

MEDIATION EN DE ENQUÊTEPROCEDURE: GO OR NO-GO?

Verschenen in: *Onderneming en ADR*,
onder redactie van C. Klaassen, G. van Solinge en H.M. de Mol van Otterloo
Kluwer 2011

E.M. Soerjatin¹

1. Inleiding

Tijdens een expertmeeting Ondernemingskamer, georganiseerd in verband met het onderzoek naar de kwaliteit van specialistische rechtspraakvoorzieningen voor het bedrijfsleven, is besproken in hoeverre andere vormen van geschiloplossing, zoals arbitrage en mediation, een alternatief vormen voor het soort geschillen waarvoor de Ondernemingskamer wordt ingeschakeld.² De meerderheid van de aanwezigen had weinig tot geen ervaring met deze vormen van geschiloplossing in 'OK-zaken' en in het algemeen werd in arbitrage of mediation weinig heil gezien. Een kleine minderheid (waartoe ik behoorde) meende dat mediation wel een nuttige rol zou kunnen vervullen omdat het vaak toch gaat om problemen rond communicatie en andere belangen dan eigenlijk met een enquête worden gediend. Sindsdien heb ik over de opportuniteit van mediation in enquêteprocedures verder van gedachten gewisseld met een aantal advocaten die regelmatig optreden in enquêteprocedures respectievelijk de rol van mediator vervullen.³ In deze bijdrage onderzoek ik of mediation een alternatief is voor de enquêteprocedure en in hoeverre de Ondernemingskamer hierin een rol zou kunnen spelen. Daaraan voorafgaand geef ik de context van mediation weer.

2. Groeiende ontvankelijkheid voor mediation

Eijsbouts heeft in 2003 onder meer de (internationale) antecedenten van mediation geschetst.⁴ Ik verwijs daarnaar en pak de draad op bij de progressie sinds 2003.

De verwijzingsvoorziening 'Mediation naast Rechtspraak' is inmiddels structureel ingevoerd bij de Nederlandse gerechten. Allen beschikken over een voorziening om zaken waarin de rechter dat passend acht en partijen daarmee instemmen door te verwijzen naar een mediator. Daarnaast is de mediationtoevoeging ingevoerd. Uit recent onderzoek van het Nederlands Mediation Instituut blijkt dat in 2009 door NMI mediators 40.000 mediations zijn uitgevoerd.⁵ De groeiende Nederlandse ontvankelijkheid voor mediation is ook beschreven in een rapport van de Raad voor de Rechtspraak.⁶ Daaruit komt het volgende beeld naar voren.

Sinds 1 januari 2006 zijn via deze voorziening meer dan 10.000 zaken verwezen naar mediation. Ongeveer 90% daarvan is daadwerkelijk met mediation gestart; ruim 80% van de verwezen mediations is afgerond. Uit de cijfers van de Mediationmonitor blijkt dat ruim de helft van mediations betrekking heeft op echtscheidingen of andere familierechtelijke zaaksoorten. Ook bestuursrechtelijke zaken komen relatief vaak voor in de Mediationmonitor (ruim een kwart van de mediations). Volgens het

¹ Mr. drs. E.M. Soerjatin is adviseur van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Zorgautoriteit en mediator. Met ingang van 1 augustus 2011 zal zij als advocaat verbonden zijn aan Stek Advocaten in Amsterdam. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven en is afgesloten per medio december 2010.

² A. Böcker, T. Havinga, A. Jettinghof, C. Klaassen en L. Bakker, *Specialisatie loont?! Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, 2010. Zie ook: C.J.M. Klaassen, 'De Ondernemingskamer en de spiegel van de hofnar', in: *Geschillen in de vennootschap*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, 2010, p. 89-100.

³ Peter Wakkie, Ruud Hermans, Fons Leijten en Saskia Reuling, aan wie ik bij deze mijn dank voor hun waardevolle suggesties uitspreek.

⁴ A.J.A.J. Eijsbouts, 'Mediation, enkele opmerkingen over belang en recht in vennootschappelijk verband', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72, 2003, p. 103 e.v. Ik verwijs ook naar de bijdrage van Eijsbouts in deze bundel.

⁵ Nederlands Mediation Instituut, *De stand van Mediation in Nederland* d.d. 16 april 2010.

⁶ L. Combrink, A. Klijn, M. Pel en S. Verberk, *Op maat beslecht. Mediation naast rechtspraak 1999-2009*, 2010.

rapport is van ongeveer de helft van de verwezen mediations bekend welke motieven de verwijzer had bij zijn mediationvoorstel. Het gaat om zaken die door de rechter ter zitting zijn verwezen (veelal civiele zaken). Van de motieven:

- gerechtelijke uitspraak lost probleem niet op;
- partijen moeten in de toekomst met elkaar verder;
- mediation geeft een snellere oplossing;
- partijen hebben zelf het voorstel gedaan;

werd het tweede motief het meest genoemd. Op de tweede plaats komt het motief dat een gerechtelijke uitspraak het probleem niet oplost.

Ook de keuzemotieven van partijen zijn onderzocht:

- de rechter adviseerde mediation;
- men verwachtte een betere oplossing;
- mediation is beter voor toekomstige relatie wederpartij;
- men verwachtte een snellere oplossing;
- de advocaat adviseerde mediation;
- men wilde oplossing in eigen hand houden;
- de wederpartij stelde mediation voor;
- de eerste 2,5 uur mediation zijn gratis;
- mediation is goedkoper dan gerechtelijke procedure.

Het hoogst scoorde het advies van de rechter, gevolgd door:

- beter voor toekomstige relatie wederpartij;
- verwachtte een betere/snellere oplossing;
- advies van de advocaat; en
- de wens om de oplossing in eigen hand te houden.

Economische overwegingen worden het minst belangrijk gevonden. De advocaten die mediation adviseerden, deden dit eerder uit praktische overwegingen (snelheid en 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. De gemiddelde doorlooptijd van de mediation (vanaf start tot laatste bijeenkomst) is 57 dagen, met een gemiddeld aantal van drie bijeenkomsten per mediation en gemiddeld zes contacturen met de mediator. Ook is de slagingskans van mediation onderzocht. Het globale beeld is dat in civielrechtelijke zaken minder gemakkelijk overeenstemming wordt bereikt⁷ dan in bestuursrechtelijke zaken.⁸ Zaken op het gebied van erfrecht, huur, burenruzies en arbeidsgeschillen blijken niet meer dan 50% slagingskans te hebben, waarschijnlijk vanwege de hardnekkigheid van relationele problemen. Conflicten met een overheidsinstantie, waarbij vaak een financieel in plaats van een relationeel belang speelt, hebben de hoogste slagingspercentages. Hoewel het succes van een mediation mede afhankelijk is van de vraag in hoeverre de gemaakte afspraken zijn nageleefd, is hierover blijkens het rapport onvoldoende concludente informatie beschikbaar.

Wat het rapport in ieder geval duidelijk maakt, is dat de verwijzing naar mediation binnen de Nederlandse rechtspraak een vaste positie heeft verworven. Vóór 2000 bestond in Nederland nauwelijks bekendheid met mediation. Geschillenbeslechting was nagenoeg exclusief voorbehouden aan de rechtspraak. Mediation is inmiddels een goed alternatief gebleken voor gerechtelijke uitspraken, door de combinatie van een beperkte tijdsinspanning en een gemiddelde doorlooptijd van twee maanden met een relatief hoge slagingskans.

⁷ 45% gehele overeenstemming; 9% gedeeltelijke overeenstemming.

⁸ 69% gehele overeenstemming; 5% gedeeltelijke overeenstemming.

3. Geschil, conflict en hun wijze van beslechting

Om te kunnen beslissen welke vorm van geschillenbeslechting het beste bij de zaak past, is een uitleg over het onderscheid tussen *geschil* en *conflict* nuttig.⁹ Verschillen in inzicht over feiten, regels en theorieën kunnen resulteren in een geschil. Als partijen dit geschil aan de rechter voorleggen, (her)formuleren zij hun verschillen van inzicht in juridische standpunten met een beroep op rechtsnormen en rechtsregels. Een gerechtelijke uitspraak kan het geschil tussen partijen oplossen, mits de partijstandpunten de werkelijke belangen weergeven. Vaak bestaat daarnaast echter ook een conflict. Dat is het geval als, afgezien van de inhoud of rationele aspecten, ook persoonlijke en/of affectieve aspecten een rol spelen. Een conflict ontstaat bijna nooit alleen of door een enkele belangentegenstelling, maar door miscommunicatie, gebrek aan onderling respect of waardering, conflicterende ego's, tijdgebrek en ongeduld, of onzekerheid door te weinig grip op de gang van zaken. Het zal duidelijk zijn dat een gerechtelijke uitspraak aan de hand van objectieve maatstaven dit conflict niet zal kunnen oplossen. Daarom is het van belang om de onderliggende belangen te onderkennen. Onderscheiden kan worden in:

- materiële (inhoudelijke) belangen: het gaat om het onderwerp van de strijd of onderhandeling, bijvoorbeeld: geld en goederen;
- psychologische belangen: hier gaat het om de manier waarop men met elkaar omgaat. Bijvoorbeeld: macht, het belang respectvol behandeld te worden en gezichtsverlies te voorkomen, en het belang om de relatie te continueren;
- procedurele belangen: het betreft de wensen en behoeften met betrekking tot de vorm van het onderhandelings- of beslechttingsproces. Bijvoorbeeld: gehoord worden, rechtvaardige procedure, en invloed kunnen uitoefenen.

De wijze waarop met een bepaald belang wordt omgegaan, heeft effect op de andere belangen. Het respecteren of schenden van psychologische of procedurele belangen beïnvloedt de zwaarte van inhoudelijke belangen. Een schending van het inhoudelijk belang kan tot escalatie leiden wat weer bijdraagt aan verzwaring van de andere belangen.

Het kenmerkende verschil tussen *geschil* en *conflict* is dat in de eerstgenoemde situatie meestal een materieel belang, en in het laatste geval eerder andere belangen voorop staan. Een puur juridische aanpak zal dan minder geschikt zijn om het werkelijke probleem op te lossen. In mediation is het begrip 'belang' cruciaal voor de te bereiken oplossing. Als geabstraheerd wordt van de (juridische) standpunten van partijen, blijkt dat belangen beter verenigbaar zijn dan op basis van die standpunten wordt vermoed. Partijen kunnen *gemeenschappelijke* belangen hebben, belangen kunnen verschillen maar desondanks *verenigbaar* zijn, en er zijn belangen die verschillend en *onverenigbaar* zijn. In een mediation worden partijen begeleid bij de herformulering van hun standpunten in belangen. Het verbaast dan ook niet dat de oplossingsrichtingen in mediation veel creatiever en ruimer zijn dan wanneer over het verschil van inzicht louter inhoudelijk (lees: juridisch) wordt gedebatteerd.

Kortom: ook andere dan materiële belangen kunnen de keuze voor de aanpak van een geschil mede bepalen. Dat kan zijn (i) gerechtelijke uitspraak, (ii) schikken of (iii) mediation.¹⁰ Ik noem schikken en mediation hier uitdrukkelijk als individuele opties, omdat daartussen nogal wat verschillen bestaan. Er bestaat geen uniforme methode voor de schikking door/voor de rechter. Bij mediation is dat wel het geval. De schikking borduurt voort op de juridische prognose van de uitkomst van het geschil en houdt dus eerder verband met de standpunten. In mediation zijn de belangen het uitgangspunt voor het bereiken van een oplossing. Zwart-wit gezegd, spelen standpunten in de mediation geen rol met de kanttekening dat er verschillende mediationstijlen bestaan.¹¹ In Nederland wordt de zogenoemde faciliterende mediationstijl, waarbij de mediator sterk gericht is op het proces, het meest toegepast. De

⁹ Ontleend aan het in noot 6 genoemde rapport van de Raad voor de rechtspraak.

¹⁰ Uiteraard naast andere alternatieven zoals arbitrage en bindend advies die elders in deze bundel zijn beschreven.

¹¹ A.F.M. Brenninkmeijer, H.C.M. Prein, C. Bos, 'Benaderingen', in: *Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 201-222.

evaluatieve mediationstijl, waarbij de mediator inhoudelijke bemoeienis heeft met de onderhandelingen tussen partijen en de uitkomst daarvan, is echter in opkomst.

4. De context van de mediationontwikkeling

4.1 Schikken wordt gestimuleerd

Een belangrijke verandering in de rechtspraak is de wijziging van het burgerlijk procesrecht in 2002. Door deze wijziging kent de civiele dagvaardingsprocedure in eerste aanleg in beginsel nog maar één schriftelijke ronde gevolgd door een comparitie na antwoord met als doel het beproeven van een schikking. Het verkennen van de mogelijkheid voor het treffen van een regeling, is de laatste tijd dus een steeds belangrijker taak voor de civiele rechter geworden.

4.2 Bij massaschade is schikken de norm

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 (hierna: 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 het gerechtshof Amsterdam verbindend te laten verklaren voor een zogenaamde ‘class’ van benadeelden, behoudens degenen die gebruik maken van de ‘opt out’ mogelijkheid. De WCAM is tamelijk succesvol gebleken.¹² Op grond van de WCAM is inmiddels een aantal omvangrijke zaken afgewikkeld, te weten de zaken DES, Dexia, Vedior, Shell en Vie d’Or. De Shell-zaak laat zien dat de WCAM ook door partijen ingezet wordt in zaken waarbij ook buitenlandse benadeelden of schadeveroorzakers betrokken zijn. Recentelijk heeft het gerechtshof Amsterdam zich bovendien (voorlopig) bevoegd verklaard kennis te nemen van het verzoek tot verbindendverklaring van een schikkingsovereenkomst tussen twee in Zwitserland gevestigde ondernemingen en Nederlandse belangenbehartigers in verband met schade geleden door merendeels buiten Nederland gevestigde beleggers.¹³

4.3 Implementatie Mediationrichtlijn

Op 12 november 2010 is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend ter implementatie van de Europese Mediationrichtlijn.¹⁴ Deze richtlijn is beperkt tot grensoverschrijdende geschillen en is van toepassing in burgerlijke en handelszaken. Bestuursrechtelijke en fiscale zaken en douanezaken vallen buiten het bereik van de richtlijn. Doel van de richtlijn is om het grensoverschrijdend gebruik van mediation aan te moedigen.

Bij de implementatie van de richtlijn in Nederland is ervoor gekozen deze zowel toe te passen op grensoverschrijdende als nationale zaken. De voorgestelde aanpassingen zijn onder meer de volgende. De mogelijkheid van verwijzing door de rechter naar mediation wordt opgenomen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De art. 22a en 87 Rv geven de rechter, zowel in dagvaardings- als verzoekschriftprocedures, de bevoegdheid om partijen mediation voor te stellen in elke stand van het geding en in alle gevallen. Het voorstel tot mediation heeft geen dwingend karakter.

De richtlijn besteedt ook aandacht aan de kwaliteit van mediation. De lidstaten moeten gedragscodes opstellen, de naleving ervan door mediators bevorderen en kwaliteitscontrole mechanismen ontwikkelen. In Nederland speelt het Nederlands Mediation Instituut (hierna: NMI) hierin een belangrijke rol. Het NMI houdt een register bij van mediators die een erkende opleiding hebben gevolgd en die geslaagd zijn voor de kennistoets. Mediators kunnen ervoor kiezen zich daarna te laten certificeren. De reden hiervoor is dat gerechten voor doorverwijzing naar mediation de eis stellen dat

¹² De evaluatie van de WCAM door het Ministerie van Justitie d.d. 23 oktober 2008, te vinden op: www.rijksoverheid.nl.

¹³ Gerechtshof Amsterdam 12 november 2010, *JOR* 2011/46, m.nt. J.S. Kortmann.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 555, nr. 1-7. De Mediationrichtlijn is Richtlijn 2008/52 EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008. Deze richtlijn dient op 21 mei 2011 geïmplementeerd te zijn.

een mediator NMI gecertificeerd is. De kwalificatie van NMI mediator draagt ertoe bij dat de mediator voldoet aan objectieve en transparante kwaliteitseisen. Om de NMI registratie/certificering te behouden, dient een mediator zich regelmatig te laten (bij)scholen. Daarnaast heeft het NMI gedragsregels opgesteld, en bestaat er een klachtenregeling en tuchtrechtvoorziening.

Lidstaten moeten het mogelijk maken om het resultaat van mediation in een uitvoerbare vorm vast te leggen om te voorkomen dat partijen bij niet naleving van deze overeenkomst nog naar de rechter moeten. Vastlegging in executabele vorm kan alleen plaatsvinden met instemming van beide partijen. Naar Nederlands recht kunnen partijen de uitkomst van mediation opnemen in een vaststellingsovereenkomst. Naar behoefte kunnen zij deze overeenkomst in een notariële akte laten vastleggen, of, bij een mediation tijdens een gerechtelijke procedure, in een proces-verbaal, vonnis of beschikking. Komt één van de partijen de verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst niet na, dan kan dat stuk ten uitvoer worden gelegd door een deurwaarder. 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.¹⁵

De bescherming van de vertrouwelijkheid van mediation is een belangrijke voorwaarde om het gebruik van mediation te bevorderen. Daarom is in art. 7 van de richtlijn een verschoningsrecht voor de mediator opgenomen. Hierop gelden twee uitzonderingen: de getuigenis is nodig om dwingende reden van openbare orde, en de openbaarmaking van de inhoud van de overeenkomst die het resultaat is van de mediation is nodig voor de tenuitvoerlegging daarvan. Hoewel het in Nederland gebruikelijk is om in een mediationovereenkomst vertrouwelijkheid overeen te komen, is niet gegarandeerd dat de rechter deze overeengekomen vertrouwelijkheid ook steeds in rechte honoreert en neemt de Hoge Raad in ieder geval geen verschoningsrecht voor de mediator aan.¹⁶ Daarom worden art. 165 Rv (dagvaardings- en verzoekschriftprocedure) en art. 1041 Rv (arbitrage) aangepast waarmee aan de mediator een beperkt verschoningsrecht wordt toegekend. Dit verschoningsrecht is minder vergaand dan in de richtlijn voorzien. Het is beperkt tot rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan. Partijen kunnen de mediator ontslaan van zijn geheimhoudingsplicht. Ook wordt voorgesteld om de gevolgen van mediation voor verjaring te regelen.¹⁷ Mediation stuit de verjaring van een rechtsvordering, en na beëindiging van de mediation vangt een nieuwe verjaringstermijn van drie jaar aan.

5. De enquêteprocedure

5.1 Doeleinden enquête en typen enquête

De enquêteprocedure kent verschillende doeleinden:

- sanering van en herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming;
- opening van zaken;
- de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid rust voor mogelijk blijvend wanbeleid.

Door Hermans zijn verschillende typen onderzoeken onderscheiden die samenhangen met de beschreven doeleinden van de enquête:¹⁸

- de curatieve enquête: hiervan is in de regel sprake bij een patstelling tussen of binnen de organen van de rechtspersoon. Bijvoorbeeld bij een geschil tussen twee aandeelhouders die ieder de helft van de aandelen houden, waardoor de besluitvorming wordt belemmerd. Het

¹⁵ Art. 279 lid 4 Rv.

¹⁶ HR 10 april 2009, *JBP* 2009, 37 m.nt. J.F. Fleming; *NJ* 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen.

¹⁷ De art. 3:316 en 3:319 BW.

¹⁸ R.M. Hermans, 'Het onderzoek in de enquêteprocedure', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72, 2003, p. 113 e.v.

- doel is dan herstel van de gezonde verhoudingen al dan niet door middel van onmiddellijke voorzieningen;
- de inquisitoire enquête: hier gaat het om de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid voor mogelijk blijkend wanbeleid rust als ‘opstapje’ naar aansprakelijkstelling van bijvoorbeeld bestuurders en commissarissen;
 - de antagonistische enquête: hierin staan niet zozeer de onderneming en haar problemen centraal, maar eerder de belangen van de betrokken partijen. Deze categorie van enquête is eerder gericht op geschillenbeslechting. Ook hier worden vaak onmiddellijke voorzieningen getroffen.

5.2 Aard van de enquêteprocedure

In een enquêteprocedure gaat het niet, en kan het – gelet op de aard van de procedure – niet gaan om verhaal van schade of het op declaratoire wijze vaststellen van rechten en plichten. De verzoeker tot de enquête wil een onmiddellijke voorziening of een onderzoek, of allebei. De aanleiding daarvoor ligt, zo blijkt uit het Rapport Cools/Kroeze,¹⁹ meestal in een impasse in de besluitvorming (niet-beursvennootschappen) of een verschil van inzicht tussen aandeelhouder en bestuur over het te voeren beleid (beursvennootschappen). Dit wordt vertaald naar de juridische grondslag voor de enquête: gegronde twijfel aan de gang van zaken en het beleid van de rechtspersoon. Met de onmiddellijke voorziening wordt beoogd de impasse op te heffen respectievelijk de ontstane situatie te de-escaleren. Het onderzoek is voor de verzoeker een middel om helder te krijgen of er inderdaad sprake is van wanbeleid. Met andere woorden: via het onderzoek beoogt de verzoeker zijn ‘gelijk’ te halen om dat in definitieve voorzieningen te kunnen verzilveren. Blijkens het Rapport Cools/Kroeze is dat meestal vervanging van bestuurders en commissarissen en (bij beursvennootschappen bovendien) schorsing of vernietiging van besluiten.

Hierboven heb ik toegelicht wat het verschil is tussen een geschil en een conflict. Bij een verschil van inzicht over het te voeren beleid, maar ook bij een impasse in de besluitvorming, zal vaak niet alleen sprake zijn van een puur inhoudelijk geschil. Onderhuidse spanningen, onvrede over communicatie of samenwerking, *clashende* opvattingen over waar de macht ligt binnen de onderneming (Rijnlands versus Angelsaksisch model) of de cultureel bepaalde gewoontes kunnen een inhoudelijk verschil van mening aanzienlijk verscherpen en zelfs laten escaleren tot een conflict.²⁰ En dan heb ik het nog niet eens over de enquêteprocedures waarbij partijen het enquêtewapen hanteren in een poging een ander geschil of conflict op te lossen. Denk aan de ruziënde ex-echteliëden die gezamenlijk aandeelhouder/bestuurder zijn van een BV. Onder het mom van een impasse in de besluitvorming binnen de BV vechten zij over de verdeling van de huwelijksgemeenschap.

Partijen trekken zich terug achter een verdedigingswal opgebouwd uit juridische standpunten. Met de focus op het ‘harde’ (materiële) belang blijven de andere belangen en het onderliggende geschil onderbelicht. De enkele vervulling van het materiële belang (bijvoorbeeld de schorsing van een besluit of de vervanging van een bestuurder) zal het werkelijke probleem niet oplossen. De aangehaalde voorbeelden indachtig: de enquêteprocedure zelf zal niet leiden tot een verdeling van de boedel. Dit maakt de enquêteprocedure in feite tot een vreemde eend in de bijt binnen de reeks van gerechtelijke (geschilbeslechtende) procedures. De meeste vormen van geschilbeslechting via de rechter leiden tot een uitspraak waarmee (uiteraard behoudens beroep/cassatie) rechtstreeks een einde wordt gemaakt aan een geschil. Afgezien van het hierboven aangeduide verschil tussen geschil en conflict, wordt aan

¹⁹ K. Cools, P.G.F.A. Geerts, M.J. Kroeze, A.C.W. Pijls, *Het recht van enquête. Een empirisch onderzoek*, Instituut voor Ondernemingsrecht, 2009.

²⁰ Bijvoorbeeld de Angelsaksische institutionele aandeelhouder die gewend is om bij een conflict met de raad van bestuur contact te zoeken met de president-commissaris, terwijl het naar Nederlandse maatstaven minder gebruikelijk is dat de (voorzitter van de) raad van commissarissen buiten aanwezigheid van de (voorzitter van de) raad van bestuur met aandeelhouders praat. Zie over de rol van de raad van commissarissen de conclusie van A-G Timmerman, nr. 3.5.1 e.v. bij HR 9 juli 2010, NJ 2010,544 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2010/228 m.nt. M.J. Van Ginneken (ASMI).

de hand van objectieve maatstaven een uitspraak gedaan over de rechten en verplichtingen van partijen. Zwart-wit gezegd, krijgt de ene partij gelijk en de andere partij ongelijk; de één moet iets betalen aan de ander. Dat is niet een uitkomst die met de enquêteprocedure wordt bereikt. Daarin worden immers geen executabele rechten of verplichtingen vastgesteld. Zoals de voormalig voorzitter van de Ondernemingskamer, Huub Willems, ooit schreef:²¹ ‘De zin van een enquête ligt (...) buiten de enquête zelf’.

Toegepast op bijvoorbeeld het inquisitoire type van de enquête: hoewel in het onderzoek kan worden vastgesteld wie *verantwoordelijk* is voor het eventuele wanbeleid, betekent die enkele vaststelling niet dat die persoon daarvoor ook *civielrechtelijk aansprakelijk* is, laat staan dat de Ondernemingskamer daarover een uitspraak doet. De vraag naar eventueel onbehoorlijk bestuur (door een bestuurder) of onbehoorlijk toezicht (door een commissaris) wordt in een andere procedure en door een andere rechter beantwoord. De uitkomst van de enquêteprocedure kan daarbij een rol spelen, maar is niet doorslaggevend. Er moet immers ook onderzocht worden of de handelwijze van de betrokkene tot schade heeft geleid, wat de omvang van die schade is en of de schade aan hem toerekenbaar is.

In een antagonistische enquête zal het de verzoekende partij met name te doen zijn om de onmiddellijke voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen. Deze beogen evenmin de rechten of verplichtingen van partijen vast te stellen. Het zijn ordemaatregelen waarbij het gaat om bevrozing van een bestaande (mogelijk ongewenste) situatie ‘om erger te voorkomen’ of het herstel van een *level playing field*. Daarmee kan een basis worden gelegd voor het nader bepalen van de onderhandelingstactieken en/of verder overleg. De enquêteprocedure noch de Ondernemingskamer bepaalt de uitkomst daarvan.

Voor zover al een onderscheid gemaakt kan worden tussen ‘eigenlijke’ en ‘oneigenlijke’ enquêtes, behoort de curatieve enquête tot de eerste categorie.²² Duidelijk is dat een uitspraak van de Ondernemingskamer rechtstreeks gevolgen heeft voor een impasse in de besluitvorming. Met behulp van onmiddellijke voorzieningen kan die impasse worden opgeheven waardoor een bepaald besluit alsnog wel (of juist niet) wordt genomen. Als onderzoek wanbeleid uitwijst, kan (het gevolg van) dat wanbeleid door definitieve voorzieningen worden gerepareerd of beperkt. Let wel: het zijn de *vennootschappelijke* verhoudingen die worden gesaneerd, niet de *persoonlijke* verhoudingen tussen de mede-aandeelhouder/(gewezen) bestuurder en de ander. Ook hier geldt dat als het de strijdende partijen in wezen om iets anders gaat dan de besluitvorming binnen de rechtspersoon, het onderliggende conflict niet wordt opgelost. Aangezien de Ondernemingskamer een aandeelhouder niet kan verplichten zijn aandelen definitief over te dragen, blijven deze en zijn wederpartij via het aandeelhouderschap tot elkaar veroordeeld. Met de voorzieningen wordt dus alleen een ‘schijnoplossing’ bereikt.

De enquête(procedure) maakt, kortom, geen rechtstreeks einde aan een (lees: het werkelijke) geschil. Het is een instrument of middel waarmee de symptomen worden weggenomen, maar de kwaal blijft bestaan. Niet voor niets vergeleek Willems de enquêteprocedure met vennootschappelijke aspirine of zwaar medicijn.²³

5.3 Bevindingen Rapport Cools/Kroeze over de enquêteprocedure

Onder leiding van Cools en Kroeze is onderzoek verricht naar de ervaringen met het recht van enquête. Ik vat de voor deze bijdrage relevante onderzoeksbevindingen samen. Het rapport bevestigt het beeld dat het recht van enquête meestal gebruikt wordt door kapitaalverschaffers (aandeelhouders en certificaathouders). De meeste enquêteprocedures betroffen

²¹ J.H.M. Willems, ‘De enquêteprocedure: een efficiënte dienstmaagd’, in: *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Serie monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 62, 2000, p. 29-45.

²² G. van Solinge, ‘Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid’, in: *Drie Nijmeegse Redes*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 59, 1998, p. 45-46.

²³ Willems 2000, p. 29-45.

niet-beursvennootschappen (93%); 6% was gericht tegen beursvennootschappen.²⁴ Bij niet-beursvennootschappen was de aanleiding voor een enquêteprocedure meestal een impasse in besluitvorming. Kapitaalverschaffers van beursvennootschappen gebruikten het instrument vooral bij conflicten tussen het bestuur en aandeelhouders, veroorzaakt door verschil van inzicht ten aanzien van het te voeren beleid. De enquête werd ook aangewend door vijandige bieders in het kader van een biedingstrijd.

De meest getroffen onmiddellijke voorziening was zowel bij niet-beursvennootschappen als bij beursvennootschappen de tijdelijke benoeming van bestuurders en commissarissen. Bij beursvennootschappen greep de Ondernemingskamer daarnaast een aantal keren in met het opleggen van een verbod tot besluitvorming aan de AVA. In een groot aantal gevallen waarin een onmiddellijke voorziening is toegewezen, werd dit niet gevolgd door een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon.²⁵

In de gevallen waarin de Ondernemingskamer wanbeleid heeft vastgesteld, was de meest getroffen definitieve voorziening schorsing of ontslag van bestuurders en commissarissen en tijdelijke benoeming van anderen. Bij beursvennootschappen was de meest getroffen definitieve voorziening schorsing of vernietiging van besluiten.

Het aantal minnelijke regelingen van enquêteprocedures bij niet-beursvennootschappen is in de periode 2000-2007 (37%) gestegen ten opzichte van de periode 1994-1999 (20%). Bij beursvennootschappen wordt zelden een minnelijke regeling getroffen. De fase waarin de meeste minnelijke regelingen tot stand komen is de eerste fase van de enquêteprocedure (met name na toewijzing van het onderzoek en tijdens het onderzoek).²⁶ De gemiddelde termijn waarbinnen de Ondernemingskamer in de periode 2000-2007 op een enquêteverzoek besliste is bij beursvennootschappen 61 dagen en bij niet-beursvennootschappen 88 dagen.²⁷ In de periode 2000-2007 duurde een onderzoek bij een beursvennootschap gemiddeld 246 dagen en bij een niet-beursvennootschap gemiddeld 306 dagen. De gemiddelde totale duur van de enquêteprocedure (inclusief onderzoek) lag in de periode 2000-2007 bij beursvennootschappen hoger (564 dagen) dan bij niet-beursvennootschappen (440 dagen).

6. Mediation in de context van de enquêteprocedure

In deze bundel schetst Eijsbouts de verschillen tussen mediation en *adjudication* (arbitrage en gerechtelijke procedures).²⁸ Hieronder beschrijf ik de verschillen tussen mediation en de enquêteprocedure:

	Enquêteprocedure	Mediation
Tijdsinspanning	Verzoek- en verweerschrift, zitting(en), betrokkenheid gedurende het onderzoek	Gemiddeld drie bijeenkomsten met mediator ²⁹
Doorlooptijd	Eerste fase (behandeling verzoek en onderzoek): <i>Niet-beursvennootschappen:</i> Gemiddeld 440 dagen inclusief	Gemiddeld 57 dagen ³¹

²⁴ Daarnaast zijn enkele enquêteverzoeken ingediend ten aanzien van stichtingen, verenigingen en coöperaties.

²⁵ 23% bij niet-beursvennootschappen en 42% bij beursvennootschappen in de periode 2000-2007.

²⁶ In het Rapport Cools/Kroeze wordt erop gewezen dat niet alle minnelijke regelingen uit beschikkingen blijken. Vóór 1 januari 2002 werden minnelijke regelingen niet systematisch in een beschikking opgenomen. Bovendien zijn de minnelijke regelingen die zijn getroffen voor de zitting en voor het wijzen van de eerste beschikking en die leiden tot intrekking niet in een beschikking terug te vinden.

²⁷ In het rapport wordt ook steeds de mediaan genoemd; die laat ik hier voor de leesbaarheid buiten beschouwing.

²⁸ Zie ook: Eijsbouts 2003, p. 106 e.v.

²⁹ Zie het rapport genoemd in noot 6.

	onderzoek van gemiddeld 306 dagen <i>Beursvennootschappen:</i> Gemiddeld 564 dagen inclusief onderzoek van gemiddeld 264 dagen ³⁰	
Focus	Gericht op het verleden	Toekomstgericht
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
Kernmerk	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; (in de regel) openbaar onderzoeksrapport	Vertrouwelijke vaststellingsovereenkomst
Aard van de oplossing	Juridisch	Onbeperkt
Beroepsmogelijkheden	Cassatieberoep	Geen

Geabstraheerd van de aard en herkomst van de geschillen en van de betrokken partijen, kunnen enkele voordelen van mediation ten opzichte van de enquêtetprocedure leiden tot een keuze voor mediation. Ik licht er één 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 de partijen de reikwijdte van het geschil. Die beperking kent het enquêterecht in mindere mate.

Bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen is de Ondernemingskamer niet gebonden aan de onmiddellijke voorzieningen waar partijen om hebben verzocht. Hoewel de voorziening een naar haar aard voorlopig karakter moet hebben, kan een dergelijke voorziening tot onomkeerbare gevolgen leiden.³² In de DSM-beschikking van de Hoge Raad valt echter een inperking van die vrijheid te lezen. Volgens Maeijer moeten de te treffen onmiddellijke voorzieningen zoveel mogelijk gerelateerd zijn aan de (hoofd)doeleinden van een enquête (sanering en herstel van gezonde verhoudingen).³³ Ik verwijs bovendien naar het concept-wetsvoorstel tot wijziging van het enquêterecht, waarmee de grenzen van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer zijn verduidelijkt door de vereiste belangenafweging neer te leggen in art. 2:349a BW.³⁴ De Ondernemingskamer moet zich ervan vergewissen dat eventuele onmiddellijke voorzieningen voldoen aan het evenredigheidsbeginsel, rekening houdend met de belangen van zowel de rechtspersoon als degenen die krachtens de wet en de statuten zijn betrokken bij zijn organisatie. De Commissie Vennootschapsrecht heeft bij het voorontwerp opgemerkt dat het wenselijk is om in de wet een sterker verband te leggen tussen de onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek.³⁵

Tot voor kort hanteerde de Ondernemingskamer als vaste lijn dat de verzoeker hangende een enquête de procedure niet zelfstandig kan beëindigen. De opvatting van de Ondernemingskamer was dat zij op een dergelijk verzoek beslist en daarbij een afweging maakt waarbij ook de belangen van de overige belanghebbende betrokken moeten worden. Aldus heeft de Ondernemingskamer in de KPNQwest procedure het verzoek om beëindiging afgewezen. De afwijzing berustte op de eigen aard van de enquêtetprocedure, waarbij naast de belangen van verzoekers, aandeelhouders, bestuurders en

³⁰ Zie § 5 van deze bijdrage.

³¹ Zie het rapport genoemd in noot 6.

³² HR 19 oktober 2001, *JOR* 2002/5 m.nt. F.P.J. van den Ingh (Skygate); HR 14 september 2007, *JOR* 2007/238 m.nt. S.M. Bartman (Versatel).

³³ HR 14 december 2007, *JOR* 2008/11 m.nt. A. Doorman, *NJ* 2008,105 m.nt. J.M.M. Maeijer (DSM).

³⁴ Ten tijde van de afsluiting van deze bijdrage, verkeerde het wetsvoorstel nog in de conceptfase, te vinden op www.internetconsultatie.nl/enqueterecht.

³⁵ Brief van de Commissie Vennootschapsrecht d.d. 19 oktober 2010 aan de Minister van Veiligheid en Justitie, te vinden op: www.rijksoverheid.nl.

commissarissen ook andere belangen, waaronder ten minste die van de rechtspersoon, maar ook maatschappelijke belangen een rol kunnen spelen.³⁶ De vraag of de door de Ondernemingskamer gehanteerde lijn juist is, is inmiddels ontkennend beantwoord door de Hoge Raad.³⁷ Deze heeft bepaald dat bij de beoordeling van een beëindigingsverzoek voornamelijk betekenis toekomt aan de belangen van de oorspronkelijke verzoeker(s) en aan het belang van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken. Aan een algemeen belang, zoals een maatschappelijk belang, komt volgens de Hoge Raad in beginsel geen doorslaggevend gewicht toe, omdat de Ondernemingskamer niet bevoegd is met het oog op het algemeen belang ambtshalve een onderzoek in te stellen. Hetzelfde moet, aldus de Hoge Raad, worden aangenomen waar het gaat om belangen van derden. Dat is alleen anders als sprake is van zodanig (door desbetreffende belanghebbenden aannemelijk te maken) zwaarwegende algemene belangen of belangen van derden dat voortzetting van de enquête of voltooiing daarvan geboden is.

Het onderzoek (het hart van de enquêteprocedure) illustreert bij uitstek dat partijen de controle over inhoud en proces nagenoeg volledig uit handen geven. De Ondernemingskamer heeft grote vrijheid bij het bepalen van de onderzoeksopdracht.³⁸ Ook mag de Ondernemingskamer, onder bepaalde voorwaarden, een onderzoek gelasten over een ruimere periode dan waarom verzoekers hebben verzocht.³⁹ De feitelijke grondslag voor de vaststelling dat sprake is van wanbeleid moet blijken uit het onderzoeksverslag. Dat de onderzoeker een zware verantwoordelijkheid heeft, blijkt uit de identificatie door Hermans van de zeven taken voor de onderzoeker.⁴⁰ Niettemin is de taakomschrijving van de onderzoekers uiterst summier in de wet geregeld. Ik heb het al eens eerder betreurd dat de partijen in de onderzoeksfase geen enkel initiatief kunnen ontplooiën om bij te dragen aan (of zo men wil: invloed uit te oefenen op) de waarheidsvinding die nu juist wordt beoogd met de enquêteprocedure.⁴¹ De onderzoeker heeft grote vrijheid bij de inrichting en uitvoering van het onderzoek. Verzoeken van de onderzoeker tot verhoging van de kosten van het onderzoek worden in de regel gehonoreerd, met beperkte inspraakmogelijkheden voor partijen.⁴² Hoewel van verschillende kanten gepleit is voor een met meer waarborgen omklede onderzoeksfase, voelt de minister er niet voor om in de wet een gedetailleerde regeling ten aanzien daarvan op te nemen. In het concept-wetsvoorstel wordt volstaan met een versterking van de aandacht voor het beginsel van hoor en wederhoor. De Commissie Vennootschapsrecht heeft geadviseerd om het toezicht op de onderzoeksfase te versterken door de introductie van een raadsheer-commissaris. 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, vrees ik dat deze niet kunnen verhelen dat de bij een enquêteprocedure betrokken partijen de controle over (de uitkomst van) hun geschil verliezen, nog afgezien van het feit dat een enquête als een boemerang kan terugkomen bij de partij die daarom heeft verzocht.⁴³ Als behoud van controle over de uitkomst voor partijen cruciaal is, kan mediation een goed alternatief zijn.

³⁶ OK 5 juli 2010, *JOR* 2010/231 m.nt. P.G.F.A. Geerts (KPNQwest).

³⁷ HR 17 december 2010, *JOR* 2011/42, m.nt. J.M. Blanco Fernández (KPNQwest).

³⁸ HR 6 juni 2003, *JOR* 2003/161 m.nt. M. Josephus Jitta (Scheipar).

³⁹ HR 30 maart 2007, *JOR* 2007/138 m.nt. M. Josephus Jitta (ATR Leasing).

⁴⁰ Feiten vaststellen, feiten beoordelen, kwalificeren, vaststellen individuele verantwoordelijkheid, adviseren over te treffen maatregelen, bemiddelen, toezicht houden op naleving voorlopige voorzieningen. Zie Hermans 2003.

⁴¹ E.M. Soerjatin, 'Kroniek enquêterecht 2003: wie gaat er in het (hoender)hok: de knuppel of de OK?', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 75, 2004, p. 93-115.

⁴² Bijvoorbeeld OK 22 februari 2007, *ARO* 2007,52 (LdB Ogilvy & Mather).

⁴³ Bijvoorbeeld OK 18 oktober 2004, *ARO* 2004,130 (NIBO): weliswaar concludeerde de OK tot wanbeleid, maar de aandeelhouders die gezamenlijk om de enquête hadden verzocht, dienden hun aandelen ten titel van beheer aan een derde over te dragen omdat zij verantwoordelijk werden gehouden voor de onwerkbare situatie die het voortbestaan van de onderneming bedreigde.

Ook als de aard van de geschillen wordt gezien, lijkt mediation een prima alternatief. Tijdens de al eerder aangehaalde expertmeeting Ondernemingskamer onderkenden de aanwezigen dat de enquête in feite een ‘dure vorm van geschiedschrijving’ is, die zich richt op het verleden terwijl men eigenlijk een voorziening voor de toekomst beoogt. Voor zover men mogelijkheden voor mediation in enquêteprocedures zag, zou dat beperkt moeten blijven tot kleine ondernemingen, eventueel onder begeleiding van de Ondernemingskamer.

Een goed voorbeeld van een zaak waar de Ondernemingskamer mogelijk had kunnen verwijzen naar mediation, is de enquête tegen Living City Property Performance BV.⁴⁴ De betrokken partijen waren een samenwerking aangegaan die vorm kreeg via de oprichting van een BV waarin ieder van partijen 50% van de aandelen hield. Nadat de ene partij de samenwerking had beëindigd en met de feitelijke liquidatie van de BV was begonnen, diende de andere partij een enquêteverzoek in. Grondslag was dat gegrond getwijfeld kon worden aan een juist beleid van de BV, wat verwijtbaar was aan de aandeelhouder die de samenwerking had beëindigd. De Ondernemingskamer gelastte een onderzoek en benoemde een tijdelijke bestuurder. Deze moest bezien in hoeverre continuering van de (activiteiten van de) BV mogelijk was, althans toezicht houden op de afwikkeling van de (activiteiten van de) BV. De Ondernemingskamer liet de vraag naar de oorzaken van en de vraag naar de verantwoordelijkheid voor mogelijk onjuist beleid in het midden, evenals de beoordeling of de beëindiging van de samenwerking rechtens juist was. Formeel gezien adequaat, maar het onderliggende conflict werd daarmee niet beslecht. Uit de beschikking valt op te maken dat de breuk tussen de partijen onomkeerbaar en onherstelbaar was. De focus van partijen zal daarom liggen op de ontvlechting van hun samenwerking. Daargelaten de vraag of partijen voorafgaand aan de indiening van het enquêteverzoek genegen waren tot mediation, kan ik uit de beschikking niet afleiden of de Ondernemingskamer, bijvoorbeeld tijdens de zitting, de bereidheid daartoe bij partijen heeft gepolst. Uit het hierboven aangehaalde rapport van de Raad voor de Rechtspraak blijkt dat de belangrijkste motieven van partijen om voor mediation te kiezen zijn dat *de rechter daartoe heeft geadviseerd* respectievelijk dat *een gerechtelijke uitspraak het geschil niet oplost*. Zo op het eerste oog had een advies van de Ondernemingskamer partijen misschien het laatste duwtje in de rug gegeven richting mediation waarbij de afwikkeling van hun samenwerking centraal zou staan. Dit had uiteraard de mogelijkheid van aanhouding van het enquêteverzoek als ‘drukmiddel’ onverlet gelaten. Evenals de optie om een onmiddellijke voorziening te vragen die als doel heeft de status quo te bevriezen of het *level playing field* te herstellen.

De vraag of mediation ook opportuun zou zijn bij een enquête tegen een beursvennootschap werd tijdens de expertmeeting Ondernemingskamer overwegend negatief beantwoord. De enige reden waarom mediation bij bepaalde grote zaken een alternatief zou kunnen zijn, aldus de meeste aanwezigen, is de vermindering van publiciteit, ook in verband met reputatierisico's. Daartegenover werd echter gesteld dat vertegenwoordigers van aandeelhouders de enquêteprocedure, en de daaraan verbonden publiciteit, juist als behulpzaam instrument zien.

Ik denk dat er geen vastomlijnd antwoord is te geven op de vraag of mediation mogelijk is in de enquêteprocedure, ongeacht of deze gericht is tegen beurs- of niet beursvennootschappen. Het zal afhangen van de aard van het geschil, het onderliggende belang, de onderhandelingsruimte en – bereidheid, en de mate van escalatie van het conflict. Het is bij wijze van voorbeeld interessant te onderzoeken of 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.⁴⁵ Tussen Centaurus c.s. en de leiding van Stork bestond een diepgaand verschil van inzicht over de strategie: wel of niet opsplitsen. Centaurus c.s. wensten een AVA met als agendapunt de opzegging van het vertrouwen in de raad van commissarissen. Stork gaf daarop beschermingsprefs uit aan de Stichting Stork waarmee het stemmenblok van Centaurus c.s. ongevaarlijk werd gemaakt. De beide kampen maakten gebruik van de vennootschapsrechtelijke middelen die hen ten dienste stonden, wat eigenlijk alleen maar tot verdere escalatie van het conflict leidde. Een bijkomende omstandigheid was

⁴⁴ OK 18 november 2008, *JOR* 2009/37.

⁴⁵ OK 17 januari 2007, *JOR* 2007/42 m.nt. J.M. Blanco Fernández (Stork).

een cultuurbepaald verschil van opvatting over waar de macht binnen de onderneming ligt (Angelsaksisch versus Rijnmodel) 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 lijken bij uitstek onderwerpen waarover via mediation een oplossing kan worden bereikt, zelfs bij beursvennootschappen. Wat hier echter ook speelde was een inhoudelijk verschil van mening over de strategie, waarbij partijen het oneens waren over de vraag bij wie de beslissing daarover moet liggen. Mediation over een dergelijk onderwerp door een beursvennootschap zal mijns inziens lastig zijn. Ten eerste heeft de raad van bestuur bij het bepalen van het beleid en de strategie van de onderneming te maken met belangenpluralisme en kan hij niet zonder meer of vrijelijk over het vennootschapsbelang beschikken ten gunste van een deelbelang, waarbij bovendien het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders geldt. Daarvan is ook sprake wanneer de schil rondom de bezwaren van Centaurus c.s. wordt afgepeld en hun werkelijke belang zichtbaar wordt, namelijk de verwezenlijking van hun aandeelhouders- c.q. financiële belang (opsplitsing levert meer geld op). Hoewel een financieel, lees: vermogensrechtelijk 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 het geval was, een gerechtelijke uitspraak over de afbakening en verdeling van de bevoegdheden en verantwoordelijkheden binnen een rechtspersoon juist nodig zijn om de geëigende context te schetsen. Tot slot dient het debat over koers van de onderneming niet in een *tête-à-tête* tussen een (groep van) aandeelhouder(s) en de ondernemingsleiding, maar, aldus de Ondernemingskamer, te worden gevoerd:⁴⁶ "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".

Dit alles bevestigt alleen maar dat het antwoord op de vraag naar de opportuniteit van mediation in een enquêteprocedure 'van de omstandigheden afhangt'. Het vereist maatwerk. Ik zou er een voorstander van zijn als de Ondernemingskamer daarin een rol gaat spelen.

7. Voorstel voor maatwerk

Zoals in § 4 toegelicht, is voorgesteld om de mogelijkheid van verwijzing naar mediation door de rechter wettelijk te verankeren. Ook de Ondernemingskamer kan hiervan gebruik (gaan) maken. Hieronder doe ik een voorstel voor de toepassing van deze verwijzingsmogelijkheid door de Ondernemingskamer, waarbij ik vooruitloop op de invoering van het wetsvoorstel ter implementatie van de Mediationrichtlijn.

Gelet op de aanzienlijke voordelen van mediation, komt het erop aan dat mediation niet bij voorbaat als alternatief wordt uitgesloten. Dat, zoals opgemerkt in de expertmeeting Ondernemingskamer, partijen zichzelf met mediation de beroepsmogelijkheden ontnemen, moet hier mijns inziens niet aan in de weg staan. Mediation wordt in vrijwilligheid aangegaan met als doel het bereiken van een oplossing die recht doet aan de belangen over en weer. Een geslaagde mediation betekent dat de – in onderling overleg bereikte - 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. Ook is het bezwaar genoemd dat mediation geen jurisprudentie creëert. Het is waar dat de jurisprudentie van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad mede bijdraagt aan de ontwikkeling van de beginselen van *corporate governance*, maar de creatie van jurisprudentie is geen doel op zich. Voor ogen moet worden gehouden dat het de advocaten zijn, en niet de betrokken ondernemingen, die vol lof zijn over

⁴⁶ Zie vorige noot, rov. 3.14.

de enquêteprocedure.⁴⁷ De enquêteprocedure speelt zich volledig in de publiciteit af met alle reputatierisico's van dien. 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 meer persoonsgericht ervaren dan bijvoorbeeld een uitspraak van de voorzieningenrechter over de onrechtmatigheid van een bepaalde handelwijze van de rechtspersoon. Dat een groot deel van de tijdens een enquêteprocedure bereikte schikkingen tot stand komt na toewijzing van of tijdens het onderzoek, illustreert dat de inzet van de enquêteprocedure deel uitmaakt van de onderhandelingstactiek van partijen. Van de verzoekende partij zou verlangd kunnen worden dat hij bij de indiening van het verzoek aangeeft in hoeverre mediation is overwogen respectievelijk of daarvoor ruimte bestaat. Als de Ondernemingskamer standaard bij de ontvangst van een enquêteverzoek onderzoekt of een zaak zich leent voor mediation, zal dat partijen mogelijk al in een eerdere fase, zonder dat een enquêteverzoek wordt ingediend, tot mediation kunnen stimuleren. Het past bij het instrumentele karakter van de enquêteprocedure, dat ook tot uitdrukking komt in het formele vereiste van art. 2:349 BW op grond waarvan de verzoeker vooraf de ondernemingsleiding over zijn bezwaren informeert en de gelegenheid geeft maatregelen te nemen. Naarmate partijen eerder in de schikking- of mediationmodus raken, vermindert dit bovendien de werklast van de Ondernemingskamer, en kampt zij minder vaak met het probleem van het vinden van onderzoekers.⁴⁸ Als op basis van de mededelingen van partijen of op grond van de inhoud van het enquêteverzoek mediation niet onmiddellijk voor de hand lijkt te liggen, kan de Ondernemingskamer in elke stand van het geding, bijvoorbeeld ter zitting, de mediationmogelijkheid opnieuw onderzoeken. Aldus behouden partijen de ruimte om eventueel, voorafgaand aan doorverwijzing naar mediation, onmiddellijke voorzieningen te vragen ter bevestiging van een status quo of tot herstel van het *level playing field*. De enige vraag die de Ondernemingskamer zich iedere keer zal moeten stellen, is of de zaak *mediation-fähig* is. Pel heeft betoogd dat vrijwel alle *zaken* zich lenen voor mediation maar dat niet alle *partijen* geschikt zijn voor mediation.⁴⁹ De belangrijkste succesindicatoren voor een geslaagde mediation zijn: de onderhandelingsbereidheid, de onderhandelingsruimte en de escalatiegraad van het conflict.⁵⁰

Navraag bij de mediationfunctionaris van een andere specialistische rechtspraakvoorziening (het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBb), leert dat de selectie van zaken die voor mediation in aanmerking komen in twee fasen plaatsvindt. In de voorfase worden aan de hand van negatieve selectiecriteria zaken geselecteerd die zich in de visie van het CBb niet voor mediation lenen. Dat kan zijn vanwege het type zaak (hoger beroep tuchtrecht), de inhoud van de zaak (leent zich beter voor een specifiek mediationaanbod in een latere fase) of de betrokken partijen (derde belanghebbenden, het betrokken bestuursorgaan). De tweede fase is de instructiefase (de fase waarin de zaken inhoudelijk worden voorbereid). Potentieel *mediabele* zaken worden geselecteerd aan de hand van positieve selectiecriteria. Deze betreffen onder meer het type relatie dat partijen met elkaar hebben (bijvoorbeeld langdurig/incidenteel), de kern van het geschil (puur juridisch of – mede – veroorzaakt door bijkomende omstandigheden zoals bejegening of miscommunicatie), de proceshouding van partijen (groot belang bij tijdwinst, procesmoeheid) en de 'bewegingsruimte' van partijen. Na selectie wordt aan beide partijen een mediationaanbod gedaan. Als beide partijen positief reageren, wordt naar mediation verwezen. Het CBb doet opgave van een drietal geschikte mediators en partijen selecteren ieder twee mediators. Als de partijen dezelfde mediator aanwijzen, benadert het CBb deze mediator die vervolgens de zaak overneemt van het CBb. De uitkomst van de mediation wordt door partijen aan het CBb meegedeeld en vervolgens wordt de procedure hetzij ingetrokken, hetzij wordt een zitting geagendeerd.

⁴⁷ Ook: G. Van Solinge, 'Geschillen in de vennootschap', in: *Geschillen in de vennootschap*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 105, 2010, p. 1-15.

⁴⁸ Rapport Cools/Kroeze, p. 54.

⁴⁹ M. Pel, 'Doorverwijzen', in: *Handboek Mediation*, 2009, p. 271-293.

⁵⁰ Conflict als probleem, conflict als strijd of conflict als oorlog; zie daarover H.C.M. Prein, 'Conflicten', in: *Handboek Mediation*, 2009, p. 39-61.

Hoewel deze procedure prima toepasbaar lijkt voor de Ondernemingskamer, zie ik één knelpunt: als er belanghebbenden in het spel zijn. Voor het CBb is dit een negatieve indicatie voor mediation. De jurisprudentie in enquêteprocedures laat zien dat een belanghebbende die zich in de rechtsstrijd heeft gemengd, roet in het eten kan gooien door niet mee te werken aan de intrekking van de procedure nadat een schikking is bereikt tussen de verzoeker en de rechtspersoon en/of andere belanghebbenden.⁵¹ Een belanghebbende zou mogelijk dus ook de verwijzing naar mediation, en daarmee de aanhouding van het enquêteverzoek of het onderzoek gedurende de mediation, kunnen frustreren. De Hoge Raad heeft overwogen dat indien het belang van alle oorspronkelijke verzoekers bij het onderzoek is weggevallen in verband met een minnelijke regeling tussen hen en alle op het verzoek tot het instellen van een onderzoek in de procedure verschenen belanghebbenden, niet spoedig kan worden aangenomen dat algemene belangen of belangen van derden zo zwaarwegend zijn dat het beëindigingsverzoek moet worden afgewezen.⁵² Dit lijkt toch nog enige ruimte over te laten voor de kans dat niet naar mediation kan worden verwezen in verband met zwaarwegende algemene belangen of belangen van derden. Om discussie te voorkomen ligt het in de rede dat aan het wetsvoorstel ter implementatie van de Mediationrichtlijn een bepaling wordt toegevoegd die voorziet in de schorsing van de procedure gedurende de mediation.

Wat de benoeming van de mediator betreft, kan de Ondernemingskamer een openbare lijst van mediators aanleggen, en een selectie daaruit ter keuze aan partijen voorleggen. Anders dan Van Solinge ben ik er geen voorstander van dat de mediator lid is van de Ondernemingskamer.⁵³ Het is in mijn visie bovendien belangrijk dat de partijen zelf de mediator(s) aanwijzen. Het uitoefenen van invloed door partijen op de persoon van de mediator verhoogt het vertrouwen van partijen in de mediator en is dus essentieel voor de slagingskans van mediation. Tijdens de expertmeeting Ondernemingskamer wees men erop dat de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders, commissarissen en onderzoekers regelmatig, al dan niet op verzoek van de Ondernemingskamer, een bemiddelende rol vervullen. Met Hermans aarzel ik over de wenselijkheid van deze praktijk.⁵⁴ Deze personen worden door de Ondernemingskamer benoemd. Dit brengt mee dat de benoemde persoon in feite boven de partijen staat en macht over partijen heeft. Stel dat de bemiddelingspoging van de benoemde bestuurder, commissaris of onderzoeker mislukt, wat zijn dan de gevolgen voor zijn verdere taakuitoefening en –opvatting? Is hij nog onbevangen genoeg? De mediator moet daarom en neutrale, door partijen zelf aangewezen persoon zijn. Als de mediation mislukt, heeft de mediator verder geen rol meer in het vervolg van de procedure.

De persoon en de kwaliteit van de mediator zijn kritiek voor het slagen van de mediation. De lijst met mediators van de Ondernemingskamer zal mijns inziens uitsluitend personen met mediationvaardigheden moeten bevatten. De eis van een NMI-certificering, zoals de meeste gerechten die voor de doorverwijzingsvoorziening stellen, lijkt mij daarom voor de hand liggend. Maar ook op expertise- en competentieniveau zijn er voorwaarden te stellen. De mediator zal niet alleen de verschillende mediationstijlen moeten beheersen, maar ook over relevante materiekennis moeten beschikken, zeker als het aankomt op een evaluatieve mediation waarbij de mediator niet-bindend adviseert.

Om de mediator in staat te stellen zijn rol op de juiste wijze en in onafhankelijkheid te vervullen, ben ik van mening dat de Ondernemingskamer geen opdracht aan de mediator kan meegeven over de reikwijdte van de mediation. Dit moeten de partijen zelf in overleg met de mediator bepalen. Evenmin behoeft de mediator aan de Ondernemingskamer verantwoording af te leggen of over zijn werkzaamheden te rapporteren. Dat zou in strijd komen met de vertrouwelijkheid van de mediation. Na een geslaagde mediation kunnen partijen de uitkomst in een vertrouwelijke vaststellingsovereenkomst, of, als zij dit allebei willen, in een executabel proces-verbaal van een zitting of een beschikking laten vastleggen. Onderdeel van een geslaagde mediation zal zijn dat de

⁵¹ Zie noot 36.

⁵² Zie noot 37.

⁵³ Van Solinge 2010, p. 14.

⁵⁴ Hermans 2003, p. 131-132, over de situatie waarin de onderzoeker bemiddelt.

enquêteprocedure wordt ingetrokken en eventuele onmiddellijke voorzieningen worden beëindigd. Gelet op de uitspraak van de Hoge Raad in de KPNQwest zaak zal een beëindigingsverzoek in beginsel moeten worden toegewezen, tenzij sprake is van zodanig zwaarwegende algemene belangen of belangen van derden dat voortzetting van de enquête of voltooiing daarvan geboden is.⁵⁵

8. Tot slot

Bij het verzoek om deze bijdrage te schrijven, is de titel mij aangereikt door de redactie. Een definitief antwoord in de zin van 'go' of 'no-go' valt niet te geven. Niet alleen is maatwerk vereist, maar ook een open houding tegenover mediation bij de betrokken partijen, hun advocaten en de Ondernemingskamer. Wat die open houding betreft, wil ik besluiten met de aansporing '*Go for it!*'.

⁵⁵ Zie noot 37.