuurder die kon bezien of en zo ja op welke wijze continuering van de activiteiten van Living City mogelijk was, dan wel toezicht kon houden op de afwikkeling van de activiteiten van Living City.

De vraag naar de oorzaak van en de verantwoordelijkheid voor mogelijk onjuist beleid en de rechtmatigheid van de

beëindiging van de samenwerking liet de Ondernemingskamer in het midden. Formeel gezien adequaat, maar het onderliggende conflict werd daarmee niet beslecht. Mij is onbekend of de Ondernemingskamer partijen heeft gepolst over hun mediationbereidheid, maar de belangrijkste motieven van partijen om daarvoor te kiezen zijn dat *de rechter daartoe heeft geadviseerd* respectievelijk dat *een gerechtelijke uitspraak het geschil niet oplost*. Een mediationadvies van de Ondernemingskamer had partijen misschien het

Bij een enquête verliezen partijen de controle over de uitkomst van hun geschil.

laatste duwtje in die richting kunnen geven. Mediation kan immers ingezet worden om partijen bij elkaar te houden, maar ook om partijen op een goede manier afscheid van elkaar te laten nemen. Het komt mij voor dat de omstandigheden daar ook naar waren. De breuk tussen de partijen was, blijkens de uitspraak, onherstelbaar. Zij hadden al eerder (tevergeefs) overleg gevoerd over de afwikkeling van hun samenwerking. Er was een forensisch onderzoek gaande bij Living City waaraan T&T haar medewerking had toegezegd. De medewerkers van Living City waren vertrokken en de activiteiten van Living City waren al in november 2007 gestaakt. De focus van partijen zal dan liggen op de ontvlechting van hun samenwerking. De aanwijzing van een mediator om partijen bij de onderhandelingen over die afwikkeling te faciliteren lijkt onder deze omstandigheden een voortvarender aanpak dan het gelasten van een onderzoek. Via mediation had overeenstemming over de afwikkeling kunnen worden bereikt en hadden partijen tijd en geld (onderzoekskosten, salaris tijdelijk bestuurder) kunnen besparen. Zelfs als we aannemen dat uit het onderzoek van wanbeleid zou zijn gebleken, dan zou dit waarschijnlijk niet tot een andere uitkomst hebben geleid. In dat geval zou T&T de Ondernemingskamer immers hebben gevraagd om wanbeleid vast te stellen en een of meer voorzieningen ex art. 2:356 BW te treffen, bijvoorbeeld de ontbinding van de vennootschap. Uiteraard zal ook de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder een (bemiddelende) rol bij de afwikkeling van de activiteiten van Living City kunnen spelen, maar het lijkt mij onwenselijk dat deze bestuurder als mediator optreedt. Het is belangrijk dat partijen zelf de mediator aanwijzen; dat verhoogt hun vertrouwen in de mediator en is dus essentieel voor de slagingskans van mediation. Op de persoon van de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder hebben partijen geen invloed. Het enkele feit dat deze persoon door de Ondernemingskamer wordt benoemd, brengt mee dat hij in feite boven de partijen staat en macht over partijen heeft. Stel dat de bemiddelingspoging van deze bestuurder mislukt, wat zijn dan de gevolgen voor zijn verdere taakuitoefening en -opvatting? Is hij nog onbevangen genoeg?²⁰ De mediator moet daarom een neutrale, door partijen zelf aangewezen persoon zijn. Als de mediation mislukt, heeft de mediator

19 OK 18 november 2008, «JOR» 2009/37.

20 In vergelijkbare zin Hermans (2003), p. 131-132, over de situatie waarin de onderzoeker bemiddelt.

verder geen rol meer in het vervolg van de procedure. Het is ook interessant te onderzoeken in hoeverre de Stork-enquête zich voor verwijzing door de Ondernemingskamer naar mediation zou hebben geleend, aan de hand van een identificatie van het geschil en de belangen in deze zaak.²¹ De vermijding van publiciteit, ook in verband met reputatierisico's, kan immers een reden zijn om in zulke zaken te *mediaten* in plaats van een procedure te starten.

Stork

Tussen aandeelhouder Centaurus en Stork bestond een diepgaand verschil van inzicht over de strategie: wel of niet opsplitsen. Centaurus liet een *ava* bijeenroepen om het vertrouwen in de raad van commissarissen op te zeggen. Stork gaf daarop beschermingsaandelen uit aan de Stichting Stork waarmee het stemmenblok van Centaurus ongevaarlijk werd gemaakt. De beide kampen maakten gebruik van de vennootschapsrechtelijke middelen die hen ten dienste stonden. Dat leidde tot verdere escalatie van het conflict. Centaurus vroeg de Ondernemingskamer onder andere om een onderzoek te gelasten en om de stemrechten van Stichting Stork op de beschermingsaandelen te schorsen. De Ondernemingskamer oordeelde dat sprake was van ernstig verstoorde verhoudingen binnen Stork en gelastte een onderzoek. Ook trof zij onder andere de volgende onmiddellijke voorzieningen: (i) benoeming van drie commissarissen met doorslaggevende stem ter zake de strategie van Stork en aangelegenheden die Centaurus en Stork verdeeld houden, (ii) verbod aan de *bava* van Stork om te stemmen over voorstellen tot opzegging van het vertrouwen in de raad van commissarissen en tot het goedkeuren van acquisities en desinvesteringen, en (iii) bevel aan Stork om de aan Stichting Stork uitgegeven beschermingsaandelen in te trekken.

Een open houding van partijen, hun adviseurs en de rechter bepaalt grotendeels of een zaak zich voor mediation leent.

In de kern ging het in deze zaak om twee aspecten. Ten eerste een verschil van opvatting over waar de macht binnen de onderneming ligt (Angelsaksische versus Rijnlandse model) en wie bij geschillen het aanspreekpunt voor de aandeelhouder is (de *chairman*/president-commissaris of de raad van bestuur). Culturele verschillen, verschillen van inzicht over samenwerking, gebrek aan vertrouwen en moeizame communicatie zijn bij uitstek onderwerpen waarover via mediation een oplossing kan worden bereikt, zelfs bij beursvennootschappen. Het tweede geschil betrof een inhoudelijk verschil van mening over de strategie. Partijen ruzieden over de vraag wat de beste strategie is en wie daarover mag beslissen.

Ik denk dat mediation over de strategie om verschillende redenen lastig is. De raad van bestuur heeft bij het bepalen daarvan te maken met belangenpluralisme. Hij kan niet

zomaar over het vennootschapsbelang beschikken ten gunste van een belang van één *stakeholder*. Bovendien geldt het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders. Daarvan is ook sprake wanneer de schil rondom de standpunten van Centaurus wordt afgepeld en haar werkelijke belang zichtbaar wordt, namelijk de verwezenlijking van een louter financieel belang (opsplitsing levert meer geld op). Hoewel een financieel belang op zichzelf *mediation-fähig* is, geldt ook hier dat inwilliging van dit belang niet ten koste van het door de raad van bestuur te bewaken vennootschapsbelang mag gaan. Ten tweede kan, zoals in de Stork-zaak, een gerechtelijke uitspraak over de afbakening en verdeling van de bevoegdheden en verantwoordelijkheden binnen een rechtspersoon juist nodig zijn om de goede context te schetsen. Tot slot dient het debat over koers van de onderneming niet in een *tête-à-tête* tussen enkele aandeelhouders en het bestuur te worden gevoerd, maar, aldus de Ondernemingskamer: “in het kader van het Nederlands vennootschapsrecht en heersende opvattingen over corporate governance, die er kort gezegd op neer komen dat het bepalen van de strategie in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur, dat indien een raad van commissarissen is ingesteld deze daarop toezicht houdt en dat de algemene vergadering van aandeelhouders haar opvattingen tot uitdrukking kan brengen door uitoefening van de haar in wet en statuten toegekende rechten.”²²

In deze zaak waren zowel materiële als procedurele en psychologische aspecten aan de orde, die niet los van elkaar kunnen worden gezien. Zoals hierboven aangegeven, is voor een geslaagde mediation (in ieder geval) onderhandelingsruimte nodig. Gelet op het inhoudelijke geschil (het bepalen van de strategie van Stork) was die ruimte er eigenlijk niet. De weg naar mediation lag daarom minder voor de hand. Dat het hier gaat om een beursvennootschap behoeft naar mijn idee overigens geen doorslaggevende belemmering voor mediation op te leveren.

Er bestaat geen vastomlijnd antwoord op de vraag of mediation aangewezen is in de enquêteprocedure. Het zal afhangen van de aard van het geschil, het onderliggende belang, de onderhandelingsruimte en -bereidheid, en de mate van escalatie van het conflict. De twee voorbeelden bevestigen dat het antwoord op de vraag naar de opportuniteit van mediation in een enquêteprocedure maatwerk vereist.

Tot besluit

Ook de Ondernemingskamer kan partijen naar mediation verwijzen. Een geslaagde mediation betekent dat de uitkomst door de beide partijen gedragen wordt, in tegenstelling tot een uitspraak van de rechter waarbij de één gelijk krijgt ten koste van de ander. Een regelmatig gehoord geluid is dat bestuurders en commissarissen het waardeoordeel van de Ondernemingskamer over hun beleid ('gegronde twijfel aan de juistheid' en 'wanbeleid') als zwaarder en méér persoonsgericht ervaren dan bijvoorbeeld een uitspraak van de

21 OK 17 januari 2007, «JOR» 2007/42 m.nt. J.M. Blanco Fernández.

22 Zie vorige noot, r.o. 3.14.

gewone rechter over de onrechtmatigheid van een bepaalde handelwijze van de rechtspersoon. De enquêteprocedure speelt zich volledig in de publiciteit af met alle reputatierisico's van dien. Mediation daarentegen is volledig vertrouwelijk, wat onderstreept wordt door het voornemen van de wetgever om de mediator een beperkt verschoningsrecht toe te kennen.

Het gros van de zaken (93%) die aan de Ondernemingskamer worden voorgelegd speelt zich af binnen besloten vennootschappen. Dit betekent echter niet dat mediation bij een beursvennootschap onmogelijk is. Gelet op de aanzienlijke voordelen van mediation, komt het erop aan dat mediation niet bij voorbaat als alternatief wordt uitgesloten. De vraag die steeds gesteld moet worden, is of de zaak *mediation-fähig* is. Het is in feite een pel-exercitie: er moet *voorbij* de juridische standpunten worden gekeken, waarbij onderzocht moet worden wat het werkelijke probleem is en welke belangen de partijen willen dienen met hun standpunten. Aan de hand daarvan kan beoordeeld worden of de zaak zich voor mediation leent. Dit vergt een open houding van de betrokken partijen, hun adviseurs en de rechter.

Over de auteur

Mr. drs. Ellen M. Soerjatin is advocaat bij Stek en mediator.