
NM 2018/26 ZAKELIJK

Aandeelhouders. Aandeelhoudersovereenkomst. Vaststellen jaarstukken. Aandelenoverdracht. Splitsing. Waardering. Vertrouwen. Belangen. Art. 2:195, 2:217, 2:239, 2:344 e.v., 2:360 BW
Partijen: Drie aandeelhouders/bestuurders van een aantal met elkaar gerelateerde b.v.'s.

Essentie

De kracht van mediation: door met partijen voortdurend op zoek te zijn naar onderliggende (gezaamenlijke) belangen, deze steeds te blijven benoemen alsmede de alternatieve scenario's concreet te maken, vinden aandeelhouders na maanden durende onderhandelingen die volledig waren vastgelopen en resulteerden in een procedure bij de OK van het Gerechtshof Amsterdam, na verwijzing naar mediation toch samen en binnen afzienbare termijn een algehele oplossing in mediation.

INHOUD MEDIATION**Casus**

Oud collega's (A en B) richten samen een onderneming op in een dienstverlenende branche. De zaken gaan goed, er is sprake van groei en uitbreiding van de aan te bieden diensten. In dat kader sluit ook oud collega C aan. Er wordt een aantal b.v.'s opgericht, waarin allen direct of indirect aandeelhouder/bestuurder zijn. Op enig moment ontstaan er onderlinge spanningen die het gevolg lijken van langdurige uitval van C vanwege gezondheidsredenen. Na een afgebroken verkooptraject met een derde lopen de onderlinge spanningen verder op. De afgebroken onderhandelingen spelen daarbij een cruciale rol. Hoe nu verder? Het onderlinge vertrouwen is aangetast, de samenwerking komt niet meer op een effectieve manier van de grond. Het feit dat C ten gevolge van een ongeval bovendien langdurig uitvalt maakt het niet eenvoudiger. Er is niet of nauwelijks onderling contact of onderlinge afstemming, A en B houden alles draaiende. De kloof lijkt groter te worden. A en B hebben de wens C uit te kopen, de aandeelhoudersovereenkomst van een van de b.v.'s kent ook een aanbiedingsplicht. C geeft evenwel de voorkeur aan terugkeer. Onder leiding van een door beide partijen gezamenlijk ingeschakelde advocaat onderhandelen A, B en C uiteindelijk toch

over de vorm en voorwaarden van een afscheid. Over de grote lijnen wordt men het snel eens, er ontstaat zelfs weer enig vertrouwen, maar in de uitwerking van de details loopt het traject na enige maanden muurvast. Het lukt de door ieder van partijen ingeschakelde eigen advocaten ook niet een en ander te doorbreken. Het onderlinge wantrouwen is inmiddels zo groot dat een procedure bij de OK volgt. Vanuit de mondelinge behandeling bij de OK volgt verwijzing naar mediation met de opdracht de ontvlechtingsmogelijkheden te onderzoeken.

Er zijn enkele langdurige en intensieve mediationgesprekken nodig geweest om het vertrouwen dusdanig te herstellen dat A en C samen op zoek kunnen naar oplossingen en in het verlengde daarvan de uitwerking. Er is teruggegrepen naar het basismodel dat zij een jaar eerder als uitgangspunt hadden gekozen, nu aangevuld met de intentie niet opnieuw vast te willen lopen in de details. Dat blijkt een hele uitdaging. Uit praktische overwegingen wensen partijen de eerder ingeschakelde gezamenlijke advocaat in de mediation te betrekken om de uitwerking ter hand te nemen.

In een gezamenlijke mediationbespreking worden de uitgangspunten besproken en de meer gedetailleerde thema's benoemd en deels uitgewerkt.

Cruciale thema's zijn: de prijs, wat is de waarde van de aandelen, hoe die te bepalen, wie gaat/kan dat doen, op basis waarvan, tegen welke datum, te stellen zekerheden en zo ja welke dan? Het vertrouwen is zo broos dat de mediation op enig moment toch volledig vast lijkt te lopen opnieuw in de uitwerking van de details. In deze fase wordt door C ook het vertrouwen in de mediator aan de orde gesteld: Is de mediator wel onpartijdig? Een terugkoppeling na een eerder overleg en een uitnodiging voor een aankomend overleg roept bij C vragen op. Een open gesprek over en erkenning van de zorg van C, uitleg over de achtergrond van de door de mediator gemaakte keuzes en erkenning van de verwarring die daardoor heeft kunnen ontstaan bij partijen en daadwerkelijk is ontstaan bij C haalt de angel eruit.

Door terug te blijven gaan naar de geïnventariseerde belangen, deze bovendien blijvend verder te onderzoeken en door het alternatieve scenario (procedure OK met mogelijke uitkomsten/BAZO) zichtbaar te maken en te houden lukt het toch in gesprek te blijven. Per mail worden de laatste onderhandelingspunten geïnventariseerd. In een voor ieder van betrokkenen ultieme poging om in de mediation tot een oplossing te komen is in de laatste bijeenkomst net zo lang gezocht en gesproken totdat partijen volledige overeenstemming bereiken.

Belangen

- Rust.
- Herstel/goede gezondheid.
- Streep eronder en verder.
- Op korte termijn.
- Duidelijkheid.
- Fair deal.
- Alle losse eindjes oplossen.
- Kosten beperken.
- (Nog) te besteden energie beperken.
- Samen een oplossing vinden.
- Gelijkwaardigheid.
- Gedeelde verantwoordelijkheid.

Resultaat

De afspraken resulteren in het afronden en ondertekenen van de jaarstukken en in een overeenkomst tot verkoop en koop van de aandelen van C.

Opmerkingen mediator

- Onderling vertrouwen partijen is en blijft broos:

Het onderlinge vertrouwen tussen partijen is gedurende het gehele mediationtraject broos gebleven: De ervaringen van het eerdere, vastgelopen, onderhandelingstraject hadden sporen nagelaten. Herstel van vertrouwen was geen doel op zich meer, dat (b)leek voor allen onhaalbaar en ook niet meer de wens. Onderhandelen vergt wel een minimale mate van vertrouwen: Hoe kun je anders samen bouwen aan een oplossing, mede gegeven de tegenstrijdige belangen. Door alle belangen bespreekbaar te maken en gedurende het gehele traject vooral te focussen op de gemeenschappelijke, ontstond er wel enige basis. Die was broos, maar bleek uiteindelijk voldoende om tot definitieve afrondende afspraken te komen.

- Vertrouwen mediator:

Op enig moment geeft C bij het inventariseren van de te bespreken onderwerpen bij aanvang van het mediationgesprek aan, vraagtekens te plaatsen bij de onpartijdigheid van de mediator. Het vertrouwen van C in de mediator is met andere woorden beschadigd.

Dat is schrikken! Als mediator hecht ik zeer aan een zuivere en integere invulling van mijn rol, daar staat of valt een mediation bij. Ik meen daar ook altijd zeer zorgvuldig mee om te gaan. Toch niet zorgvuldig genoeg voor C, naar het lijkt. Waar ik bovendien door ben geraakt is het feit dat mijn handelen afleidt van hetgeen partijen te doen hebben met elkaar: Ben ik immers niet slechts een middel dat in positieve zin behoort bij te dragen in plaats van af te leiden van het proces?

Ik verwoord dit ook zo en geef bovendien aan dat een beschadigd vertrouwen de vraag oproept of ik nog wel de juiste mediator kan zijn om partijen verder te begeleiden. Zonder vertrouwen van

alle betrokkenen kan ik mijn werk niet doen. Ik hecht er dan ook aan dit aspect als eerste te bespreken (in plaats van partijen de keuze te laten waar(mee) te starten). Ik check bij A of ook hij twijfels heeft bij mijn rol. Dat is niet aan de orde. We onderzoeken vervolgens waar de zorg van C uit voortkomt: Een terugkoppeling na een eerdere bespreking en een bevestiging van een vervolgspraak, inhoudende een inventarisatie van open eindjes gedestilleerd uit een e-mailwisseling, roept bij C vragen op. De terugkoppeling sluit in zijn ogen niet aan bij hetgeen is besproken en afgesproken, de uitnodiging ziet over het hoofd dat een onderwerp dat A opmerkte al in de eerdere e-mailwisseling zou zijn afgekaart en dus kon vervallen. De vorm waarin de terugkoppeling is verwoord, niet zoals gebruikelijk in een aparte e-mail, maar deze keer in een aanvullende opmerking bij een concept tekst van de gezamenlijk ingeschakelde advocaat, bleek mede bepalend. Ik vertel hoe ik tot de keuze ben gekomen die ik heb gemaakt en erken dat deze afwijkende vorm van mijn terugkoppeling (achteraf gezien) juist door die afwijking vragen kon oproepen. Het was duidelijker geweest de eerder gekozen vorm te blijven hanteren.

De inhoud van de terugkoppeling was volgens C ook niet juist. Ik vertel dat ik enkel beoog te verwoorden wat ik dacht te hebben begrepen en dat ik me daarin uiteraard kan vergissen. De mediation heeft ook tot doel om meer helderheid te krijgen over en weer. Goed dus dat C zijn opmerkingen heeft gemaakt. Ruis op de lijn helpt niet, het verhelderen van ruis wel.

Een open gesprek over en erkenning van de zorg van C, uitleg over de achtergrond van de door de mediator gemaakte keuzes en erkenning van de verwarring die daardoor heeft kunnen ontstaan bij partijen en daadwerkelijk is ontstaan bij C haalt de angel eruit. C geeft aan dat het vertrouwen voldoende is hersteld om met mij verder te gaan. A wil dat ook. We gaan vervolgens verder met de mediation.

Het voorval is evenwel voor mij niet meteen van tafel bemerk ik. Mijn onbevangenheid, de natuurlijke vanzelfsprekendheid waarmee ik mediate, is aangetast. Ik ben me zeer bewust van alles wat ik doe en zeg en niet doe en niet zeg, als ook van mijn non-verbale gedrag.

Het maakt dat ik een minder actieve rol inneem, nog bewuster aansluit bij de bewoordingen van partijen, emoties benoem, nog meer aan hen laat wat aandacht vraagt en daarin volg en empower en ook in de schorsingen geen pendelende rol meer vervul, maar enkel aan tafel gezamenlijk inventariseer wat ieder van partijen wil inbrengen om van daaruit het gesprek en de onderhandelingen tussen partijen verder te ondersteunen.

Uiteindelijk vind ik in de loop van de middag mijn draai en mijn vertrouwen terug. Partijen zijn constructief met elkaar in overleg. Aan tafel gaat het weer "stromen" en dat is uiteindelijk de bedoeling.

PROCES MEDIATION

Verwijzing

Het betreft een mediation na verwijzing van de Ondernemingskamer (OK) van het Gerechtshof Amsterdam.

Co-mediation

Er was geen sprake van co-mediation.

Achtergrond mediator

De mediator is fulltime MfN-registermediator (IMI-certified) in de zakelijke markt, met ongeveer 25 jaar ervaring als advocaat in diezelfde markt; de mediator is tevens psycholoog.

Partijbegeleiders en andere betrokkenen

Partijen werden tijdens de intake gesprekken vergezeld door hun advocaten. De advocaten zijn in het vervolg van de mediation enkel op de achtergrond betrokken geweest. Zij hebben geheimhoudingsverklaringen getekend. De uiteindelijk gemaakte afspraken zijn juridisch uitgewerkt door een door beide partijen gezamenlijke aangewezen (derde) advocaat die ook de effectuering van de gemaakte afspraken en het contact met de daarvoor benodigde notaris heeft begeleid. Deze advocaat heeft ook een geheimhoudingsverklaring getekend. Een van partijen is gedurende alle gesprekken vergezeld door een persoonlijk adviseur/vertrouwenspersoon. Deze heeft de mediationovereenkomst mede-ondertekend.

Intake/plenair/caucus

Er hebben twee intakegesprekken en zeven mediationgesprekken plaatsgehad. De mediationgesprekken duurden gemiddeld een dagdeel. Tijdens de gezamenlijke gesprekken is er regelmatig geschorst voor afstemming met achterban of adviseur en heeft de mediator ook in caucus met partijen apart gesproken. De mediator heeft ook telefonische pendelgesprekken gevoerd. De afrondende afspraken zijn met elkaar aan tafel gemaakt.

Verslaglegging

Er is na ieder gezamenlijk gesprek door de mediator per e-mail een globale terugkoppeling gemaakt, voorzien van een foto van de flip-over vellen die in de betreffende bijeenkomst zijn beschreven. In deze terugkoppelingen heeft de mediator ook vragen opgenomen ter voorbereiding op het vervolg overleg. Er is o.a. een sheet met een overzicht van de geïnventariseerde

belangen, sheets met opties, tijdlijnen en rekenmodellen en een sheet met de puntsgewijs genoteerde afspraken die partijen maakten en ook op de sheet ondertekenden.

Duur

De doorlooptijd van de mediation bedroeg twee maanden.

Caroline Kloppers, BosnakBender, Arnhem
