

## PRAKTIJK

# Zakelijk geschil? Zakelijke mediation!

A.G. Wennekes

## 1 Inleiding

Ondernemingsrechtelijke geschillen worden op dit moment veelal beslecht door de overheidsrechter en in het bijzonder bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. Naast overheidsrechtspraak kennen we *Alternative Dispute Resolution* (hierna: ADR) als geschilbeslechting. De laatste decennia is er een toegenomen belangstelling voor ADR.<sup>1</sup> Redenen hiervoor zijn onder andere dat ADR sneller en goedkoper is dan een gerechtelijke procedure. Hiernaast zijn de mogelijke oplossingen van een geschil binnen de overheidsrechtspraak beperkt, hetgeen voor partijen af kan doen aan de waarde en de kwaliteit van de bereikte oplossing.

ADR is een verzamelnaam voor diverse vormen van geschilbeslechting. Globaal kunnen er twee hoofdvormen van ADR worden onderscheiden, namelijk geschiloplossing 'boven partijen', zoals arbitrage en bindend advies, en geschiloplossing 'tussen partijen', zoals mediation en mitigation. De procedure van geschiloplossing door arbitrage is geregeld in de proceswetgeving.<sup>2</sup>

Bindend advies houdt in dat partijen overeenkomen om hun geschil aan een derde, die niet optreedt in de hoedanigheid van overheidsrechter, te onderwerpen en de beslissing van deze derde als geldige overeenkomst tussen hen te aanvaarden. Anders dan bij arbitrage levert een bindend advies geen voor gerechtelijke executie vatbare uitspraak op. Volgt een partij het bindend advies niet op, dan zal de wederpartij via de gewone rechter, of wanneer dit is overeengekomen via arbitrage, een vonnis moeten vragen om nakoming van het bindend advies af te kunnen dwingen.

In het *Handboek mediation* wordt mediation gedefinieerd als:

‘een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de communicatie en onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en een voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen’.<sup>3</sup>

1 Zie o.a. Justitiële verkenningen van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC), jrg. 26, nr. 9, 2000 en eindrapport Mediation Monitor 2005-2008, Cahier 2009-9, p. 12 (WODC).

2 Art. 1020-1076 Rv.

3 A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 6.

Mitigation is advisering aan of *coaching* van één partij, waarbij tips worden gegeven welke stappen ondernomen kunnen worden om de wederpartij te benaderen teneinde het geschil op te lossen.<sup>4</sup>

Binnen ADR neemt het aantal mediations in Nederland per jaar gestaag toe en mediation is inmiddels de meest gebruikte vorm van ADR in Nederland.<sup>5</sup>

Gezien de ontwikkelingen op het gebied van mediation, zoals de Europese Mediationrichtlijn,<sup>6</sup> de initiatiefnota van de VVD om mediation wettelijk te verankeren in de Nederlandse wetgeving<sup>7</sup> en de aangekondigde verhoging van het griffierecht,<sup>8</sup> is het meer dan aannemelijk dat het gebruik van mediation als geschiloplossing verder zal toenemen. Dit kan worden onderschreven met het feit dat de minister van Veiligheid en Justitie in zijn 'Innovatieagenda rechtsbestel' heeft aangekondigd dat mediation in het stelsel van geschiloplossing een belangrijke rol zal worden toegekend en dat in 2012 een nieuwe, gerichte campagne zal worden gestart om het gebruik van mediation te bevorderen.<sup>9</sup>

In deze bijdrage staat mediation bij zakelijke geschillen centraal. Verder zal ik uiteenzetten dat mediation als conflictoplossing voor bedrijven een volwaardig en dikwijls beter alternatief is dan overheidsrechtspraak.

## 2 Mediation in het bedrijfsleven

Uit het Stratus-rapport van 2011<sup>10</sup> blijkt dat mediation vooral plaatsvindt bij geschillen in de familiesfeer (33%) en in de arbeidssfeer (25%). Zakelijke geschillen tussen bedrijven maken op dit moment maar een relatief klein percentage uit van het geheel aan mediations in Nederland, te weten 8%.

Onder zakelijke mediation versta ik business mediation, zoals deal-mediation en geschillen tussen bedrijven. Er is sprake van deal-mediation wanneer partijen in onderhandeling zijn om een deal te sluiten – zonder dat er een geschil is – waarbij

4 M.A. Schonewille, Toolkit mediation advocacy, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 59.

5 Het totaal aantal mediations door bij de NMI aangesloten mediators bedroeg in Nederland in 2009 circa 47.300 en wordt voor 2011 geschat op 51.690 ('De stand van Mediation in Nederland', Stratus-rapport 2010 en 2011 in opdracht van het NMI). Het rapport is te downloaden via <[www.nmi-mediation.nl/](http://www.nmi-mediation.nl/)>.

6 Richtlijn 2008/52/EG. Het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn ligt bij de Eerste Kamer (Kamerstukken II 2010/11, 32 555, nr. 2).

7 Deze nota is op 2 december 2011 ter consultatie gepubliceerd en op de site van de VVD te downloaden: <[www.vvd.nl/actueel/1652/vvd-presenteert-initiatiefnota-mediation](http://www.vvd.nl/actueel/1652/vvd-presenteert-initiatiefnota-mediation)>.

8 Wetsvoorstel 'Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet griffierechten burgerlijke zaken en enige andere wetten in verband met de verhoging van griffierechten', Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 2.

9 De 'Innovatieagenda rechtsbestel' is op 31 oktober 2011 door de minister aan de Tweede Kamer aangeboden, Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 5.

10 Zie voetnoot 5.

een derde, de deal-mediator, door alle partijen gezamenlijk wordt ingeschakeld om als een neutrale, ervaren procesbegeleider de transactie te begeleiden.<sup>11</sup>

Voorts is corporate mediation een vorm van zakelijke mediation. Het betreft geschillen tussen organen binnen de onderneming, met de ondernemingsraad, tussen werknemers of tussen werknemer en werkgever (de zogenoemde workplace-mediation) en geschillen met of tussen de overige stakeholders.<sup>12</sup>

Dat zakelijke mediation een klein percentage van alle mediation in Nederland is, heeft diverse oorzaken. Allereerst zien bedrijven conflictoplossing door mediation als een 'soft' instrument. Andere redenen zijn dat bedrijven (nog) niet altijd even bekend zijn met mediation als conflictbemiddeling en vaak de hoge kosten en de lange duur van een gerechtelijke procedure onderschatten. Hiernaast heerst de gedachte dat mediation het zoeken naar een compromis is. Bovendien kiezen bedrijven veelal voor een juridische benadering van het conflict omdat een bedrijfsmatige aanpak om geschillen op te lossen vaak ontbreekt.<sup>13</sup> Omdat de belangrijkste taak van de mediator is niet bij de standpunten stil te blijven staan, maar te proberen de 'werkelijke belangen' boven tafel te krijgen en zo tot een oplossing van het geschil te komen, is er niet per definitie sprake van een compromis. Een compromis sluiten is immers een overeenkomst tussen partijen waarbij eenieder water bij de wijn doet. De oplossing van het conflict met behulp van mediation is een gezamenlijk gedragen oplossing waarbij de 'werkelijke belangen' een voorname rol spelen.

Andere voordelen van zakelijke mediation boven een gang naar de overheidsrechter of arbitrage zijn onder andere het feit dat een mediationproces gericht is op de toekomst, terwijl een rechtszaak of arbitrage betrekking heeft op het verleden en alleen maar een winnaar en een verliezer kent. Op het moment dat partijen een conflict hebben, maar gelijktijdig gemeenschappelijke belangen hebben of op enigerlei wijze met elkaar verder moeten of verder willen, is mediation beter dan een gang naar de overheidsrechter of arbitrage. Immers, doordat partijen er met behulp van mediation samen uitkomen, ontstaat er een betere verstandhouding, hetgeen de (zakelijke) relatie ten goede komt.

Diverse situaties zijn denkbaar waarbij mediation in het bedrijfsleven een belangrijke en vooral een positieve rol kan spelen. Denk bijvoorbeeld aan een conflict tussen de directie en de ondernemingsraad, een conflict binnen een joint-venture-verhouding, een conflict binnen een maatschap of een conflict met een bepaalde cliënt. Daarnaast kan mediation een belangrijke bijdrage leveren aan de totstandkoming van een deal tussen partijen, zoals bij de overname van een bedrijf. Willen

11 Zie ook M.A. Schonewille, Deal-mediation, of liever: deal-facilitation, een kennismaking, in: Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement 2008-12, p. 38-40.

12 Mediation bij geschillen tussen bedrijven en de overheid, waaronder fiscale mediation, zal in deze bijdrage niet worden behandeld.

13 Zie het onderzoeksrapport 'Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen', ACB mediation, p. 13 en 17. Zie <[www.acbmediation.nl/](http://www.acbmediation.nl/)>.

partijen tot een voor hen goede deal komen, dan moet men bij een dergelijke overname op alle punten overeenstemming bereiken. Soms is er voor één of meer partijen een essentieel punt en wil men geen concessie doen. Partijen blijven als gevolg hiervan met de hakken in het zand staan, waardoor de deal niet (snel) rond komt. Ook in dit geval kan mediation uitkomst bieden door te zoeken naar de achterliggende belangen van partijen.

Een klassiek voorbeeld is dat van de twee bidders op een sinaasappelmarkt die tegen elkaar opbieden om de laatste partij perssinaasappels te kunnen kopen. De ene bidder heeft de perssinaasappels nodig voor het sap, terwijl de andere bidder alleen de schil nodig heeft voor het aroma en de verwerking daarvan in cosmetische oliën. Als zij dit van elkaar weten, is het niet nodig dat zij de prijs opdrijven. Het is daarom van belang dat partijen de verschillende belangen van elkaar weten en begrijpen, zodat er gezamenlijk een oplossing gevonden kan worden.

### 3 Praktijkvoorbeelden

In deze paragraaf zal ik enkele praktijkvoorbeelden van conflicten in het bedrijfsleven bespreken waarbij mediation als oplossing van het conflict de meest wenselijke route is. Deze voorbeelden zijn in beginsel fictief, waarbij een deel gebaseerd is op jurisprudentie en een deel geïnspireerd op de mediationpraktijk.

#### *Ondernemingsraad versus bestuur*

Conflicten tussen ondernemingsraden en het bestuur van bedrijven komen regelmatig voor. Soms lost men het conflict op zonder tussenkomst van derden, maar regelmatig wordt er door partijen doelbewust gedreigd met een gang naar de rechter.

De Wet op de ondernemingsraden (WOR) geeft de ondernemingsraad (OR) een aantal medezeggenschapsrechten. Zo heeft de OR het adviesrecht over een aantal voorgenomen besluiten die het bestuur neemt ten aanzien van de onderneming.<sup>14</sup>

Een adviesplichtig besluit op grond van artikel 25 WOR is bijvoorbeeld een besluit tot inkrimping of reorganisatie van dan wel een besluit tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan. Wanneer de OR hierover niet om advies is gevraagd of een negatief advies geeft en de ondernemer dit advies negeert of niet in zijn geheel volgt, kan de OR een procedure bij de Ondernemingskamer starten.

Een goed voorbeeld van een conflict dat een adviesplichtig besluit behelst, is de volgende casus waarin het bestuur van een bedrijf dat landbouwmachines produceert, besluit om de afdeling zaai- en plantmachines te reorganiseren. Volgens het bestuur is dit besluit een gevolg van de verslechterende economie. Omdat het gaat om een adviesplichtig besluit vraagt het bestuur advies aan de OR. De OR is van mening dat de afdeling juist wel rendabel is, en aangezien de sluiting gepaard

14 Zie bijvoorbeeld art. 25, 27 en 30 WOR.

zal gaan met het verlies van arbeidsplaatsen, schrijft de OR het bestuur een uitgebreide brief waarin hij vraagt het besluit te heroverwegen en te onderbouwen met omzet- en winstcijfers. Het bestuur blijft echter bij het genomen besluit en wil hoe dan ook de reorganisatie doorzetten. De OR dreigt vervolgens in beroep te gaan bij de Ondernemingskamer, waarna door het bestuur voorgesteld wordt een mediator in te zetten omdat het vreest dat een procedure reputatieschade voor het bedrijf met zich mee zal brengen.

Nadat er een datum is afgesproken voor een mediationbijeenkomst heeft het bestuur de voorlopige jaarcijfers ter bespreking naar de OR gestuurd.<sup>15</sup> Tijdens de mediation komt naar voren dat het bestuur de afdeling zaai- en plantmachines hoe dan ook wil integreren in een andere afdeling en overtollige medewerkers zullen afvloeien. Ook blijkt een lid van het bestuur in conflict te zijn met de chef van de afdeling akkerbouwmachines, hetgeen voor de OR echter een nieuw feit is. Het bestuur geeft aan dat het voornemens is om tijdens de reorganisatie de desbetreffende chef op economische gronden te ontslaan. Nadat de OR de voorlopige jaarcijfers heeft ingezien en door het bestuur een toelichting is gegeven, wordt ingezien dat een reorganisatie noodzakelijk is. Partijen komen overeen dat de verdere uitwerking van de reorganisatie in goed overleg zal plaatsvinden.

Verder wordt besloten om in ieders belang het conflict aangaande de afdelingschef met behulp van een aparte mediation op te lossen. Mogelijk nadelige gevolgen, zoals een verstoorde relatie tussen bestuur en OR, maar ook eventuele reputatieschade, worden hiermee voorkomen.

In deze casus was duidelijk dat een besluit tot reorganisatie zonder overleg met de OR tot een conflict kan leiden. Daarnaast kwam tijdens de mediation aan het licht dat er nog een ander knelpunt was, namelijk het conflict met de afdelingschef. Omdat partijen tot de conclusie kwamen dat een kort geding slecht zou zijn voor de onderlinge verstandhouding en reputatieschade met zich mee zou brengen, werd een mediator ingeschakeld.

In deze zaak bleek mediation de juiste weg, omdat niet alleen de achterliggende belangen en gevoelens bespreekbaar werden gemaakt, maar ook omdat naar voren kwam dat er nog een conflict was dat opgelost diende te worden.

Een ander voorbeeld is het volgende: bedrijf x heeft te kampen met een teruglopende omzet als gevolg van de recessie en overweegt in dit kader te bezuinigen door het functiewaarderingssysteem aan te passen. Daarnaast zullen alle bonusregelingen worden herzien. Het besluit wordt uiteindelijk door het bestuur genomen zonder dat er overleg plaatsvindt met de OR.

15 Op grond van art. 31a WOR is de ondernemer verplicht om, mede ten behoeve van de bespreking van de algemene gang van zaken van de onderneming, ten minste tweemaal per jaar aan de OR mondeling of schriftelijk algemene gegevens omtrent de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het verstreken tijdvak te verstrekken.

Op grond van artikel 27 lid 1 WOR heeft de OR het zogenoemde instemmingsrecht ten aanzien van besluiten in het kader van het sociaal en personeelsbeleid van een onderneming. Hieronder valt ook het belonings- en het functiewaarderingsstelsel. Dit betekent dat het bestuur alleen kan besluiten wanneer het de instemming heeft van de OR. Wanneer het bestuur hieraan voorbijgaat, kan de OR, na eerst bemiddeling en advies te hebben gevraagd aan de bedrijfscommissie, een verzoek tot naleving van de wet bij de kantonrechter indienen (art. 36 lid 3 WOR).<sup>16</sup>

De OR is het niet eens met het besluit en dreigt met een gang naar de kantonrechter wanneer het bestuur het genomen besluit toch uitvoert. Aangezien het bestuur haast heeft met de voorgenomen bezuinigingen, maar toch in een goede verstandhouding wil blijven staan met de OR, wordt een mediator ingeschakeld.

Tijdens de mediation komt naar voren dat er tussen de OR en het bestuur weinig of geen overleg plaatsvindt. Dit komt met name omdat het bestuur het overleg met de OR lastig en tijdrovend vindt en veronderstelt dat de OR altijd sceptisch is ten aanzien van de besluiten die het bestuur neemt. De OR ziet ook weinig heil in regelmatig overleg, omdat hij ervan uitgaat dat besluiten hoe dan ook worden genomen. Na enkele mediationssessies is het bestuur ervan overtuigd dat de OR een belangrijke meerwaarde is voor het bedrijf en ziet eveneens in dat de betrokkenheid van werknemers een voorwaarde is voor succesvolle veranderingen binnen de onderneming. De OR op zijn beurt ziet het belang van het medezeggenschapsrecht en verandert zijn houding ten aanzien van de besluitneming door het bestuur. Als gevolg hiervan wordt in goed overleg het functiewaarderingsstelsel alsnog aangepast, en dit met instemming van de OR.

Het blijkt dat het niet tijdig betrekken bij besluitvorming voor de OR de aanleiding kan zijn tot een conflict. Vanuit de kant van het bestuur kan er eveneens een conflictsituatie ontstaan wanneer blijkt dat het werknemersparticipatie niet op waarde weet te schatten.

Door de mediation werd het conflict bespreekbaar gemaakt, met als gevolg dat partijen nader tot elkaar kwamen. Het bestuur zag in dat werknemersparticipatie belangrijk is voor een bedrijf en de OR begreep dat een meer constructieve houding van groot belang is voor de samenwerking met het bestuur.

Op de verplichting om eerst bemiddeling en advies van de bedrijfscommissie te vragen alvorens er een gang naar de kantonrechter gemaakt kan worden, is vanuit het bedrijfsleven kritiek ontstaan. De kritiek is onder andere:

1. Het duurt te lang voordat de bedrijfscommissie op een verzoek van de OR of de vakbond (of hun advocaat) reageert.
2. De bemiddelingstermijn van de WOR wordt vaak overschreden.<sup>17</sup>

16 Dit is een andere procedure dan de procedure bij de Ondernemingskamer.

17 De bedrijfscommissie dient binnen twee maanden verslag uit te brengen aan partijen met een advies omtrent de oplossing van het geschil. Deze termijn kan voor ten hoogste met twee maanden worden verlengd.

3. De OR en/of de directie zien soms de bedrijfscommissie als een overbodige tussenstap omdat zij op voorhand al weten dat zij er op deze manier niet uitkomen en daarom liever direct naar de kantonrechter willen.<sup>18</sup>

In een brief van de Bestuurskamer van de Sociaal-Economische Raad (SER) betreffende herziening van het stelsel van bedrijfscommissies en het verplichte karakter van de bemiddeling door de bedrijfscommissie, die op 25 september 2009 aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is gestuurd, is het volgende opgemerkt:

‘De Bestuurskamer is van mening dat bemiddeling pas werkelijk kans van slagen heeft als beide partijen daarvoor open staan. Als dit laatste niet het geval is, wordt de bemiddelingsverplichting door één of beide partijen in de meeste gevallen ervaren als een hinderlijke en tijdrovende drempel op weg naar de kantonrechter, en daarmee als onnodige verlenging van de geschillenprocedure.’

Mede daarom adviseert de Bestuurskamer het verplichte karakter uit de wet te schrappen, hetgeen onverlet laat dat ook in de toekomst bemiddeling, maar dan op vrijwillige basis, als een belangrijke taak wordt beschouwd van de bedrijfscommissies.<sup>19</sup> Het advies van de Bestuurskamer kwam nogmaals ter sprake in het SER-advies van maart 2011.<sup>20</sup> In reactie hierop heeft het kabinet op 12 september 2011 aangekondigd dat een voorstel van wet tot wijziging van de WOR in voorbereiding is.<sup>21</sup>

Samenvattend zijn de voordelen van mediation ten opzichte van bemiddeling door de bedrijfscommissie en ten opzichte van een rechtsgang:

1. Partijen kiezen gezamenlijk een mediator.
2. Mediation heeft een kortere doorlooptijd.
3. De verstandhouding tussen de OR en de directie verbetert en voor de gevonden oplossing bestaat er meer *commitment*.
4. Het conflict blijft uit de publiciteit, zodat er geen reputatieschade ontstaat.<sup>22</sup>

#### *Conflicten binnen een maatschap*

De maatschapsvorm wordt veel gebruikt door vrije beroepsbeoefenaren. Denk bijvoorbeeld aan een maatschap van advocaten, artsen of accountants. Ook binnen

18 Zie ook R.A.A. Duk, Medezeggenschapsrecht en mediation, in: Onderneming en recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 371 e.v. De auteur is van mening dat de meeste bedrijfscommissies weinig van hun bemiddelende taak wisten te maken.

19 Reeds in 2005 had de minister van SZW een wetsvoorstel ingediend waarmee het toenmalige kabinet ook al afschaffing van de verplichte bemiddeling voorstelde. Dit wetsvoorstel is in oktober 2005 ingetrokken. Kamerstukken II 2004/05, 29 818, nr. 2 en Kamerstukken II 2005/06, 29 818, nr. 28.

20 Zie het SER-advies van maart 2011, p. 16 en 28.

21 Kamerbrief met referentie AV/SDA/2011/16289 is te downloaden via <www.rijksoverheid.nl>.

22 Zie ook D.J.B. Joosse, Medezeggenschapsrecht en mediation, in: Onderneming en recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 390.

de agrarische sector wordt veelvuldig gebruik gemaakt van een maatschap als ondernemingsvorm. Het voordeel van een maatschap is dat de partners voor bepaalde zaken gezamenlijk oplossingen kunnen vinden en kennis en/of arbeid samenvoegen. Schaalvoordelen zijn onder andere lagere exploitatiekosten en meer commerciële mogelijkheden. Evenals in een andere rechtsvorm kan er een geschil ontstaan tussen de partners in het samenwerkingsverband. Het geschil is soms een kleinigheid en kan dan snel worden opgelost, maar datzelfde geschil, dat bijvoorbeeld over inzicht en ideeën met betrekking tot het beleid gaat, kan dermate escaleren dat een gerechtelijke procedure wordt aangespannen.

Dat was het geval bij een akkerbouwbedrijf dat in maatschapsverband werd geëxploiteerd. Vader en zoon waren allebei partners van de maatschap. De zoon woonde met zijn gezin in een woning die door de vader was ingebracht in de maatschap. Doordat de verhoudingen tussen vader en zoon ernstig verstoord werden, verrichtte de zoon geen werkzaamheden meer voor het akkerbouwbedrijf. De vader beëindigde uiteindelijk zijn deelneming in de maatschap en berichtte zijn zoon dat hij zelf het bedrijf zou voortzetten en de zaken uit de maatschap van zijn zoon overnam. Hierna werd de kwestie aan de voorzieningenrechter voorgelegd.<sup>23</sup> Omdat de woning van de zoon grensde aan de bedrijfsgebouwen en aan de landbouwgronden, vorderde de vader primair ontruiming van de woning en vroeg machtiging om die ontruiming zelf te bewerkstelligen met behulp van de sterke arm.

Subsidiar vorderde de vader aanhouding van de zaak voor de duur van een maand en benoeming van een mediator voor het geval de voorzieningenrechter het niet verstandig achtte uitspraak te doen ten aanzien van de primaire vordering. Gelet op de wederzijdse belangen van partijen, waaronder niet te vergeten hun onderlinge band, was de zoon bereid om mee te werken en werd de zaak in afwachting van de uitkomst van de mediationprocedure aangehouden.

Samenvattend blijkt dat ook in een relatie tussen vader en zoon problemen kunnen voorkomen, in het bijzonder wanneer deze relatie wordt uitgebreid in zakelijke zin. In bovenstaande casus zagen partijen in dat naast de zakelijke band hun onderlinge band ook belangrijk was.

Wanneer er in de voorgaande zaak rechtstreeks voor mediation was gekozen, had de rechtsgang in zijn geheel voorkomen kunnen worden. Met name in een personenvenootschap kan, omdat meerdere personen het voor het zeggen hebben, er snel een verschil van mening ontstaan over de verdeling van de winst of het te voeren beleid.

Een ander goed voorbeeld is een conflict binnen een maatschap van notarissen. Na jaren van goede samenwerking ontstaan er kleine conflicten, die naarmate de tijd vordert, verergeren. Problematisch is dat deze conflicten effect hebben op de notariële taken en de bedrijfsvoering van de maatschap. Nadat de maatschap en

23 Rb. Middelburg 24 augustus 2006, LJN AY9320.



de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (de KNB) diverse klachten van cliënten hebben ontvangen, besluit de maatschap een mediationtraject te starten om reputatieschade voor de maatschap te voorkomen.

Tijdens het mediationtraject komt naar voren dat partijen de samenwerking al geruime willen stoppen wegens onoverkomelijke verschillen van mening. Gedurende de mediation besluiten partijen het samenwerkingsverband te beëindigen en in goed overleg uit elkaar te gaan. Dit voornemen is vervolgens in een vaststellingsovereenkomst vastgelegd.

In deze casus bleek dat er al lange tijd onoverkomelijke problemen waren, die echter niet in die mate aan het licht waren gekomen. Bovendien hadden partijen al min of meer voor zichzelf besloten uit elkaar te gaan, hetgeen tijdens de mediation ook uitgesproken werd. Dit klaarde de lucht en was voor beide partijen een verademing. Hierna kon ieder zijn eigen weg gaan, zonder dat het imago van het notariaat werd geschaad.

Mediation was in dit geval niet de oplossing voor de conflicten in kwestie. Wel werd door het mediationtraject duidelijk dat partijen in het geheel niet de wens hadden de samenwerking voort te zetten.

#### *Conflicten binnen een joint venture*

Wanneer twee of meer ondernemers gaan samenwerken, doen zij dat vaak in de vorm van een joint-ventureonderneming. Een joint venture is een samenwerkingsverband van twee of meer ondernemingen ten behoeve van een bepaald project waarvoor kapitaal en vakkennis bijeengebracht worden, op basis van gedeeld risico. Een joint venture kan in verschillende vormen worden aangegaan. Bijvoorbeeld twee bv's die samen een personenvennootschap aangaan, zoals een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap, of twee of meer bv's richten samen een nieuwe bv op.

Omdat er bij een joint venture sprake is van een samenwerking van twee of meer partners die daarnaast ieder hun eigen onderneming zelfstandig voortzetten, is het van belang dat de deelnemende partners de spelregels van de samenwerking goed vastleggen. De joint-ventureovereenkomst vormt de basis van het samenwerkingsverband waarin veelal ook een arbitrageclausule en een mediationclausule zijn opgenomen.

Hoewel een joint venture veel voordelen kan opleveren, kan er verschil van mening ontstaan over het te voeren beleid of de verdeling van de winst. Wanneer er een geschil tussen de partners is, is meestal in de aandeelhoudersovereenkomst bepaald hoe dit geschil beslecht moet worden, bijvoorbeeld door arbitrage.

In de volgende casus was door partijen een aandeelhoudersovereenkomst gesloten. In de aandeelhoudersovereenkomst waren onder andere een non-concurrentiebeding en een mediationclausule opgenomen. Toen een van de partijen het non-concurrentiebeding schond, volgde een gang naar de rechter. De rechtbank kwam tot het oordeel dat het non-concurrentiebeding overtreden was en verbod

de overtreder van dit beding nog enige (vorm van) werkzaamheden te verrichten die concurreren met, of verwant zijn aan, de joint-ventureonderneming. Hierna werd appèl ingesteld, waarbij een van de grieven was dat de voorzieningenrechter eiser niet-ontvankelijk had moeten verklaren door het bestaan van het mediationbeding.<sup>24</sup> Het hof oordeelde vervolgens dat het mediationbeding niet aan de bevoegdheid van de voorzieningenrechter in de weg stond en dat mediation uitging van de bereidwilligheid en vrijwilligheid van beide partijen.<sup>25</sup>

Dit was ook de strekking van een arrest van de Hoge Raad waarin hij zich uitliet over de vraag in hoeverre een mediationafspraken bindend is. In deze zaak ging het om een geschil tussen twee particulieren, die in de loop van het geding een mondelinge afspraak maakten om een oplossing te vinden langs de weg van mediation.<sup>26</sup> Op het eerste gezicht lijkt het arrest te impliceren dat een mediationclausule de vorm heeft van een *gentlemen's agreement* en dat een partij zich ondanks een mediationclausule toch tot de bevoegde rechter kan wenden.

Omdat de Hoge Raad uitdrukkelijk overwoog dat het om een geschil ging tussen twee particulieren, zou mijns inziens een 'vooraf' (schriftelijk) overeengekomen mediationclausule tussen professionele partijen bindend moeten zijn.<sup>27</sup> Immers, er mag van deskundige partijen worden verwacht dat zij weten wat de consequenties zijn van het opnemen van bepaalde clausules in een contract. Wanneer de eerdergenoemde weg van mediation niet succesvol blijkt te zijn, staat alsnog de route van arbitrage of een gerechtelijke procedure open.

Een ander geschil speelde tussen twee overheidsbedrijven die een joint venture in de vorm van een nv waren aangegaan. In de statuten van de nv was een kwaliteitseis<sup>28</sup> opgenomen, die onder andere bepaalde:

'houders van aandelen kunnen slechts zijn naamloze en besloten vennootschappen die krachtens hun statutaire doelstellingen feitelijk werkzaam zijn op het gebied van (...) waarvan de aandelen ingevolge de statuten uitsluitend rechtstreeks of middellijk door publiekrechtelijke lichamen worden gehouden'.

Wanneer een aandeelhouder niet meer voldoet aan deze kwaliteitseis, is als sanctie bepaald dat de aandelen van deze aandeelhouder aangeboden moeten worden aan de andere aandeelhouder.

24 Hof Den Haag 29 maart 2011, LJN BQ1725.

25 Zie ook Rb. Zwolle 24 februari 2010, LJN BM0319 en Rb. Den Bosch 22 februari 2011, LJN BP5647.

26 HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75.

27 Zie ook E. van Beukering-Rosmuller, *Geschilafdoening in zakelijke contracten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 77, E. Schutte, *Hoe hard is een mediationclausule?*, *Contracteren* 2009-2 en P. Sanders, *Het terugkomen op een afspraak tot mediation*, *NJB* 2006, p. 894-895.

28 Op grond van art. 2:87a en 2:195a BW kunnen de statuten een kwaliteitseis bevatten.

Omdat een van de partijen als gevolg van een wijziging in de structuur van de organisatie niet meer aan de statutaire kwaliteitseis kan voldoen, ontstaat er een geschil en wordt vervolgens in een kort geding de overdracht van de aandelen gevorderd. Tijdens dit kort geding komt aan het licht dat door een eerdere tussentijdse statutenwijziging de sanctie, de verplichting om de aandelen aan te bieden, niet meer is opgenomen. Omdat niet duidelijk is of de aanbiedingsplicht al dan niet bewust is weggelaten en partijen elkaars standpunten hierover betwisten, besluit de rechter dat deze kwestie in een bodemprocedure zal moeten worden uitgezocht. Aangezien partijen er belang bij hebben dat het probleem snel wordt opgelost en daarom een bodemprocedure te lang vinden duren, wordt een mediationstraject gestart.

Tijdens de mediation komt naar voren dat partijen toch wel waarde hechten aan een goede onderlinge verstandhouding en in feite de beëindiging van de samenwerking betreuen. Na enig beraad wordt afgesproken een oplossing te zoeken met betrekking tot de statutaire kwaliteitseis en daarom de statuten alsnog aan te passen.

Uit dit voorbeeld blijkt dat partijen doelbewust de keuze maken voor mediation omdat zij tot het inzicht kwamen dat een tijdrovende en kostbare bodemprocedure niet de juiste en snelle oplossing zou bieden. Daarnaast kwam aan het licht dat er nog voldoende basis was voor een verdere samenwerking.

#### 4 Zakelijke mediation in een wettelijk kader?

Om een gang naar de rechter te voorkomen – maar ook voor het behoud van een relatie – gebruiken bedrijven in toenemende mate een mediationclausule in arbeidsovereenkomsten, algemene voorwaarden en contracten.<sup>29</sup> Een mediationclausule wordt ook steeds vaker opgenomen in joint-ventureovereenkomsten of een contract van een personenvennootschap: zoals de maatschap of een commanditaire vennootschap. De bedoeling van een dergelijke clausule is dat partijen bij een geschil eerst het mediationtraject proberen. Een mediationclausule dwingt partijen overigens niet om via de weg van mediation tot overeenstemming te komen. Daarom staat altijd nog de route van arbitrage, bindend advies of een gerechtelijke procedure open.

Zoals ik al aangaf in de inleiding is een initiatiefnota met stellingen ten aanzien van mediation door de VVD ter consultatie gepubliceerd. Na consultatie zal de nota worden verwerkt in een definitief wetsvoorstel dat aan de Tweede Kamer zal worden aangeboden. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel ter implementatie van de Europese richtlijn<sup>30</sup> had de VVD-fractie reeds aangekondigd met een

29 Zie ook Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 72 en A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 497.

30 Zie voetnoot 6. Meer over dit wetsvoorstel o.a. P.A. Wackie Eysten, *De Europese Mediationrichtlijn en zijn implementatie in het Nederlandse recht*, NTER 2008, p. 330 e.v. en A.G. Wennekes, *Mediation: opkomende geschiloplossing in polderland*, V&O 2011-12, p. 230-234.

initiatiefwetsvoorstel te komen, waarbij mediation een aparte plek in het wetboek (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)) zal krijgen.<sup>31</sup> Deze nota is een aanvulling op het huidige wetsvoorstel, dat op het moment van dit schrijven bij de Eerste Kamer ligt.

De bedoeling van de nota is om mediation in de Nederlandse wetgeving te verankeren. Aangezien diverse onderdelen in deze nota zakelijke mediation een belangrijke impuls zullen geven, zal ik enkele daarvan in deze paragraaf bespreken.<sup>32</sup>

De stellingen van de VVD zijn kort samengevat de volgende:

- Het begrip mediator wordt wettelijk vastgelegd en daaraan worden – al dan niet wettelijke – kwaliteitseisen en tuchtrecht verbonden.
- De mediationovereenkomst wordt wettelijk omschreven.
- Uitdrukkelijk overeengekomen mediationclausules zijn bindend als zij voldoende duidelijk en concreet zijn. Partijen zijn verplicht mediation te proberen voordat de rechter zich over een geschil kan uitlaten.
- De wet regelt dat partijen overeen kunnen komen om de mediator te vragen een beslissing te geven over bepaalde onderdelen van het geschil of over het hele geschil als de mediation (gedeeltelijk) niet tot resultaat heeft geleid.
- De vaststellingsovereenkomst kan op een eenvoudige manier worden voorgelegd aan de rechter die daaraan executoriale werking kan toekennen.
- Indien partijen een geschil aan de rechter voorleggen, dienen zij in de dagvaarding of het verzoekschrift kenbaar te maken waarom mediation niet is geprobeerd of waarom het niet gelukt is overeenstemming te bereiken, wanneer mediation wel is geprobeerd.
- Er komt een wettelijke regeling voor forensische mediation.

Een mediationclausule moet volgens de nota bindend worden.<sup>33</sup> Dit geeft partijen de juridische zekerheid dat eerst een mediationtraject gestart moet worden en de rechter zich daarom onbevoegd zal verklaren.<sup>34</sup> Gevolg hiervan is onder andere dat de (psychologische) drempel tot mediation lager wordt. Voorts kan, wanneer voor bepaalde onderdelen van het geschil of voor het hele geschil mediation niet tot het gewenste resultaat heeft geleid, de mediator tijdens het mediationproces op verzoek van partijen een andere ‘pet’ opzetten en vervolgens als bindend adviseur optreden. Dit kan in principe nu ook al, maar bindend advies is als zodanig niet in de wet beschreven.

31 Handelingen II 2010/11, nr. 92, p. 68.

32 Op het moment van dit schrijven is nog niet duidelijk hoe de nota in een wetsvoorstel zal worden uitgewerkt. Daarom bespreek ik de naar mijn mening meest relevante stellingen van de nota.

33 In België is in art. 1725 Gerechtelijk Wetboek geregeld dat de rechter of de arbiter op verzoek van een partij de behandeling van de zaak opschort wanneer er sprake is van een bemiddelingsbeding (oftewel een mediationclausule).

34 Zoals een arbitrageclausule, die leidt tot de onbevoegdheid van de rechter bij wie het geschil aanhangig wordt gemaakt (art. 1022 lid 1 Rv).

Interessant is ook het onderdeel van de nota om tot een wettelijke regeling te komen voor forensische mediation. De Stichting Forensische Mediation<sup>35</sup> heeft opgemerkt dat het begrip 'forensische mediation' aanleiding geeft tot verwarring met het landelijke project 'verwijzing naar mediation door de rechter' in het kader van 'Mediation naast Rechtspraak'.<sup>36</sup> Om die reden is dit begrip gewijzigd in het 'Deskundigenbericht met toepassing van Mediation'.

De Stichting Forensische Mediation hanteert de volgende definitie:

'deskundigenonderzoek met toepassing van Mediation is een procesmethode die onderzoek en mediation combineert met het doel enerzijds de rechter in het kader van het deskundigenbericht de informatie te verschaffen die nodig is om de gerechtelijke beslissing te geven, en anderzijds in rechte partijen alsnog de gelegenheid biedt zelf tot (deel)oplossing van hun geschil te geraken'.<sup>37</sup>

Doelstelling is dus dat wanneer partijen er met behulp van mediation niet uitkomen, een deskundigenbericht wordt gemaakt ter ondersteuning van de besluitvorming van de rechter.

Bij forensische mediation wordt een conflictbemiddelaar door de rechter als deskundige benoemd.<sup>38</sup>

Op dit moment heeft de rechter ook de mogelijkheid een deskundige te benoemen, zowel op verzoek van een partij als ambtshalve.<sup>39</sup> Met de nota van de VVD zal de rechter ook forensische mediation kunnen opleggen aan partijen. De forensisch mediator zal dan binnen de mediation het conflict kunnen onderzoeken, waarbij partijen de ruimte wordt gelaten zelf het geschil op te lossen. De forensisch mediator kan, indien hij in voortzetting van de mediation geen oplossing ziet, in elk stadium het onderzoek beëindigen.

Deze vorm van mediation is een duidelijke afwijking van gewone mediation. Het verschil tussen forensische mediation en de gewone 'vrijwillige' mediation bestaat uit de verplichting van partijen om medewerking te verlenen aan de mediation. Een ander verschil zit in de aard van de vertrouwelijkheid van het proces met een conflictbemiddelaar. Bij vrijwillige mediation is al hetgeen wordt besproken vertrouwelijk. Indien de mediation mislukt, mag de oorzaak hiervan niet naar buiten worden gebracht, tenzij partijen hier toestemming voor hebben geven. Bij foren-

35 De Stichting Forensische Mediation komt voort uit een gemeenschappelijk initiatief van de Vereniging voor Familierecht Advocaten en Scheidingsbemiddelaars (VFAS), de Stichting Accountant-Mediators (SAM), het Nederlands Instituut van Psychologen (NIP), sectie mediation en de Vereniging van Mediators en Scheidingsbemiddelaars in het Notariaat (VMSN).

36 Mediation naast Rechtspraak betekent dat de rechtbank of het gerechtshof waar een procedure loopt, partijen wijst op de mogelijkheid te kiezen voor mediation.

37 Zie <[www.forensischemediation.nl/forensische-mediation.html](http://www.forensischemediation.nl/forensische-mediation.html)>.

38 Het kan zelfs zo zijn dat er sprake is van schending van de goede procesorde wanneer de rechter uitspraak doet en zonder kennisgeving voorbijgaat aan de door de partijen gemaakte afspraak om tijdens het proces forensische mediation toe te passen (HR 3 april 2009, LJN BH1195).

39 Zie art. 194-200 Rv.

sische mediation daarentegen kunnen partijen geen aanspraak maken op de vertrouwelijkheid van het getoonde gedrag en hetgeen tijdens deze forensische mediation wordt gezegd. Het gebrek aan deze vertrouwelijkheid is naar mijn mening een groot nadeel.

Forensische mediation heeft voor zakelijke partijen ook positieve kanten. Ik denk hierbij aan de oplossing van het conflict met behulp van mediationstechnieken als gevolg van de benoeming van een deskundige. Om te beginnen kan deze een deskundigenbericht schrijven over de best mogelijke oplossing van het geschil. Dit is met name bij ingewikkelde conflicten een belangrijk voordeel. Denk bijvoorbeeld aan een octrooirecht dat zich uitstrekt over meerdere landen of een conflict in een joint venture waarbij meerdere partners zijn betrokken. En bovenal: omdat de forensisch mediator gebruik maakt van mediationstechnieken, krijgen partijen de gelegenheid het geschil zelf op te lossen en zo tot een gemeenschappelijk gedragen resultaat te komen.

## 5 Conclusie

De laatste decennia is er een toegenomen belangstelling voor ADR. Mediation is de meest gebruikte vorm van ADR in Nederland.

In deze bijdrage heb ik toegelicht dat het percentage zakelijke geschillen tussen bedrijven op dit moment maar een relatief klein percentage uitmaakt van het geheel aan mediations in Nederland. Geschillen tussen bedrijven worden op dit moment voornamelijk nog beslecht door een gerechtelijke procedure.

Er zijn goede gronden om aan te nemen dat dit percentage in de toekomst zal toenemen. Dit zal onder andere komen door grotere bekendheid met mediation als gevolg van Europese wetgeving. Daarnaast zullen bedrijven inzien dat mediation goedkoper is dan een gerechtelijke procedure en dat mediation een duurzame oplossing biedt. Bovendien is een initiatiefnota van de VVD gepubliceerd om mediation wettelijk vast te leggen. Zo zullen overeengekomen mediationclausules voor partijen bindend zijn, komt er een wettelijke regeling voor forensische mediation, wordt het begrip mediator wettelijk vastgelegd en worden daaraan – al dan niet wettelijke – kwaliteitseisen en tucht recht verbonden.

Aan de hand van enkele praktijkvoorbeelden heb ik betoogd dat zakelijke mediation veel voordelen biedt ten opzichte van een gerechtelijke procedure. Het is onder andere zo dat mediation sneller en goedkoper is dan een gerechtelijke procedure. Daarnaast zijn de mogelijke oplossingen van een geschil binnen de overheidsrechtspraak beperkt. Doordat partijen zelf aan de oplossing van het conflict werken, is de kans op behoud en herstel van de zakelijke relatie groter dan bij een gerechtelijke procedure. Bovendien komt, omdat partijen en de mediator een geheimhoudingsplicht zijn overeengekomen, het conflict niet in de publiciteit, zodat eventuele reputatieschade wordt vermeden. Een groot voordeel is dat dit wettelijk gewaarborgd zal worden.