

- De deelnemers hebben gezien bovenstaande de wens om deze situatie met deze overeenkomst af te ronden. Zij verzoeken daarom gezamenlijk de Rechter om de zaak hiermee af te ronden en niet verder te vervolgen.
- De deelnemers zijn zich ervan bewust dat - ondanks bovenstaande verzoek - het aan de Rechter is om te besluiten of er al dan niet tot verdere vervolging overgegaan wordt.

NM 2020/20 ZAKELIJK

Koopovereenkomst. Koopsom. Dwaling. Bedrog. Mededelingsplicht. (Verborgen) gebreken. Opzettelijk verzwijgen. Schade.

art. 3:44, 6:228 BW

Partijen: 2 vennootschappen, resp. koper (B B.V.) en verkoper (A B.V.) van het bedrijf X B.V.

Essentie

Koper en verkoper van een bedrijf hebben een geschil over de vraag of verkoper al dan niet transparant is geweest in het verkoopproces, meer in het bijzonder of koper al dan niet cruciale informatie heeft verzwegen met wezenlijke gevolgen voor de door partijen overeengekomen koopprijs.

INHOUD MEDIATION

Casus

A is wetenschapper en heeft in zijn jonge jaren X B.V. opgericht en er een bloeiende (MKB) onderneming van gemaakt. X B.V. produceert zeer specialistische technische onderdelen. Holding A heeft, gegeven de leeftijd van A, haar onderneming X B.V. verkocht aan B B.V. (een grote onderneming). Er heeft vooraf een uitgebreide due diligence plaats gehad en er zijn diverse adviseurs bij het (koop- en onderhandel)traject betrokken geweest. De koopprijs is deels gerelateerd aan een te verwachten omzetgroei bij een grote klant van X B.V. De te betalen koopprijs is grotendeels voldaan, met uitzondering van een earn out gebaseerd op die te verwachten omzetstijging en met uitzondering van een escrow.

B. B.V. meldt zich ca. 2 jaar na de overname bij Holding A: De verwachte omzetstijging blijft uit, de relatie met deze klant is onder grote druk komen te staan en dreigt zelfs te escaleren, dat had (Holding) A kunnen/moeten weten en dus kunnen/moeten mededelen, maar zij heeft dit verzwegen. Daarnaast stelt B B.V. dat er sprake is van gebreken, zoals achterstallig onderhoud aan de machines, verkeerde waardering voorraden, fouten in de salarisadministratie en een zwak management. Zij claimt ca. 3 mln. euro van Holding A.

Holding A deelt deze standpunten niet, met uitzondering van een klein onderdeel: zij erkent

een fout in de salarisadministratie met beperkte financiële gevolgen. Holding A wijst erop dat er een uitgebreide due diligence plaatsgehad, waarin volledige openheid van zaken is gegeven, ook op locatie. A heeft bovendien niets verzwegen. B B.V. heeft wellicht andere verwachtingen gehad en een andere inschatting gemaakt, maar dat kan A niet worden verweten. Zij wijst de claims af en claimt zelf uitbetaling van de earn out en escrow, een bedrag van (afgerond) 1,5 mln. euro.

De (interne) adviseurs hebben enige maanden met elkaar geprobeerd tot een oplossing te komen. Die gesprekken zijn muurvast komen te zitten en de standpunten zijn verhard. De General Counsel van B B.V. oppert mediation. Dat lijkt een laatste mogelijkheid om een procedure te voorkomen.

Tijdens de vertrouwelijke en aparte voor- gesprekken spreekt de mediator met A en een van zijn adviseurs. A zelf is door de hele geschiedenis emotioneel zodanig van slag dat hij alleen met de mediator nog wel zijn verhaal wil en kan doen, maar zich in de gezamenlijke gesprekken wil laten vertegenwoordigen door de adviseurs die namens hem het verkoopproces hebben begeleid. Pogingen A te verleiden tot persoonlijke deelname hebben geen effect. A voelt zich door "de trap na" te zeer gekwetst en in zijn eer en goede naam aangetast.

B B.V. wordt vertegenwoordigd door haar CEO, CFO en General Counsel. De CFO was eerder ook betrokken bij de due diligence en aankoop. Het stoort hen dat A zich niet meer persoonlijk laat zien. Zij zien daarin een bevestiging van hun standpunt: gebrek aan openheid toen en schuldgevoel/schaamte nu.

De noodzaak om op afzienbare termijn tot afspraken te komen is groot, dus stemmen alle betrokkenen ermee in de mediation te starten zonder A en met een volmacht voor zijn adviseurs.

Tijdens het eerste gezamenlijk gesprek vraagt de mediator waar A en B op hopen. Dat levert zicht op een aantal belangen op (zie hierna). In het daaropvolgende gesprek doen A en B over en weer hun verhaal (Wat maakt dat we met elkaar in mediation zitten?) en praten met elkaar door. Dit brengt bij tijd en wijle de nodige emoties met zich. Met name de kwestie omtrent de (al dan niet) gerealiseerde omzetgroei bij een escalatie met een grote klant krijgt aandacht. De inschatting van partijen is dat wanneer zij dat issue samen kunnen oplossen, de rest ook wel lukt. De wens het samen op te lossen en procedures te voorkomen is groot. Ieder kan dan dit hoofdstuk afsluiten en verder met de business c.q. het leven.

Kernvraag voor partijen blijkt of A voorafgaand aan de deal had kunnen of moeten weten dat er meer bij de klant speelde dan reguliere thematiek en of hij dit had moeten melden. Zij spreken af, vooruitlopend op het volgende mediation-gesprek, beiden intern onderzoek te doen (navraag bij A & mail-historie nalopen) en elkaar (en de mediator) uiterlijk in het weekend voor het volgende mediationgesprek over en weer op de hoogte te zullen stellen van eventuele nieuwe informatie. Eenieder kan zich dan voorbereiden op het vervolg.

Tijdens het tweede mediationgesprek licht ieder de toegestuurde info toe. Ieder van partijen meent "bewijs" te hebben gevonden voor de eigen stellingname. Partijen spreken daarover door. Het gesprek dreigt lijkt weer vast te lopen. De mediator benoemt nog eens de geïnventariseerde belangen, bespreekt met partijen de alternatieve scenario's en de bijbehorende risico's en stelt de vraag: Hoe nu verder?

De mediator schorst het overleg voor intern beraad voor partijen (ook telefonisch met A op de achtergrond).

Na hervatting van het overleg benoemen de adviseurs van A nog eens hoe belazerd A zich voelt door B B.V., waarom B niet veel eerder contact met A heeft opgenomen voor overleg en afstemming en dat A betaling van iedere euro aan B als een (onterechte) schuldbekentenis ervaart. A bevestigt bovendien dat een bepaald eerder benoemd document naar het lijkt niet bij de stukken heeft gezeten, terwijl dat wel had gemoeten. Daar zijn partijen het over eens. Over de vraag hoe cruciaal dit stuk exact is verschillen de meningen echter: leidt dit tot aansprakelijkheid en wat is de schade ten gevolge van het ontbreken van juist dit stuk? De erkenning door A brengt wat lucht in het gesprek.

Besproken wordt de optie om de vraagstukken voor te leggen aan een deskundige. De wens om tijdens deze bijeenkomst spijkers met koppen te slaan is echter groter. De belangen van partijen (steeds zichtbaar opgehangen in de mediationruimte) spelen daarbij een wezenlijke rol. Beide partijen benoemen daarnaast dat een oplossing enkel kan worden gevonden in euro's. Partijen onderhandelen vervolgens over die euro's en komen daar samen toch niet uit. Het gat is te groot. De mediator schorst vervolgens de mediation voor interne afstemming en stelt voor na die schorsing te pendelen tussen partijen. Die pendel leidt uiteindelijk tot een deal in euro's. In de gezamenlijke afronding maken partijen vervolgens vrij snel afspraken ten aanzien van ook de andere, kleinere thema's die speelden.

De mediator noteert alle gemaakte afspraken op de flap-over en partijen tekenen deze afspraken. De General Counselor werkt deze afspraken ver-

volgens verder uit in een VSO en verdere (fijn) afstemming tussen de adviseurs verloopt per e-mail. Die verdere afwikkeling verloopt uitermate soepel.

Belangen

De navolgende belangen speelden een rol:

- o Genoegdoening.
 - Financieel (B).
 - Emotioneel (A).
- o Afsluiten en verder kunnen.
- o Duidelijkheid.
- o Rust (ook binnen de organisatie).
- o Naamzuivering (A).
- o Voorkomen procedure en besparen geld, tijd en energie.
- o Oog voor het persoonlijke/emotionele (A).

Resultaat

Partijen hebben met elkaar allesomvattende afspraken gemaakt. Die bestaan in de kern in een correctie van de overeengekomen koopsom, te verrekenen met de nog uit te betalen earn out. Alle afspraken, garanties en vrijwaringen uit de koopovereenkomst hebben partijen daarmee tegen finale kwijting afgewikkeld. De afspraken behelzen deels een financiële afrekening/verrekening en zijn deels meer praktisch van aard. In de VSO is een mediationclausule opgenomen.

Reflectie mediator

Deze casus laat nog eens zien wat het belang is van het inventariseren van achterliggende belangen en het bespreken van onderliggende emoties. Partijen zijn voorafgaand aan deze mediation al enige tijd met elkaar in gesprek en in onderhandelingen verwikkeld. Partijen hebben de neiging op die voet door te gaan, maar worden in mediation uitgenodigd terug te gaan naar de basis en op een andere manier naar de situatie te kijken. De mediator vraagt naar de onderstroom: de belangen en emoties van henzelf en die van de ander. Wanneer het gesprek op inhoud vastloopt helpt een terugkeer naar de basis, naar de belangen, het gesprek vlot te trekken. Ook wanneer in een latere fase van de mediation de onderhandelingen spaak dreigen te lopen, blijken die eerder geïnventariseerde belangen van groot belang. Het helpt partijen voor ogen te houden waar het hen *eigenlijk* om gaat. Hoe is een oplossing te realiseren die maximaal recht doet aan de belangen van beide partijen.

Vooruitlopend op de aparte en vertrouwelijke gesprekken stuur ik de partijen een vragenlijstje om hen te helpen in die andere stand te komen. Het beantwoorden mag enkel kort en kernachtig. Vragen zijn onder meer:

- Wat is het probleem waar u een oplossing voor wilt?

- Wat zou dat voor de ander zijn?
- Waarover bent u het eens en waarover niet?
- Waar gaat het volgens u *eigenlijk* over?
- Waar zou het voor de ander eigenlijk over gaan?

Een van de vragen die ik al vroeg tijdens het gezamenlijke gesprek stel, ziet op hoop: waar hopen de (vertegenwoordigers van) partijen op. Dat levert al een mooie basis voor het gesprek. Gedurende de gesprekken onderzoeken we verder.

PROCES MEDIATION

Verwijzing

Verwijzing door rechter

Er was geen sprake van verwijzing, maar een mediation op initiatief van de General Counsel van een van de betrokken partijen.

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 mediationgesprekken begeleid door (interne) adviseurs. Zij tekenden allen de mediationovereenkomst. Een van de partijen bleef op de achtergrond. Hij heeft een geheimhoudingsverklaring getekend.

Intake/plenaire/caucus

Er hebben twee intakegesprekken en twee mediationgesprekken plaats gehad. Tijdens het tweede mediationgesprek heeft de mediator gependeld. De mediationbijeenkomst is gezamenlijk afgesloten.

Verslaglegging

De mediator heeft na het ieder gezamenlijk gesprek per e-mail een globale terugkoppeling gemaakt, voorzien van een foto van de flip-over vellen die in die bijeenkomst zijn beschreven. In de terugkoppeling na het eerste gesprek heeft de mediator ook vragen opgenomen ter voorbereiding op het vervolg overleg. In de terugkoppeling van het tweede gesprek is de overeenkomst zoals genoteerd en ondertekend op de flip-over meegestuurd. Er zijn o.a. sheets gemaakt met een overzicht van de geïnventariseerde belangen, sheets met opties en een sheet met de overeenkomst c.q. de afspraken op hoofdlijnen.

Duur

De doorlooptijd van de mediation bedroeg zes weken. De intakegesprekken duurden ieder ruim 1 ½ uur en de gezamenlijke gesprekken ieder vier uren. Daarnaast heeft de mediator ca. 6 uren besteed aan overige werkzaamheden, waaronder de terugkoppelingen en de voorbereiding.

Caroline Kloppers, BBKWmediation te Arnhem

NM 2020/21 ZAKELIJK

Communicatie. Financiering. Executie. Schadevordering.

art. 6:95, 6:98, 6:106, 6:162 BW

Partijen: Een bank en haar cliënt.

Essentie

Een ondernemer doet op advies van zijn bankier risicovolle beleggingen. Hierop wordt zodanige schade geleden dat niet alleen het bedrijf van de ondernemer failliet gaat, maar ook zijn woonhuis wordt geëxecuteerd. Er blijft vervolgens nog een aanzienlijke restschuld aan de bank bestaan, ter zake waarvan de bank een juridische procedure start, die uitmondt in een veroordelend arrest. De bank dreigt met verdere maatregelen, o.a. de executie van het vakantiehuis van de ondernemer in Spanje. Hierop kondigt de ondernemer een schadevorderingsprocedure tegen de bank aan, omdat de bank hem in deze situatie zou hebben gebracht. Op verzoek van de bank gaan partijen in mediation.

INHOUD MEDIATION

Casus

X was al jaren, zowel zakelijk als privé, cliënt bij de bank. Hij had veel vertrouwen in zijn vaste contactpersoon bij de bank. Op advies van deze contactpersoon vonden er door de jaren heen, met financiering van de bank, regelmatig onroerend goed transacties plaats, die aanvankelijk lucratief bleken. X zag dit als mogelijkheid om op een eenvoudige wijze aanzienlijke extra inkomsten te genereren, naast de inkomsten uit zijn eigen horecaonderneming. Hij had hierin zoveel vertrouwen dat hij zich ook privé verbond en in dat kader onder meer zijn woonhuis in één van de constructies opnam. Na een aantal jaar keerde het tij en werd er steeds meer verlies geleden. Dit leidde uiteindelijk tot een opzegging van de financiering door de bank en vervolgens, toen de aflossing uitbleef, tot een faillissement van de horecaonderneming, executie van het onroerend goed, waaronder ook van het privé-huis van X, en een aanzienlijke restschuld van X aan de bank. De bank startte een procedure tegen X, die uitmondde in een arrest van het hof waarin X privé werd veroordeeld tot betaling