

## HOOFDSTUK 13

### MEDIATION IN ONDERNEMINGS(RECHTELIJKE) GESCHILLEN

*E. Schutte*<sup>1</sup>

#### 13.1 Inleiding

Mediation wordt in Nederland vooral veel toegepast op familiair of arbeidsrechtelijk gebied.<sup>2</sup> Ondernemings(rechtelijke) geschillen worden nog relatief weinig met mediation geassocieerd.<sup>3</sup> Bij het lezen van de titel van dit hoofdstuk zou de vraag kunnen rijzen wat bedoeld wordt met mediation in ondernemings(rechtelijke) geschillen en in hoeverre mediation in die geschillen anders is dan in andere geschillen. Ik zal beginnen met het definiëren van mediation in ondernemings(rechtelijke) geschillen, althans zakelijke mediation (§13.2). Daarna zal ik aan de hand van een beschrijving van twee voorbeeld-mediations enig inzicht geven in de praktijk van de ondernemings(rechtelijke) mediation (§13.3). Vervolgens zal ik uiteenzetten waarin die mediation verschilt van mediation op andere terreinen (§13.4). Aansluitend zal ik verslag doen van het onderzoek naar de kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation, dat recent is verricht door de Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM) en het ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACB) tezamen met de Universiteit Utrecht (§13.5). Hieruit wordt meer duidelijk over de behoeften en wensen van de gebruikers van zakelijke mediation. Mede aan de hand van de uitkomsten van dit onderzoek zal ik tenslotte ingaan op de kansen en mogelijkheden, die ik zie voor mediation als onderdeel van institutionele geschilbeslechting, in het bijzonder bij het NAI (§13.6).

---

1 Mr. E. (Eva) Schutte is (mede-)oprichter en partner van ReulingSchutte, een in Amsterdam gevestigd nichekantoor in zakelijke mediation.

2 R.J.M. Vogels, *De stand van Mediation in Nederland*, Zoetermeer: Stratus 2011, p. 11.

3 E. M. Soerjatin, 'Mediation in OK zaken, een kwestie van pellen', *De commissaris* 2011, p. 11-15, en 'Mediation en de enquêteprocedure: go or no-go?', *Onderneming en ADR* 2011.

### 13.2 Definitie mediation in ondernemings(rechtelijke) geschillen

Mediation in ondernemings(rechtelijke) geschillen maakt deel uit van de zakelijke mediation. Er wordt ook wel gesproken van business, commerciële of corporate mediation. Over de vraag wat precies wordt verstaan onder zakelijke mediation wordt in het veld verschillend gedacht. Volgens de statuten van de Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM) wordt hieronder verstaan: ‘geschiloplossing door middel van mediation van geschillen waarbij (organen of geledingen van) ondernemingen en/of andere professionele partijen zijn betrokken.’<sup>4</sup> Een Nederlands onderzoek naar zakelijke mediation uit 2004, uitgevoerd door het ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACB), spreekt kortweg van ‘commerciële geschillen’.<sup>5</sup> Martin Brink gaat in zijn boek “(Business) mediation en materiedeskundigheid” uitvoerig in op de verschillende definities voor (business) mediation.<sup>6</sup> Hij vermeldt dat zakelijke mediation aangeeft dat er sprake is van commerciële mediation, dat wil zeggen mediation met betrekking tot een commercieel geschil. Met een verwijzing naar de *Canadian Commercial Mediation Act 2010* vermeldt hij dat commerciële mediation zich ook kan afspelen tussen natuurlijke personen zonder professionele achtergrond. Verder maakt hij een onderscheid tussen *business mediation* en *business to business mediation*. *Business mediation* noemt hij mediation waarbij een van de partijen een professionele partij is. Als beide partijen professionele partijen zijn spreekt hij van *business to business mediation*. In het themanummer van het tijdschrift *Ondernemingsrecht* over ‘corporate mediation’ valt de volgende definitie te lezen: ‘geschillen tussen ondernemingen onderling, aandeelhoudersgeschillen, geschillen tussen bestuur en aandeelhouders en samenwerkingsgeschillen tussen professionals’.<sup>7</sup> Het al even genoemde recente ZAM/ACB-onderzoek naar zakelijke mediation hanteert een vergelijkbare definitie. Onder zakelijke mediation wordt in dit onderzoek verstaan: ‘mediation in geschillen tussen bedrijven en bedrijfsonderdelen en in geschillen tussen andere professionele partijen, waaronder ook aandeelhoudersgeschillen en contractuele conflicten.’ Ik zou bij deze laatste definities willen aansluiten waar het in dit hoofdstuk gaat om mediation in ondernemings(rechtelijke) geschillen. Ik zal deze mediation hierna ook wel aanduiden als zakelijke of *corporate mediation*.

4 Zie statuten Vereniging ZAM, [www.vereniging-zam.nl](http://www.vereniging-zam.nl).

5 M. Schonewille, *Winst maken bij het oplossen van geschillen: conflictmanagement en mediation in Nederlandse ondernemingen*, Den Haag: ACB Mediation 2004, p. 9.

6 M. Brink, *(Business)mediation en materiedeskundigheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, hoofdstuk 4.

7 H.F. Doeleman, ‘Zakelijke mediation, perikelen’, *Ondernemingsrecht* 2016/6, p. 28.

### 13.3 Voorbeelden uit de praktijk

Zoals aangekondigd, zal ik beginnen met twee voorbeelden uit de praktijk van corporate mediation.

Het eerste voorbeeld betreft een geschil over tussen twee directeur-aandeelhouders gemaakte samenwerkingsafspraken.<sup>8</sup> De zaak is naar mediation verwezen tijdens de zitting van de Ondernemingskamer. In de mediation worden de mogelijkheden van een voor beide partijen aanvaardbare ontvlechting onderzocht.

De casus was als volgt. X, die een technische achtergrond heeft, is midden jaren '90 door Y, met een commerciële achtergrond, ingeschakeld voor Y's bedrijf dat administratieve software levert. De samenwerking verliep zo goed dat zij enige jaren later gezamenlijk, in de vorm van een v.o.f., de bedrijfsvoering hebben voortgezet. De activiteiten van de v.o.f. zijn tien jaar later gesplitst en ondergebracht in twee verschillende B.V.'s. X en Y zijn gezamenlijk (aanvankelijk met nog een derde persoon) aandeelhouder van beide vennootschappen geworden. Later is X enig aandeelhouder van één van de B.V.'s geworden (over de aanleiding voor de aandelenoverdracht door Y verschillen partijen van mening). Gezamenlijk zijn zij aandeelhouder in de andere B.V. gebleven. Over de wijze van bedrijfsvoering van deze gezamenlijke B.V. is onenigheid ontstaan. Dit heeft geleid tot verschillende procedures. Zo heeft X een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer aanhangig gemaakt en heeft Y in kort geding de broncode gevorderd die de vennootschap waarvan X enig aandeelhouder was geworden, in beheer had. Die vordering is in eerste instantie afgewezen. Tijdens de zitting bij de Ondernemingskamer hebben partijen besloten tot mediation.

In de mediation wordt duidelijk dat de beide directeurs/aandeelhouders een geheel andere visie hebben op de bedrijfsvoering en hun eigen rol daarin en dat zij bovendien van mening verschillen over de in het verleden gemaakte onderlinge afspraken en de bijdrage die door hen is geleverd aan de bedrijfsvoering. Er blijken geen duidelijke schriftelijke afspraken te zijn gemaakt over de wijze van samenwerking, de waardering van de aandelen, de verantwoordelijkheden en de eigendomsverhoudingen. Voor beiden is duidelijk dat voortzetting van de juridische procedures het einde van hun bedrijven zal betekenen. Dat maakt dat zij

---

8 Een verslag van deze mediation is eerder gepubliceerd in *het Tijdschrift Nederlandse Mediation*, NM 2015/12.

ondanks de ernstig bekoelde onderlinge verhouding toch bereid zijn in mediation gezamenlijk te trachten tot een oplossing te komen.

De eerste plenaire mediationbijeenkomst werd voorafgegaan door twee individuele intakegesprekken van de mediator met X en Y en telefoongesprekken van de mediator met beide advocaten. Tijdens deze gesprekken is aan de mediator informatie verstrekt over de visies op het verleden, de gemaakte afspraken en de eigendomsverhoudingen. Verder is verslag gedaan van het verloop en resultaat van de aanhangig gemaakte procedures. Tijdens de eerste plenaire bijeenkomst is, nadat is teruggekeken naar het verleden, geïnventariseerd welke belangen er speelden voor beide partijen. De volgende belangen kwamen op tafel:

- continuïteit van beide vennootschappen/bedrijven;
- meer vrijheid in ondernemerschap van de B.V. van X ten opzichte van de gezamenlijke B.V.;
- zelfstandig kunnen opereren door Y binnen de gezamenlijke B.V.;
- beheer broncode bij de gezamenlijke B.V.;
- afwikkeling schulden van de v.o.f.;
- vooruit kunnen kijken en een streep zetten onder het verleden;
- erkenning voor het door de gezamenlijke B.V. en door beide partijen verrichte werk.

Vervolgens is geïnventariseerd welke opties mogelijk waren, zoveel mogelijk rekening houdend met deze belangen. Dit leidde tot meerdere opties, uitgeschreven op flip-over vellen. Partijen hebben vervolgens ieder hun voorkeursopties aangegeven. De volgende bijeenkomsten zijn besteed aan het uitwerken van de voorkeursopties. Partijen hebben aanvankelijk gezocht naar een oplossing waarbij zij afzonderlijk verder zouden gaan, maar er wel sprake zou zijn van een exclusieve samenwerking met betrekking tot de ontwikkeling van hun producten. Uiteindelijk bleek een van de partijen toch onvoldoende vertrouwen te hebben in de in dit kader te maken samenwerkingsafspraken. Hierna is ervoor gekozen om een andere optie uit te werken, waarbij X zijn aandelen en bestuurderschap in de gezamenlijke B.V. overdraagt, beide vennootschappen als concurrenten de broncode kunnen gebruiken, de klantenportefeuille wordt verdeeld en de schulden uit het verleden worden afgerekend. De zienswijze over de waardering van de aandelen liep echter sterk uiteen. Maar mede vanwege de daarmee gepaard gaande kosten wilden partijen geen waardebepaling laten uitvoeren. Betaling in natura door overdracht van extra klanten bleek een mogelijkheid om het verschil in zienswijze te overbruggen. Verder is nog een aparte bijeenkomst gewijd aan de afwikkeling van de schulden uit het verleden.

Tijdens meerdere bijeenkomsten hebben één op één gesprekken plaatsgevonden met partijen om in vertrouwen blokkades te doorbreken voor het inventariseren en uitwerken van mogelijke oplossingen. Van iedere plenaire bijeenkomst is een kort voortgangsverslag gemaakt met als bijlagen foto's van de gemaakte flip-overs (met belangen, opties, uitgewerkte scenario's, overzichten van schulden uit het verleden en opties om deze af te wikkelen).

Beide partijen hebben regelmatig overleg gevoerd met hun advocaten over de mediation. Tijdens de een na laatste bijeenkomst zijn de advocaten ook aanwezig geweest om de op hoofdlijnen gemaakte afspraken gezamenlijk uit te werken. Dit niet alleen vanwege de juridische elementen in de afspraken, maar vooral ook om partijen te begeleiden naar een oplossing die zo goed mogelijk aan hun belangen tegemoet zou komen.

Partijen hebben in de mediation uiteindelijk de volgende afspraken met elkaar gemaakt:

- verkoop door X van zijn aandelen in de gezamenlijke B.V. aan Y tegen overdracht van enkele klanten;
- verdeling van de overige klantenportefeuille, met een goede overdracht over en weer;
- beëindiging bestuurderschap X in de gezamenlijke B.V.;
- verdeling van de aan de software verbonden Intellectuele Eigendomsrechten;
- toewijzing merk- en handelsnaam;
- afrekening verleden;
- beëindiging lopende procedures.

Deze afspraken zijn vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, waarvan het concept door partijen en hun advocaten is aangepast en uitgewerkt totdat een definitieve tekst was bereikt. Er hebben vijf bijeenkomsten en twee individuele intakegesprekken plaatsgevonden. Gemiddeld duurden de plenaire bijeenkomsten drie uur.

De mediation slaagde omdat de partijen inzagen dat zij een duidelijk gezamenlijk belang hadden om tot een oplossing te komen, te weten de continuïteit van hun bedrijven. Zij realiseerden zich dat het jaren zou kunnen duren voordat zij uitgeprocedeerd zouden zijn. Dit ook al gezien de veelheid van onderwerpen waarover conflicten waren ontstaan. De meerwaarde van mediation was dat zij al deze conflicten en hun onderlinge verhoudingen in een keer konden regelen. Desondanks is de oplossing moeizaam bereikt. Dit had vooral te maken met de ernstig

verstoorde onderlinge relatie van de partijen. Achteraf realiseerden de partijen zich dat zij er beter aan hadden gedaan om al in een eerder stadium, toen hun relatie nog niet zo was verhard, voor mediation te kiezen.

Het tweede voorbeeld betreft een geschil tussen de erfgenamen van de enig aandeelhouder van een aannemingsbedrijf over de afwikkeling van zijn nalatenschap.<sup>9</sup> Ook in deze zaak verwees de Ondernemingskamer partijen naar mediation.

De casus was hier als volgt. De erflater heeft twee volwassen kinderen. Ten tijde van zijn overlijden was hij nog getrouwd met de moeder van de kinderen (hierna: "de echtgenote"). Hij leefde echter al jaren samen met een andere vrouw (hierna: "de levenspartner"). De erflater had een goedlopend aannemingsbedrijf. De aandelen van het aannemingsbedrijf werden gehouden door de holding, waarvan de erflater enig aandeelhouder was. Kort voor zijn overlijden heeft de erflater zijn levenspartner tot bestuurder van de holding benoemd, waarmee zij indirect bestuurder van het aannemingsbedrijf werd. Verder is, toen duidelijk was dat het overlijden van de erflater niet lang meer op zich zou laten wachten, een stichting administratiekantoor ("stak") opgericht. Gelijktijdig zijn de aandelen in de holding gecertificeerd. De erflater heeft deze certificaten gelegateerd aan zijn kinderen (voor samen 48%), aan zijn levenspartner (eveneens voor 48%) en aan de bedrijfsleider, die al jaren aan het bedrijf is verbonden (voor 4%). De grond waarop het aannemingsbedrijf wordt uitgeoefend is aan de kinderen gelegateerd.

Na het overlijden van de erflater ontstond tussen de kinderen en de levenspartner verschil van mening over de vraag of een loods, die stond op de grond van het aannemingsbedrijf, ook in eigendom aan de kinderen toebehoorde. De levenspartner vond dat die loods in de nalatenschap viel omdat er geen opstalrecht ten behoeve van de kinderen was gevestigd. De kinderen beriepen zich op natrekking. Eveneens bestond tussen de erfgenamen een geschil over het bestaan van een huurovereenkomst tussen de kinderen en het aannemingsbedrijf en daarmee over de hoogte van de verschuldigde huurprijs. Verder is onenigheid ontstaan over de overdracht van een aantal zaken door de erflater aan zijn levenspartner in een door hen gesloten samenlevingscontract, de aanspraak van de echtgenote op uitkering van een in eigen beheer opgebouwd pensioen en een

---

<sup>9</sup> Een verslag van deze mediation is eerder gepubliceerd in het *Tijdschrift Nederlandse Mediation*, NM 2017/12.

aantal zaken uit de nalatenschap die de levenspartner onder zich zou hebben. Deze onenigheid leidde tot een aantal procedures, waaronder een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer. Tijdens de mondelinge behandeling in die procedure is mediation overeengekomen.

Na een voorbereidende bijeenkomst met de advocaten en individuele intakegesprekken met de levenspartner en de kinderen vond een eerste plenaire bijeenkomst plaats met alleen de levenspartner en de kinderen (en een schoonzoon van de erflater, die namens zijn echtgenote optrad omdat haar gezondheidstoestand het bijwonen van de mediationbijeenkomsten niet mogelijk maakte).

Tijdens de eerste bijeenkomst werden de volgende belangen geïnventariseerd:

- continuïteit van het aannemingsbedrijf;
- naleving van de geest van het testament en daarmee een verdeling zoals de erflater dit had gewild;
- de zaak kunnen afsluiten;
- rust en zekerheid;
- gezondheid;
- beperking van de kosten.

Hoewel het kwam tot een inventarisatie van de belangen en ook van de te behandelen onderwerpen werd al tijdens de bijeenkomst duidelijk dat de verhoudingen zodanig gespannen waren dat dit een constructief overleg tussen partijen in de weg stond. Daarbij kwam dat de betrokkenen ook veel moeite hadden met een confrontatie, omdat er over en weer veel leed uit het verleden zat. Zodanig veel dat zij elkaar ook niet meer wilden zien. Toen ook nog bleek dat er geen enkel vertrouwen bestond in enige verbetering van de onderlinge relatie, is afgesproken om het overleg te laten plaatsvinden door beide advocaten (onder begeleiding van de mediator) en zo nodig (tussentijds) met partijen apart.

In het overleg met de advocaten is allereerst onderzocht of een verkoop van het aannemingsbedrijf mogelijk was, dit omdat de toenmalige situatie (partijen waren gezamenlijk certificaathouder en de levenspartner was bestuurder) niet werkbaar bleek. De kinderen noch de levenspartner bleken belangstelling voor de overname van het bedrijf te hebben. Uiteindelijk is overeenstemming bereikt met de bedrijfsleider over een overname van de activa en passiva van de onderneming tegen een reële waarde en betaling van goodwill. Het geschil over de huur is voor de

toekomst opgelost doordat met de bedrijfsleider, als nieuwe eigenaar, een nieuwe huurovereenkomst werd afgesloten. De overige geschilpunten zijn vervolgens één voor één behandeld. Een oplossing hiervoor werd bemoeilijkt omdat de opbrengst van het aannemingsbedrijf lager was dan de erfgenamen hadden ingeschat en de schulden in omvang bleken tegen te vallen. Hierdoor waren er minder financiële middelen dan begroot om tot een voor alle partijen bevredigende verdeling, in de lijn van de wens van de erflater, te komen.

Partijen waren het er over eens dat het de bedoeling van de erflater was geweest om hen allen goed achter te laten, ook al vonden zij de keuzes die hij had gemaakt in dat kader niet steeds gelukkig.

De beslissing om alleen met de advocaten aan tafel verder te gaan was een spannende. In mediation gaat het er juist om dat de partijen zelf gezamenlijk tot een oplossing komen. De last van het verleden bleek in deze zaak echter zo zwaar dat gezamenlijk overleg niet alleen niet constructief, maar ook te belastend was. Het bleek wel lastig om de partijen zelf goed betrokken te houden, ook al omdat het in hun ogen (te) lang duurde en er veel juridische aspecten aan de afwikkeling zaten. Naast de terugkoppeling door de advocaten naar hun cliënten bleek het nuttig dat ook de mediator zelf regelmatig contact met de partijen bleef houden, telefonisch en in aparte bijeenkomsten. Tenslotte werkte de constructieve opstelling van de advocaten ook mee aan het bereiken van een oplossing. Op de achtergrond hebben ook fiscalisten nog een rol gespeeld vanwege de vele fiscale aspecten aan de zaak, alsook de notaris die bij de afwikkeling van de nalatenschap was betrokken. Verder is de bedrijfsleider tijdens een mediationbijeenkomst aanwezig geweest, omdat hij als (enige) gegadigde voor het aannemingsbedrijf een belangrijke schakel voor de oplossing was.

Er zijn naast de voorbereidende bespreking met de advocaten en de individuele intakegesprekken, zeven bijeenkomsten geweest. Tussen de vierde en vijfde bijeenkomst heeft enkele maanden gezeten, omdat die tijd moest worden besteed aan de verkoop van het aannemingsbedrijf. Deze verkoop moest eerst afgerond zijn, voordat de verdere afwikkeling ter hand kon worden genomen. Ook heeft het fiscale onderzoek dat nodig bleek en de uiteindelijke vastlegging de nodige tijd gevraagd. Uiteindelijk heeft de mediation ruim een half jaar gelopen.

De meerwaarde van mediation was in deze zaak dat de diverse conflicten tussen de verschillende partijen in een keer konden worden meegenomen.



Dit was niet alleen van belang om de kwestie in relatief korte tijd te kunnen afronden (partijen hadden hierover jarenlang kunnen procederen), maar ook omdat de wijze van afwikkeling van de verschillende kwesties afhankelijk van elkaar was. Zo was voor de financiële afwikkeling essentieel aan wie en voor welk bedrag het aannemingsbedrijf zou worden verkocht. Bovendien zagen de partijen in dat doorprocederen zou kunnen leiden tot de ondergang van het aannemingsbedrijf, iets dat zij niet alleen vanwege hun eigen financiële belang, maar ook uit respect voor de erflater wilden voorkomen.

### **13.4 Wat onderscheidt zakelijke, en daarmee ondernemings(rechtelijke), mediation van andere mediation?**

Mediation verloopt in het algemeen volgens een bepaalde procedure. Deze is in grote lijnen als volgt. Allereerst worden de afspraken voor de mediation gemaakt en committeren de partijen zich om te trachten in mediation tot een oplossing van hun geschil te komen. Een en ander resulteert in de ondertekening van de mediationovereenkomst. Daarmee wordt de intakefase afgesloten. Vervolgens geven de partijen elkaar inzicht in hun percepties van de feitelijke gang van zaken die heeft geleid tot de mediation, en wordt er aandacht besteed aan de hiermee gepaard gaande emoties. Deze fase, de exploratiefase genaamd, wordt afgesloten als de belangen van de partijen op tafel zijn gekomen. In de hierop volgende fase, de onderhandelingsfase, worden opties gegenereerd die zo goed mogelijk tegemoetkomen aan de geïnventariseerde belangen van de partijen. Als een van die opties is uitgewerkt en er zijn hierover afspraken gemaakt, wordt in de laatste mediationfase, de slotfase, tot vastlegging en ondertekening hiervan gekomen.

Uit de voorgaande twee praktijkvoorbeelden volgt dat in ondernemings(rechtelijke) mediations een zelfde procedure wordt gevolgd. Daarin verschilt zakelijke mediation dus niet van andere mediations. Daarbij komt dat, anders dan men zonder mediationervaring wel denkt, ook in zakelijke mediations emoties wel degelijk een wezenlijke rol spelen. Wil men tot een oplossing komen, dan zullen deze emoties eerst moeten worden gereguleerd. Dat gebeurt in de regel in de exploratiefase. Daarom geldt ook in ondernemings(rechtelijke) mediations dat niet te snel moet worden gestart met het zoeken naar oplossingen, ook al leert de ervaring dat juist in zakelijke mediations partijen daarop aandringen. Deze partijen zijn in het algemeen immers gewend aan het voeren van onderhandelingen, zijn mondig, goed geïnformeerd en doelgericht. Vaak bestaat er bij

aanvang weerstand tegen een in de ogen van partijen softe begeleiding en daarmee tegen het uitgebreid stil staan bij de achtergrond van het geschil en de wijze waarop de partijen met de situatie zijn omgegaan en deze hebben ervaren. De partijen verlangen van de mediator veelal een krachtig optreden, in die zin dat de mediator snel tot de kern van de zaak kan komen. Zij willen ook weinig tijd kwijt zijn met uitleg hoe de branche werkt, wat de implicaties van het geschil zijn en wat het jargon betekent.

Verder valt bij zakelijke mediation op dat er vaak adviseurs, zoals juristen, accountants en waardebeoordelaars, zijn betrokken, al dan niet op de achtergrond. Dit komt ook omdat de ondernemings(rechtelijke) geschillen vaak gecompliceerd zijn, onder meer vanwege de hieraan verbonden juridische aspecten.

Ook speelt vaak de achterban een belangrijke rol. Denk bijvoorbeeld aan de Raad van Commissarissen, de Raad van Toezicht, de Ondernemingsraad of Cliëntenraad.

Hiernaast is er over het algemeen sprake van gelijkwaardigheid tussen de partijen, in tegenstelling bijvoorbeeld tot arbeidsmediations tussen een werkgever en werknemer.

Bij zakelijke mediation komt het bovendien, veel meer dan bij mediation op het terrein van het familierecht en het arbeidsrecht, voor dat mediation wordt gecombineerd met andere vormen van geschiloplossing. Te denken valt dan aan het uitbrengen van een bindend advies wanneer het niet lukt om er via mediation (geheel) uit te komen, of aan Med-Arb. Bij Med-Arb – waarmee in de Verenigde Staten veel ervaring is opgedaan – wordt eerst getracht via mediation het conflict op te lossen. Eventuele resterende delen van het conflict worden vervolgens door de mediator beslist die dan de rol van arbiter op zich neemt.<sup>10</sup>

Ook wordt bij zakelijke mediation nogal eens gebruik gemaakt van het op-en-neer pendelen door een mediator, ook wel pendelmediation genoemd, en het doen van een zogenaamd *mediator proposal*. Bij pendelmediation bevinden de partijen zich in aparte, van elkaar gescheiden, ruimtes en vindt het overleg niet in elkaars aanwezigheid plaats. De mediator pendelt “als boodschapper” tussen de partijen. Vaak wordt wel op eenzelfde locatie afgesproken, maar zien of spreken de partijen elkaar niet of nauwelijks. In Nederland gebruikt men het pendelen vooral in de

10 J. Lack, ‘Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties’, in: A. Ingen-Housz, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures – Volume II*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 358. B. van Zelst, ‘De toelaatbaarheid van Med-Arb naar Nederlands recht. Over het niemandsland tussen mediation en arbitrage’, *NJB* 2018/9, p. 604-612 en diens bijdrage aan deze bundel.

onderhandelingsfase. Het voordeel van deze vorm van mediation is dat sneller kan worden geschakeld, omdat een rechtstreekse confrontatie tussen de partijen niet aan de orde is. Dit kan behulpzaam zijn als de emoties blijven opspelen. Nadeel van pendelen is dat partijen niet met elkaar in contact staan en dus niet van elkaar horen wat van belang is, maar de mediator als boodschapper optreedt. Bij een *mediator proposal* doet de mediator op enig moment, met toestemming van de partijen, een voorstel met een bepaalde bandbreedte voor de verdere onderhandelingen op basis van de door partijen zelf geïnventariseerde belangen.<sup>11</sup>

### 13.5 Het ZAM/ACB-onderzoek naar zakelijke mediation

In de zomer van 2018 hebben de Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM) en de Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (ACB) in samenwerking met het Moutaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht een online onderzoek gedaan naar zakelijke mediation. Het onderzoek is uitgevoerd onder advocaten, het bedrijfsleven en rechters met als doel om kennis en inzicht te verwerven in kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation in Nederland.<sup>12</sup>

Het onderzoek kan worden gezien als een vervolg op het onderzoek dat het *International Mediation Institute* (IMI) in 2016 en 2017 onder de naam de *Global Pound Conferences* heeft gedaan onder advocaten, bedrijven, rechters en beleidsmakers naar zakelijke mediation in 30 landen (39 steden), waaronder Nederland.<sup>13</sup> Het doel van laatstbedoeld onderzoek was om het bewustzijn over mediation te verhogen en zicht te krijgen op de mogelijke toekomstige ontwikkeling daarvan in de zakelijke markt. De uitkomsten van dit onderzoek zijn als volgt samen te vatten:<sup>14</sup>

- als belangrijkste voordelen voor mediation worden genoemd risicobeperking en beperking van kosten;
- ruim driekwart van de gebruikers vindt dat mediation in een zo vroeg mogelijk stadium dient te worden ingezet;

11 M. Schonewille, *Toolkit Mediation. Resultaat bereiken als mediator, manager, mediation advocate en onderhandelaar*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2018.

12 Het volledige onderzoeksrapport, inclusief de verschillende sets vragen en de – vaak verrassende – antwoorden, is te vinden op de website van ZAM, [www.vereniging-zam.nl](http://www.vereniging-zam.nl).

13 [www.globalpound.org](http://www.globalpound.org).

14 M. Schonewille, 'Wat willen bedrijven nou echt?', *Global Pound Conferences* 2017.

- bijna 80% van de gebruikers verwacht dat via een analyse vooraf wordt vastgesteld welke procesvorm in aanmerking komt om een concreet geschil op te lossen;
- meer dan de helft van de gebruikers vindt dat bij een groot financieel belang mediation in elk geval zou moeten worden geprobeerd;
- gebruikers zien mediation als een managementinstrument.

Uit het *Global Pound Conferences* onderzoek wordt duidelijk dat er vanuit zowel het bedrijfsleven als de advocatuur vraag bestaat naar een vorm van zakelijke conflictoplossing als alternatief voor een gang naar de rechter. Gezien deze uitkomst en op grond van de eigen positieve ervaringen van ZAM en ACB met zakelijke mediation is het idee ontstaan om een meer diepgaand onderzoek te doen naar datgene waaraan in Nederland specifiek behoefte bestaat en waaraan juist niet. Het doel was om, ter vergroting van de markt voor zakelijke mediation, beter in te kunnen spelen op de behoeften van bedrijven, advocaten en rechters en om inzicht te verkrijgen in de redenen voor het geringe gebruik van zakelijke mediation in Nederland.

Er is bewust gekozen het ZAM/ACB-onderzoek uit te voeren onder diegenen die *ervaring* hebben met zakelijke mediation.<sup>15</sup> Dit om duidelijk te krijgen wat wel en niet werkt en zo de vinger te leggen op daadwerkelijke kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation in Nederland. De onderwerpen die in dit onderzoek aan bod komen zijn: de gewenste kwalificaties qua achtergrond en ervaring van de mediator, de redenen om wel/niet van zakelijke mediation gebruik te maken, de rol van de advocaten, en de wijze van uitvoering (aanpak en mediationstijl) van mediation. Verder is het gebruik van de mediationclausule onderzocht. Deze clausule, die soms wordt opgenomen in zakelijke contracten of in algemene voorwaarden, houdt in dat partijen in geval van een conflict of een dreigend conflict eerst mediation zullen proberen alvorens zij zich tot de rechter wenden.<sup>16</sup> Tenslotte is in dit onderzoek onderzocht hoe zakelijke mediation zich verhoudt tot andere vormen van conflictoplos-

---

15 Voor de advocaten en de bedrijven is deze aanpak onverkort doorgevoerd. Voor de rechterlijke macht is op verzoek van de Raad voor de rechtspraak een uitzondering gemaakt door ook rechters zonder verwijservaring naar zakelijke mediation in het onderzoek te betrekken. Dit om intern de vergelijking te kunnen maken.

16 E. Schutte en J. Spierdijk, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, § 3.2.

sing, wat de meningen zijn ten aanzien van een meer verplicht karakter van mediation en wat de tevredenheidcijfers en slagingspercentages zijn.

Als centrale onderzoeksvraag is gekozen: wat zijn op basis van de praktijkervaringen van de drie doelgroepen de behoeften aan en de mogelijkheden voor zakelijke mediation in Nederland? De deelvragen die bij deze centrale vraag zijn gesteld hebben betrekking op: 1) de reeds bestaande ervaring met zakelijke mediation; 2) de gewenste kwalificaties van de mediator; 3) de gewenste wijze van uitvoering van mediation; en 4) de mogelijkheden van mediation in combinatie met andere vormen van geschiloplossing.

Zakelijke mediation is, zoals hiervoor al vermeld, in dit onderzoek gedefinieerd als: 'mediation in geschillen tussen bedrijven en bedrijfs-onderdelen en in geschillen tussen andere professionele partijen, waaronder ook aandeelhoudersgeschillen en contractuele conflicten.'

Enkele belangrijke conclusies die uit het onderzoek kunnen worden getrokken, zijn:

- Advocaten en bedrijven, de gebruikers van zakelijke mediation, tonen zich een voorstander van een proactieve en 'sturende' mediator; een mediator die stevig de regie in handen neemt, zich desnoods tegenover partijen uitlaat over kansen en risico's, of met een *mediator proposal* komt om de vooruitgang te bespoedigen;
- Zowel advocaten als bedrijven hebben geen moeite om redenen te noemen die ervoor pleiten om mediation in te zetten. Bij advocaten springen de snelheid van mediation en het voorkomen van de onzekerheid van een gerechtelijke procedure eruit. Bij bedrijven staat ook de snelheid van mediation bovenaan, als tweede staat de verbetering en het herstel van relaties;
- Veel moeilijker heeft men het om redenen te noemen om géén mediation in te zetten. Geen van de in het onderzoek genoemde redenen tegen mediation wordt breed onderschreven en ook zelf komt men niet met een duidelijke redenen. Bij advocaten ziet men nog het vaakst het antwoord: weerstand van de cliënt om mee te werken aan mediation. Bij bedrijven ziet men het vaakst: via de rechter kan ik meer druk zetten op de wederpartij;
- De effectiviteit van rechtspraak wordt door advocaten en bedrijven heel laag ingeschat. Een rechtszaak wordt maar door 3% van de advocaten en 2% van de bedrijven als de meest effectieve wijze van geschiloplossing gezien. Voor arbitrage geldt hetzelfde. Over de effectiviteit van mediation is men veel positiever, al dan niet in combinatie met rechtspraak;

- Ook rechters zijn er bepaald niet van overtuigd dat een rechtszaak partijen altijd verder helpt;
- Ongeveer 75% van de mediations eindigt volgens zowel advocaten als bedrijven met een oplossing;
- Het proces van mediation, de uitkomst en de mediator krijgen zowel van advocaten als bedrijven ongeveer het cijfer 7,5;
- 75% van de advocaten en bedrijven geeft aan dat als men eenmaal bekend is met mediation, men daarvan vaker gebruik maakt. Bekend maakt dus bemind!;
- Advocaten, bedrijven en rechters zijn het er vrijwel unaniem over eens dat de advocaat de mogelijkheid van mediation moet onderzoeken en met de cliënt moet bespreken.

Verder vallen de volgende punten op:

- Mediation kan ook nuttig zijn wanneer er geen sprake is van een duurzame relatie tussen partijen, aldus advocaten en bedrijven;
- En mediation kan ook goed werken als de zaak al sterk is geëscaleerd, zo geeft 80% van de advocaten, bedrijven en rechters aan. Dit ontkracht het beeld dat een sterke mate van escalatie tegen mediation pleit;
- Verder geeft ruim drie kwart van de advocaten en rechters aan dat mediation ook nog nuttig kan zijn als een zaak al in rechte aanhangig is gemaakt;
- Advocaten en bedrijven zien een mediator wel in staat om een conflict op te lossen ook al is het hen zelf niet gelukt om een regeling met de wederpartij te treffen. Maar liefst ruim 80% is die mening toegedaan;<sup>17</sup>
- Advocaten, bedrijven en rechters vinden het wenselijk dat, wanneer sprake is van een mediationclause, eerst mediation wordt geprobeerd voordat de rechter wordt aangezocht;
- Advocaten geven aan dat het voor hen vaak niet zo'n groot probleem is om de eigen cliënt of de wederpartij van mediation te overtuigen. Bedrijven hebben ook niet zoveel problemen om de wederpartij richting mediation te krijgen. Voor rechters is weerstand bij partijen de belangrijkste reden niet naar mediation te verwijzen.

---

17 Zie voor meer interessante uitkomsten het volledige onderzoeksrapport, te vinden op de website van ZAM, [www.vereniging-zam.nl](http://www.vereniging-zam.nl).

Op grond hiervan zou men verwachten dat zakelijke mediation goede papieren heeft om snel te groeien en veel te worden toegepast. Dit geldt in het bijzonder indien hierbij in ogenschouw wordt genomen dat de rechtspraak structureel overbelast is en dat de wachttijden bij de rechtspraak schrikbarend lang zijn.

Waarom zakelijke mediation desondanks nog niet goed van de grond komt en waarom het aantal rechtszaken nog altijd tientallen malen groter is dan het aantal mediations, is ook met dit onderzoek echter niet aangetoond. Het lijkt erop dat de reden voor het achterblijven van het succes van mediation deels een irrationele basis heeft. Mogelijk speelt mee dat men weet dat men bij mediation bereid moet zijn om concessies te doen en dat kan teveel gevraagd zijn in een conflict. Liever gaat men wellicht voor de kans op 100% winst, hoe klein die kans ook is. De vraag is of partijen altijd een juist beeld hebben of krijgen van hun gelijk en wat het betekent om dat te halen. Ook zou kunnen meespelen dat de advocaten, die vaak het voortouw nemen bij de keuze voor de wijze van geschilbeslechting, eerder kiezen voor een gerechtelijke procedure. Zij zijn immers opgeleid om het recht te kunnen ontrafelen en juridische debatten te voeren. Geschillen worden door hen daarom doorgaans in de juridische sfeer getrokken.

Voor een daadwerkelijke doorbraak van mediation is een externe impuls daarom meer dan welkom, bijvoorbeeld in de vorm van wetgeving of het ontmoedigen van gerechtelijke procedures. Dit is ook de ervaring in andere landen waar mediation als de eerste stap voor het oplossen van geschillen is gepositioneerd, dat wil zeggen dat sprake is van een zogenaamd *opt-out* systeem (waarbij partijen actief actie moeten ondernemen indien zij geen mediation willen doen) in plaats van het *opt-in* systeem zoals dat nu in Nederland geldt (waarbij partijen actief actie moeten ondernemen indien zij mediation willen initiëren).

Ondertussen doet de branche er goed aan zoveel mogelijk in te spelen op de behoeften van de praktijk, waarvoor dit onderzoek een aantal belangrijke aanknopingspunten biedt, namelijk:

- In zakelijke mediation is een zakelijke uitstraling nodig en een bedrijfsmatige aanpak. Niet voor niets geven veel advocaten en bedrijven aan dat zij de voorkeur geven aan een mediator die is aangesloten bij een kantoor of samenwerkingsverband;
- Veel advocaten en bedrijven geven de voorkeur aan individuele intakegesprekken vooraf;
- Veel advocaten en bedrijven willen een mediator met een goede kennis van het recht en willen ruimte om de juridische aspecten aan de orde te stellen;

- De mediator moet, als de partijen dat wensen, een inschatting van de kansen en risico's kunnen geven. Dit geldt ook voor bijvoorbeeld het aanbieden van een *mediatorsproposal*;
- Bedrijven vinden bindend advies een goede oplossing als de mediation vastloopt;
- Bij al die zakelijkheid, moeten mediators niet vergeten om ook te blijven reflecteren op de emoties en de achterliggende problemen. Advocaten, bedrijven en rechters geven aan dat een van de allerbelangrijkste taken van de mediator is om het gesprek tussen partijen in goede banen te leiden en de emoties van partijen te adresseren;
- Van groot belang is ook dat de snelheid van mediation die door advocaten en bedrijven zo belangrijk wordt geacht, wordt bewaakt. Er moeten op korte termijn afspraken met partijen worden gemaakt die elkaar in snel tempo opvolgen en een mediation moet in een paar bijeenkomsten achter de rug zijn;
- Een combinatie van rechtspraak en mediation wordt vaak genoemd als aantrekkelijke optie. Onderzocht zou moeten worden hoe hieraan het beste invulling kan worden gegeven;
- De cijfers voor de mediator, het proces en de uitkomst zijn behoorlijk goed, maar kunnen nog beter.

Tenslotte zou het voor de ontwikkeling van zakelijke mediation zeker helpen:

- als er meer bekendheid ontstaat met grote en/of complexe geschillen waarin het gelukt is de zaak in mediation op te lossen;
- als grote partijen, bijvoorbeeld het grote bedrijfsleven, die enthousiast zijn over mediation dit ook gaan uitdragen;
- als partijen met een conflict zich er bewust van worden welke negatieve gevolgen het voeren van gerechtelijke procedures kan hebben, qua tijdsbeslag en kosten, maar ook qua negatieve energie;
- als de markt beter gaat begrijpen wat de toegevoegde waarde van mediation voor de zakelijke sector kan zijn. Nog te vaak wordt de mediator alleen geassocieerd met het familierecht en het arbeidsrecht;
- als de marketing van zakelijke mediation goed en professioneel wordt aangepakt.



### **13.6 Kansen en mogelijkheden voor institutionele geschilbeslechting, in het bijzonder bij het NAI**

Uit het ZAM/ACB onderzoek blijkt dus dat in zakelijke mediation een zakelijke uitstraling en een bedrijfsmatige aanpak gewenst is. Daarbij gaat de voorkeur uit naar een mediator die is aangesloten bij een kantoor of samenwerkingsverband. Daaruit valt af te leiden dat ook een professioneel instituut als het NAI voor de zakelijke markt aantrekkelijk is als provider van mediators.

Verder blijkt uit het onderzoek dat de voorkeur bestaat voor een gespecialiseerde zakelijke mediator, met ervaring in het bedrijfsleven en met juridische kennis. Aan deze behoeften vanuit de zakelijke markt zou het NAI eenvoudig tegemoet kunnen komen door te werken met een register van ervaren, zakelijke mediators met een juridische achtergrond en affiniteit met de branche.

Ook het feit dat, zoals eveneens uit het onderzoek blijkt, advocaten, bedrijven en rechters het wenselijk vinden dat eerst mediation wordt geprobeerd voordat de rechter wordt aangezocht wanneer sprake is van een mediationclausule, kan het NAI helpen bij het uitbouwen van een mediation “poot”. Waar in de zakelijke markt al veelvuldig gebruik wordt gemaakt van een arbitraal beding of bindend adviesbeding, met verwijzing naar het NAI, zou hieraan, al dan niet in de vorm van een keuzemogelijkheid voor bindend advies/arbitrage of mediation of een combinatie hiervan, een mediationclausule met verwijzing naar NAI mediation, kunnen worden toegevoegd.

Dit sluit weer goed aan bij een andere conclusie uit het ZAM/ACB onderzoek, te weten dat mediation in combinatie met andere vormen van geschilbeslechting over het algemeen als positief wordt gezien. Ook hier lijkt een markt te liggen voor het NAI, mede gezien de leidende rol die zij al heeft op het gebied van arbitrage en bindend advies. Het NAI zou een combinatie van arbitrage/bindend advies en mediation kunnen aanbieden en daarmee de partijen de zekerheid kunnen geven dat er een oplossing wordt gevonden voor hun conflict. Wordt immers in mediation geen of geen volledige oplossing bereikt, dan kunnen de (resterende) geschilpunten via arbitrage of bindend advies alsnog worden beslecht. Een mogelijkheid zou ook kunnen zijn om direct al voor een deel van het conflict te kiezen voor arbitrage of bindend advies en voor een ander deel voor mediation. Onderzocht zou moeten worden hoe hieraan in de praktijk het beste invulling kan worden gegeven.

Kortom, de behoefte van de markt aan ondernemings(rechtelijke) mediation, zoals recent ook gebleken uit het ZAM/ACB onderzoek, betekent een kans voor het NAI, als ervaren professionele provider, om zich ook te onderscheiden met het op kwalitatief hoog niveau aanbieden van zakelijke mediation en een combinatie van mediation en arbitrage of bindend advies.