

vak & specialist

Mediation is niet altijd hét wondermiddel voor geschillen bij fusies en overnames, maar gezien de algemene succespercentages en de relatief lage kosten zeer zeker het overwegen waard. Toetsing van het conflict aan de criteria voor mediation kan te hoog gespannen verwachtingen temperen.

Mediation bij fusies en overnames: *Baat het niet, dan schaadt het niet*

O nvrede over het resultaat van een gang naar de rechter is niet verwonderlijk. Onderzoek leert dat partijen zelf slechts enkele, ogenschijnlijk bescheiden wensen hebben bij conflictoplossing. Men wil het geschil graag snel, goedkoop en met zo min mogelijk stress afronden. De werkelijkheid leert dat dat teveel gevraagd is. Ook op andere punten voorziet de rechtspraak nogal eens niet in de behoefte. Veel relevante aspecten worden, zo voelt men dat althans, ten onrechte buiten beschouwing gelaten. Daarnaast veroorzaakt de gang naar de rechter vaak juist een escalatie. De kritiek heeft geleid tot pogingen tot verbetering van de rechtspraak en alternatieve vormen van geschillenbeslechting, *alternative dispute resolution*, zijn meer en meer in de belangstelling komen te staan. Een belangrijke representant van die stroming is de zogenaamde mediation: het onderhandelen ter beëindiging van een conflict, onder leiding van een onafhankelijke en neutrale derde persoon. De resultaten van het middel zijn hoopgevend. Onderzoeken laten succespercentages tussen de vijftig en de tachtig procent zien. Dat mag uitzonderlijk hoog worden genoemd. Ook mislukte mediations blijken bovendien van waarde te zijn. Deelnemers aan bemiddelingspogingen blijken deze nogal eens toch als positief te hebben ervaren.

Neutraal

Hoe mediation exact in zijn werk gaat, hangt af van het model dat wordt gebruikt. In beginsel zijn er slechts drie betrokkenen: de beide partijen en de persoon die het proces begeleidt, de mediator. De procedure waaraan deze drie betrokkenen beginnen moet niet alleen gericht zijn op vaststelling van de rechten van de partijen, maar juist op de achterliggende belangen en motieven. De gedachte is dat die moeten worden blootgelegd en bespreekbaar moeten zijn. Zo wordt duidelijk waar het de partijen in feite om te doen is. Op basis daarvan komen de partijen tot de best passende oplossing. Soms blijkt dat de belangen op bepaalde vlakken toch parallel lopen. Een belangrijk uitgangspunt is dat het geschil veelal slechts een uiting is van een dieper liggend probleem. Dat uitgangspunt moet

worden onderkend en constructief worden aangepakt. Daarbij is de term 'belang' zeer breed. Men kan denken aan alles wat er voor die betrokken partijen toe doet. Mediation vereist dat er sprake is van een zekere wederkerigheid. Partijen moeten werkelijk moeite doen om te ontdekken wat de andere partij beweegt. Daarnaast is mediation gericht op de toekomst. De partijen moeten een oplossing bereiken waarmee ze samen verder kunnen. Dit als tegenhanger van de gewone rechtspraak. Die bekijkt immers vooral welke rechten partijen in het verleden kregen en in hoeverre die gerespecteerd worden.

Onderzoeken naar mediation laten succespercentages tussen de vijftig en de tachtig procent zien.

Vaststellen dat fusies en overnames synoniem zijn aan conflicten, gaat te ver. Niettemin doet zich in de marge van fusies en overnames een bont scala aan conflicten voor. Twee categorieën zijn te onderscheiden. Categorie één is die van conflicten tussen de (min of meer) direct betrokken partijen. Te denken valt aan conflicten naar aanleiding van het afbreken van de onderhandelingen en inbreuken op de garanties in het koopcontract. Of conflicten van operationele aard tussen de koper en de verkoper, als die laatste nog aan de onderneming verbonden is, en conflicten tussen de directie en de aandeelhouders van de over te nemen onderneming over de wenselijkheid van de beoogde overname. De tweede categorie is die van conflicten met zijdelings betrokkenen en derden. Men kan bijvoorbeeld denken aan geschillen met ondernemingsraden, vakbonden, mededingingsautoriteiten en diverse toezichthouders. Het gaat dan veelal over geschillen die voortkomen uit het al dan niet juist uitvoeren van meldings- of consultatieverplichtingen. Voor alle genoemde conflicten mag men aannemen dat de algemene regel geldt: de betrokkenen willen het conflict graag zo optimaal mogelijk oplossen. Mediation kan dan ook een goed alternatief zijn. We bespreken hierna alleen conflicten uit de eerste categorie omdat conflicten uit categorie twee een heel specifiek, eigen karakter kennen. Bespreking van de consequenties daarvan zou te ver voeren.

Uitgangspunten

Op mediation zijn nauwelijks gewone rechtsregels van toepassing. De paar regels die het proces beheersen volgen grotendeels uit de mediation-overeenkomst. Partijen moeten een dergelijke overeenkomst aan het begin van de rit sluiten. Hiervoor zijn standaardovereenkomsten beschikbaar.

Vertrouwelijkheid en geheimhouding zijn twee belangrijke uitgangspunten. De afspraak tussen de partijen en de mediator is dat alles wat tussen hen wordt besproken geheim blijft. Geheimhouding is nodig om de partijen de vrijheid te geven niet terughoudend te hoeven zijn. Zij kunnen alles wat zij van belang achten open aan de orde stellen. Zonder een dergelijk houvast zou de vrees voor misbruik van informatie door een partij kunnen ontstaan. Een ander belangrijk uitgangspunt is de vrijwilligheid. Een partij moet op ieder moment met de mediation kunnen stoppen. Dit moet voorkomen dat partijen het gevoel krijgen in een dwangpositie te zitten of zelfs daarin te worden gemanoeuvreerd. De rol van de mediator is van cruciaal belang. Zijn primaire bijdrage is het blootleggen van wat er nu werkelijk speelt. Hij moet zich daarbij neutraal opstellen. De partijen identificeren met elkaar wat hen beweegt en vervolgens onderhandelen zij over een oplossing. De mediator faciliteert dat proces zo veel mogelijk. Dat vergt niet zozeer kennis van recht, de mediator moet vooral goed thuis zijn in de meer communicatieve vaardigheden. Kennis van de relevante technieken op het gebied van de psychologie, de conflictenleer en de communicatieleer zijn dan ook van belang.

Een ander belangrijk uitgangspunt van mediation is de vrijwilligheid. Een partij moet op ieder moment kunnen stoppen.

Voor een succesvolle mediation is vereist dat het geschil aan een aantal vereisten voldoet. Daarnaast kan mediation worden geblokkeerd door bijzondere karakteristieken van het geschil. In de loop der tijd zijn nogal wat relevante aspecten onderkend. In relatie tot M&A-geschillen is een groot aantal daarvan zeer relevant. Allereerst: de partijen moeten elkaar wel nodig hebben. Daarnaast helpt het wanneer de partijen eerder wel goed hebben samengewerkt, zodat er geen structureel wantrouwen is en dat de partijen het geloof in een toekomstige band of samenwerking niet volledig hebben opgegeven. Maar er dragen meer aspecten bij tot succes. Zoals een (nood)situatie of impasse, die dwingt tot het vragen om hulp, het onder druk staan (van derden) om tot een oplossing te komen, het feit dat de tijdelijke handhaving van de status-quo tijdens de mediation geen onoverkomelijke problemen oplevert

als deze onverhoopt geen resultaat oplevert en dat de juiste partijen aan tafel zitten. Ook moeten de partijen geloof in het middel mediation hebben. Het geschil moet geen kwestie zijn van alleen A of B, er moet iets tussen de partijen zijn te verdelen. Men moet écht geïnteresseerd zijn in de beëindiging van het conflict. De vertrouwelijkheid moet geen probleem vormen en geen van de partijen moet zichzelf een (bijzonder) sterke juridische positie toedichten die men bovendien onder alle omstandigheden gerespecteerd wenst te zien. Mediation is niet uitsluitend mogelijk als aan alle vereisten wordt voldaan. Bijna geen één is op zichzelf onmisbaar. Als echter aan enkele vereisten niet wordt voldaan, neemt het nut van een poging zienderogen af.

Fasering van mediation

Een juiste fasering van mediation is van groot belang. Er kunnen vier fasen worden onderscheiden.

1. De intakefase: de partijen en de mediator komen voor het eerst bijeen en maken de vereiste afspraken over de te volgen procedure.
2. De exploratiefase: partijen maken over en weer alle onderliggende belangen en motieven zichtbaar.
3. De onderhandelingsfase: de partijen proberen een wederzijds aanvaardbare oplossing voor hun geschil te bereiken, met inachtneming van al hun achterliggende belangen en motieven.
4. De afronding: als we ervan uit gaan dat het onderhandelingsproces de contouren van een oplossing heeft opgeleverd, moeten deze wordt uitgewerkt in een zogenaamde vaststellingsovereenkomst. Daar zijn de partijen dan verder aan gebonden. Het verdient aanbeveling om de vaststellingsovereenkomst in een notariële akte vast te leggen. Dat voorkomt dat men alsnog naar de rechter moet als bijvoorbeeld een toegezegde betaling uitblijft.

Een optie

Of mediation bij het afbreken van de onderhandeling in het fusie- of overnametraject een optie is, hangt vooral af van de reden voor het afbreken. Als het met name gebeurt vanwege de persoon van de wederpartij lijkt mediation niet zo zinvol. Bij een dergelijke negatieve keuze valt er weinig te bespreken. Datzelfde geldt bijvoorbeeld ook als de onderhandelingen zijn beëindigd vanwege de mogelijkheid van een betere prijs. Ook een inbreuk op de garanties in het koopcontract leent zich - zo op het eerste gezicht - vaak niet goed voor mediation. Het gaat dan veelal om een geschil tussen partijen die niet verder met elkaar hoe-

ven en puur een financieel optimale oplossing nastreven. Desalniettemin kan onzekerheid over de juridische positie dan soms toch nog een goede aanleiding voor mediation zijn. Bij een conflict tussen de directie en de aandeelhouders over de wenselijkheid van een beoogde overname zijn drie contra-indicaties denkbaar. Het grote aantal betrokkenen kan de mediation lastig maken. Onoverkomelijk is dit echter niet. Een goede mediator weet ook daar goed mee om te gaan. Een duidelijkere contra-indicatie is de beschikbaarheid van een goed alternatief: de procedure bij de Ondernemingskamer. Beslechting van het relevante geschil door die instantie wordt over het algemeen als positief ervaren. Een derde contra-indicatie betreft het aspect van de vertrouwelijkheid. Zeker als één of meer betrokken ondernemingen beursgenoteerd zijn, kan de vereiste vertrouwelijkheid van de beraadslagingen een probleem opleveren. Het lijkt namelijk nauwelijks te vermijden dat koersgevoelige informatie aan de orde wordt gesteld en een rol speelt. Voor operationele conflicten tussen de koper en de verkoper, als die laatste nog aan onderneming verbonden is, valt in beginsel geen goede reden te bedenken waarom mediation niet ingezet kan worden.

Het helpt als de partijen eerder wel goed hebben samengewerkt. Zo is er geen structureel wantrouwen en hebben de partijen het geloof in een toekomstige band of samenwerking niet volledig opgegeven.

Mediation blijkt dus lang niet altijd toepasbaar op de vier genoemde soorten M&A-geschillen. Een algemene lijn valt echter niet aan te geven. Voor elke soort gelden andere overwegingen. Van geval tot geval moet de inzet van mediation worden beoordeeld. De hamvraag daarbij is of voor dat specifieke conflict aan de genoemde algemene bedenkingen betekenis wordt toegekend. Een al te kritische en behoudende opstelling lijkt in ieder geval niet zinvol. Met name vanwege de positieve ervaringen die in het algemeen al met mediation zijn opgedaan en vanwege de investering in een mediation-procedure. Die is slechts van beperkte omvang. Daarmee hangt het uitgangspunt 'baat het niet, dan schaadt het niet' samen. Beoordeling van het conflict aan de hand van de relevante criteria kan zorgen voor matiging van hooggespannen verwachtingen. Zo worden bij voorbaat kansloze mediationexercities voorkomen.

Mr. drs. P.B. van den Bos is advocaat van de sectie Fusies en Overnames en mevrouw mr. S. Pront-van Bommel is advocaat van de sectie Farmaceutisch- en Gezondheidsrecht van CMS Derks Star Busmann, advocaten, notarissen en belastingadviseurs.



**Mr. drs.
P.B. van den Bos**

Een deel van dit artikel is gebaseerd op het proefschrift van mr. S. Pront-van Bommel dat in het najaar van 2002 wordt uitgebracht. Geraadpleegde literatuur Handboek Mediation (Bonenkamp e.a.), Recht rond onderhandeling (Barendrecht e.a.).



**Mr. S. Pront-
van Bommel**