

ADR/mediation bij (dreigende) insolventie

TvA 2014/51



1. Inleiding

ADR/mediation² bij faillissementen was lange tijd een vrij onbekend fenomeen in Nederland. Het was eerder deze eeuw dat in een aantal publicaties de aandacht werd gevestigd op de mogelijkheid om via mediation geschillen rondom faillissement snel, kostenefficiënt en met invloed van partijen op te lossen.³ Ook werd toen al een lans gebroken voor toepassing van mediationprincipes in een aan faillissement voorafgaande situatie (waarin een onderneming in serieuze financiële moeilijkheden begint te geraken) voor het oplossen van knelpunten en conflicten.⁴ Nog steeds geldt echter dat mediation als methode voor het oplossen van geschillen rondom (naderende) insolventies nog niet algemeen bekend is in het bedrijfsleven zelf noch bij de juridische beroepsgroep en andere adviseurs die betrokken zijn bij deze geschillen. De ervaring leert dat kennis van en vooral ervaring met mediation tot het inzicht kan leiden dat de methode mogelijk effectief kan worden ingezet bij het oplossen van conflicten en knelpunten waarin vele belangen spelen, zoals bij insolventie. Eén van de redenen daarvoor is dat bij mediation het recht alléén niet de maatstaf is. Het is bij uitstek een methode die maatwerkoplossingen kan bieden voor belangentegenstellingen, die in insolventies vaak vooral financieel-economisch van aard zijn.⁵

In de Verenigde Staten kennen veel Bankruptcy Courts reeds mediation als mogelijke fase in de insolventieprocedure.⁶ In Nederland is door de Rechtbank Amsterdam medio 2012 een pilot mediation in faillissementszaken geïnitieerd,

zoals reeds kort besproken in een eerdere ADR-bijdrage.⁷ Hoe is het thans gesteld met de resultaten in de pilot? Tonen ook andere gerechten interesse in mediation bij insolventie? En hoe is dit instrument te zien in relatie tot het instrument van forensische mediation – een deskundigenbericht met toepassing van bemiddeling – dat door de Nederlandse rechter soms ook bij insolventie wordt ingezet? Beide instrumenten zullen in deze bijdrage nader worden besproken, mede in het licht van de groeiende tendens van geschilbeslechting op maat die ook van de rechter (en arbiter) lijkt te vragen dat hij/zij inzicht heeft in conflict diagnose en moderne conflictmanagementtechnieken.⁸ Maar ook de voorfase vraagt aandacht. Is het inderdaad mogelijk en wenselijk ADR/mediation tevens in te zetten bij dreigende insolventie? Hoe is de verhouding tot de andere in te zetten (juridische) instrumenten bij ondernemingen in financiële moeilijkheden, zoals stille bewindvoering? En dwingen ook Europese ontwikkelingen, in het bijzonder de Aanbeveling van de Europese Commissie van 12 maart 2014,⁹ om over de mogelijke inzet van ADR/mediation bij (naderende) insolventie verder na te denken? Wat betekent een en ander voor de op dit rechtsgebied werkzame professionals? Ook al deze punten worden in deze bijdrage nader belicht.

2. ADR/mediation gekoppeld aan de faillissementsprocedure. In welke situaties en op welke momenten inzetbaar?

Het begrip ADR in de context van insolventie bestrijkt, zoals uit het navolgende zal blijken, meerdere wijzen van coöperatieve geschiloplossing, waarbij het kan gaan om een geformaliseerde procedure maar ook om de inzet van methodieken/'skills'. Mediation, waarbij partijen onder leiding van een mediator onderhandelen op basis van belangen, is een belangrijke vorm van ADR. Insolventie geldt als overkoepelende term voor faillissement, surseance van betaling en de schuldsanering natuurlijke personen. In deze bijdrage bespreken wij niet alleen de belangrijkste bevindingen in de doctrine omtrent mogelijke toepassingen van ADR/mediation bij insolventie tot nu toe, maar bouwen wij daar ook op voort en trachten wij aanzetten te geven voor verdere invlechting van ADR bij (dreigende) insolventie. Zoals zal blijken, vindt een aantal van de in het verleden in de literatuur gedane suggesties thans in de praktijk al toepassing. De vraag is of deze ontwikkeling zich zal bestendigen en of verdere ADR-toepassingen in de insolventiepraktijk ingang zullen vinden.

1 Prof. dr. J.A.A. Adriaanse is als hoogleraar turnaround management verbonden aan de afdeling Bedrijfswetenschappen van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden; Mr. dr. E.J.M. van Beukering-Rosmuller is universitair docent Burgerlijk Procesrecht en Bedrijfswetenschappen aan diezelfde faculteit. De tekst voor deze bijdrage is afgesloten op 4 september 2014.

2 Zie paragraaf 2 voor een nadere definiëring van deze begrippen in de context van insolventie.

3 Vgl. o.a. M. Pel, Geschilbeslechting en belangenbehartiging op maat in de insolventiepraktijk, *TvA* 2006/43 en W.W. de Nijs Bik, Mediation bij insolventieprocedures, *TMD* 2007 afl. 4, p. 51-62.

4 Vgl. J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the Shadow of the Law. Informal Reorganisation in the Netherlands* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005. Zie voorts zijn bijdrage in *TMD* 2006 afl. 3, p. 65-74, Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden?

5 Mediation is daarbij te zien als *aanvullend* instrument. Wet en praktijk bieden immers ook andere mogelijkheden voor een geschiloplossing op maat.

6 Vgl. Adriaanse, *TMD* 2006 afl. 3, p. 72, en de bronvermeldingen aldaar.

7 Zie E.J.M. van Beukering-Rosmuller, Mediation naast rechtspraak: ontwikkelingen in praktijk en wetgeving, *TvA* 2013/50.

8 Zie recentelijk R.J. Verschoof, *Waar gaat het over?* (oratie 6 juni 2013, Rechtenfaculteit UU), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

9 Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, C(2014) 1500 final.

De Nijs Bik, oud-(faillissements)rechter, besprak reeds in 2007 de vraag of tijdens de behandeling van de faillissementsaanvraag en/of andere momenten in de faillissementsprocedure de inzet van ADR/mediation geïndiceerd zou kunnen zijn.¹⁰ De procedure tot faillietverklaring (art. 1-15a Fw) vangt aan op eigen aangifte van de schuldenaar, op verzoek van een of meer schuldeisers of op verzoek van het Openbaar Ministerie. Teneinde de faillietverklaring daadwerkelijk te kunnen uitspreken, dient de rechter o.a. na te gaan of summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar in een toestand is komen te verkeren dat hij heeft opgehouden te betalen (art. 1 jo. art. 6 lid 3 Fw). Als een schuldeiser het verzoek doet, moet bovendien summierlijk van zijn vorderingsrecht blijken (art. 6 lid 3 Fw), naast het bestaan van ten minste één steunvordering. In het kader van faillissementspreventie ziet men steeds vaker de opvatting terug (door De Nijs Bik reeds op basis van eigen ervaringen onderbouwd) dat de rechter bij de beoordeling van het faillissementsverzoek soms elementen van bemiddeling kan inzetten. Deze opvatting steunen wij. Bij de rechter kan immers het gevoel ontstaan dat met inzet van de schuldenaar en met medewerking van de schuldeiser(s) een faillissement wellicht zou kunnen worden voorkomen. Dit geldt bijvoorbeeld in de situatie dat de faillissementsaanvraag door een schuldeiser als (goedkoop) incassomiddel wordt gebruikt of misbruikt. Soms kennen crediteuren ook een rigide incassoprocedure, waarbij een regeling, bijvoorbeeld aanpassing van de voorwaarden voor terugbetaling, door gebrek aan enig begrip voor de omstandigheden van het geval ongebruikt wordt gelaten. Ter zitting zou de rechter, waar geïndiceerd, zélf kunnen trachten partijen tot een vergelijk te brengen. Naast bedrijfseconomisch inzicht zou de toepassing van ADR-technieken daarbij zeer bruikbaar kunnen zijn, bijvoorbeeld de techniek van de-escaleren.¹¹ Een dergelijke aanpak door de (insolventie)rechter past ons inziens goed bij de huidige tendens van geschilbeslechting op maat (zie paragraaf 1), waarbij rechters zich actief opstellen gericht op finale conflictoplossing. De rechter kan partijen daarbij ook wijzen op een mogelijk gezamenlijk belang.¹² Bij de schuldenaar kan het besef doordringen dat een faillissement en mitsdien liquidatie zich serieus aandienen. In voorkomend geval kan de rechter ook de schuldeiser ervan overtuigen dat het uitspreken van het faillissement niet in zijn belang zal zijn, omdat een faillissement zelden uitmondt in voldoende uitkering aan (concurrente) credi-

teuren bij de afwikkeling van het faillissement. Ook kan een faillissement soms het einde van een langdurige en profijtelijke relatie betekenen. Slaagt een bemiddelingsinterventie door de rechter, dan kan een faillissementsverzoek worden ingetrokken zonder dat het tot een faillissementsuitspraak komt.

Indien de situatie complexer ligt en er na doorvragen ter zitting bij de rechter wel een vermoeden maar ook enige onzekerheid bestaat over de vraag of de betreffende onderneming – onder de voorwaarde dat de crediteuren willen meewerken – levensvatbaar is, zou de rechter de verdere behandeling van de zaak kunnen aanhouden om de mogelijkheden voor een voor alle betrokkenen aanvaardbare regeling te (laten) onderzoeken. Een positieve uitkomst zou dan kunnen leiden tot intrekking van de faillissementsaanvraag of eventueel afwijzing van het faillissementsverzoek. De Nijs Bik beschrijft in dit verband de mogelijkheid van onderzoek door gespecialiseerde derden die op verzoek van de rechter een advies uitbrengen over de levensvatbaarheid van het bedrijf waartegen een faillissementsaanvraag is ingediend. De Rechtbank Utrecht heeft hiermee in het verleden ervaring opgedaan.¹³ In het merendeel van de gevallen in deze pilot faillissementspreventie¹⁴ (80% zo blijkt uit de Utrechtse ervaring) leidde de inschakeling van de consulenten, die naast hun specifieke (vaak bedrijfseconomische) expertise ook bemiddelingsvaardigheden inzetten, tot een aanvaardbaar resultaat tussen schuldenaar en schuldeiser(s). De Nijs Bik bepleitte mitsdien reeds in 2007 een meer structurele inzet van mediation als extra 'tool' in de faillissementsprocedure, een voorstel waarbij wij ons gaarne aansluiten. Dit zowel in de klassieke vorm waarbij de rechter partijen – overigens niet alleen in het kader van faillissementspreventie maar ook in de faillissementssituatie zelf¹⁵ – kan verwijzen naar een gespecialiseerde mediator, als in de vorm van verwijzing naar andere, in de faillissementsproblematiek gespecialiseerde derden, die ook conflictanteringstechnieken kunnen inzetten.¹⁶ Ook deze derden kunnen immers in voorkomend geval bijdragen aan een voor alle betrokkenen aanvaardbare, op de onderliggende (bedrijfseconomische en andere) belangen gebaseerde, oplossing, zo laat alleen al de Utrechtse pilot zien. De klassieke doorverwijzingsvariant begint in de praktijk inmiddels voorzichtig ingang te vinden via de Amsterdamse mediationpilot, die zich uitstrekt over zowel geschillen die tijdens een faillissement opkomen als geschillen die mogelijk tot een faillissementsaanvraag hebben geleid. Het Hof 's-Hertogenbosch zette in het kader van faillissementspre-

10 Zie TMD 2007 afl. 4, p. 51 e.v. Faillissement is een beslag op het gehele vermogen van een schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers, dat afgewikkeld wordt door een curator onder toezicht van een rechter-commissaris (art. 1-212 Fw). Het faillissement is in principe gericht op liquidatie van de onderneming, waarover nader o.a. B. Wessels, *Insolventierecht, Deel II, Gevolgen van faillietverklaring (1)*, 3^e druk, Deventer: Kluwer 2012.

11 Vaak is immers een stevige discussie tussen partijen aan de faillissementsaanvraag voorafgegaan, waardoor het conflict al een dermate hoge trede op de escalatieladder heeft bereikt dat ten minste één persoon, de crediteur, zich genoodzaakt zag de rechter in te schakelen. Soms werken juist schuldeisers/incassanten escalatie in de hand door een (onnodig) overzettelijke houding. Zie De Nijs Bik, TMD 2007 afl. 4, p. 55, en Verschoof 2013, p. 19-20, over mogelijke interventies van de rechter in de verschillende escalatiefasen in conflicten.

12 De Nijs Bik, TMD 2007 afl. 4, p. 54-55.

13 De Nijs Bik, TMD 2007 afl. 4, p. 55 e.v.

14 Ingeschakeld werden consulenten (ondernemers, juristen en/of accountants) van de Stichting Ondernemersklankbord (www.ondernemersklankbord.nl).

15 Derhalve na het faillissementsvonnis en de benoeming van de rechter-commissaris en de curator.

16 Eveneens ziet hij mogelijkheden voor toepassing van mediation in het kader van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP), welke thematiek wij in deze bijdrage verder buiten beschouwing laten. Zie De Nijs Bik, TMD 2007 afl. 4, p. 59-60. Ook Pel beschrijft mogelijkheden voor invlechting van mediation in deze procedure, zie *Tvl 2006/43*, p. 212-213.

ventie onlangs het instrument forensische mediation in.¹⁷ Het hof benoemde een faillissementsdeskundige die tevens het beproeven van een schikking als opdracht meekreeg. Meer over deze nieuwe ontwikkelingen in de navolgende paragraaf.

3. Ontwikkelingen in de Nederlandse praktijk

3.1 De pilot mediation in faillissementszaken van de Rechtbank Amsterdam

In de door de Rechtbank Amsterdam medio 2012 geïnitieerde pilot mediation wordt onderzocht of de toepassing van mediation in zich daarvoor lenende gevallen kan leiden tot een voor betrokkenen snellere, kostenbesparende en bevredigende(r) oplossing van geschillen waarover anders in een (faillissements)procedure zou moeten worden beslist.¹⁸ Zoals reeds aangegeven, is de pilot bedoeld voor zowel geschillen die tijdens een faillissement opkomen als voor geschillen die de mogelijke aanleiding zijn geweest voor de faillissementsaanvraag. Dit laatste omvat de reeds beschreven situatie dat er bij de behandeling van een faillissementsaanvraag op zitting meer aan de hand blijkt te zijn en het uitspreken van faillissement voorshands niet geïndiceerd lijkt (zie nader paragraaf 2).¹⁹ In dit verband het volgende voorbeeld: Een bedrijf met drie eigenaren kreeg door de economische crisis steeds minder te doen. De drie eigenaren begonnen ieder eigen activiteiten en raakten met elkaar in conflict over klanten, afzetgebieden en vorderingen. Twee van hen vroegen het faillissement van de derde aan. De rechter stelde mediation voor: was het niet verstandiger, ook gezien de belangen voor de toekomst, om de oorspronkelijke onderneming onder leiding van een ter zake kundig mediator samen te ontvlechten?²⁰

Mediations in de pilot kunnen plaatsvinden op initiatief van de rechter (in het bijzonder de rechter-commissaris in het faillissement), de curator of een belanghebbende partij. Vrijwilligheid en instemming van alle betrokkenen (waaronder expliciete toestemming van de rechter-commissaris) zijn belangrijke uitgangspunten. Voor de te volgen procedure is een protocol opgesteld. Een in het faillissement via mediation te bereiken vaststellingsovereenkomst dient de instemming van de rechter-commissaris te hebben.²¹ Geheimhouding is in principe een belangrijk onderdeel van de mediation. In de mediationovereenkomst wordt niettemin bepaald dat ten opzichte van de rechter(-commissaris) de geheimhouding niet geldt indien en voor zover deze inhoudelijk op de hoogte moet worden gebracht in verband

met de uitoefening van diens wettelijke taken (waaronder het verlenen van toestemming voor het aangaan van een vaststellingsovereenkomst) zoals neergelegd in de Faillissementswet. Bij de organisatie van de mediations in de pilot speelt het mediationbureau van de rechtbank een belangrijke rol. Mediators die in de pilot participeren zijn bekend met en hebben ervaring in het insolventierecht. De mediation neemt minimaal één dagdeel in beslag en kent gemiddeld twee à drie bijeenkomsten. De duur van een mediationstraject is gemiddeld vier tot acht weken. De partijen dragen gezamenlijk de kosten van de mediator, tenzij anders afgesproken.²²

In de pilot vinden de meeste mediations plaats na de faillissementsuitspraak, op initiatief van de rechter-commissaris. Daarbij gaat het soms ook om oudere (vastgelopen) faillissementen. Het Jaarverslag van de Rechtbank Amsterdam over 2013 maakt melding van 18 zaken (de pilot liep op dat moment 18 maanden), waarbij in ruim 2/3 van de zaken een vaststellingsovereenkomst is gesloten (met gehele of gedeeltelijke overeenstemming in het geschil).²³ De pilot is thans nog lopende. Tussentijdse evaluaties van de pilot maken duidelijk dat het in de mediations gaat om diverse typen geschillen (die gezien hun complexiteit anders vermoedelijk tot (nog) jarenlang en kostbaar procederen zouden hebben geleid), met in principe de curator als eisende partij. Als voorbeelden van typen geschillen die zich mogelijk lenen voor mediation worden vaker genoemd (zowel in het kader van de pilot als in de doctrine) bestuurdersaansprakelijkheid en de verificatie van vorderingen.²⁴ Vooral als het gaat om bestuurdersaansprakelijkheid, geldt ook meer algemeen dat rechters-commissarissen tegenwoordig nogal kritisch staan tegenover plannen van de curator om een procedure te beginnen (zij verlenen dan ook minder snel machtiging tot procederen ex art. 68 lid 2 Fw). Uiteindelijk moet procederen immers wel lonend zijn, terwijl uit onderzoek blijkt dat dit in faillissement niet altijd zo is.²⁵ Dit draagt mogelijk bij aan de interesse voor mediation als (deel)proces. De ervaring wijst bovendien uit dat partijen bij een aansprakelijkheidskwestie in faillissement de messen vaak (te) snel slijpen, waardoor er geen kans meer is op een open en reëel gesprek.²⁶

17 Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0380 en Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5533.
 18 Het betreft een Amsterdams initiatief, maar de pilot staat ook open voor andere rechtbanken en curatoren uit andere arrondissementen.
 19 Tot nu toe is er in deze pre-faillissementsfase in de pilot nog slechts éénmaal van mediation gebruikgemaakt, overigens wel met succes. Zie J.J. Draaijer en A. van Hees, Pilot mediation in faillissementen, *TvI* 2013/40, p. 246.
 20 Voorbeeld ontleend aan J.E. Boeding-Poïée (vanuit de rechtbank betrokken bij de pilot), zie *Mf*, 2012, nr. 11, p. 26 e.v. (Mediation en rechtspraak: de stand van zaken).
 21 Vgl. ook Draaijer en Van Hees, *TvI* 2013/40, p. 246-247; Van Beukering-Rosmuller, *TvA* 2013/50, p. 188.

22 Het uurtarief van de mediator bedraagt € 250 per uur (excl. BTW). Nader over de organisatorische aspecten van de pilot: Draaijer en Van Hees, *TvI* 2013/40, p. 246-247.
 23 In de zaken waarbij dit niet is gebeurd, is er bij partijen wel (nieuw) inzicht ontstaan over het af te handelen faillissement (mede omdat tijdens de mediation de wederzijdse belangen in kaart zijn gebracht).
 24 Zie Draaijer en Van Hees, *TvI* 2013/40 en Pel, *TvI* 2006/43, voor meer voorbeelden.
 25 Vgl. R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 268, met verdere bronvermelding.
 26 Als door een heldere analyse van de feiten (mogelijk onder leiding van een mediator) het aandeel van de ex-directeur c.q. de ex-commissaris in het faillissement bespreekbaar wordt, zou er mogelijk (nader) kunnen worden gesproken over bijvoorbeeld een compensatie die in redelijke verhouding staat tot de gemaakte fout.

De vraag is welke factoren mogelijk bijdragen aan het vrij succesvolle verloop van de pilot.²⁷ Wij menen dat zeer waarschijnlijk een belangrijke rol speelt dat de pilot partijen de mogelijkheid biedt om snel en kostenefficiënt tot een zelfgekozen (deel)oplossing te komen. Het voordeel van snelheid en kostenbesparing zal mogelijk nog zwaarder wegen naarmate de uitkomst van een gerechtelijke procedure onzekerder is. Verder zal een voordeel zijn dat in mediation meerdere geschillen (met meerdere partijen) tegelijk kunnen worden behandeld. Met name in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij meerdere aansprakelijkheidsrisico's kunnen spelen, kan dat aantrekkelijk zijn.²⁸ Waarschijnlijk is een andere belangrijke factor de bij mediation in principe gehanteerde vertrouwelijkheid, die het voor partijen mogelijk maakt vrijuit te spreken over alle relevante belangen, knelpunten en mogelijkheden.²⁹ Bovendien vormt het instrument 'caucus' – de mogelijkheid van de mediator om met ieder van partijen (en hun raadslieden) afzonderlijk en in vertrouwen te spreken – bij onderhandelingen niet zelden een krachtig middel om de grenzen van de onderhandelingsbereidheid en –ruimte te verkennen en impasses te doorbreken.³⁰ Ook legt de beslissing van partijen om aan een formele mediation deel te nemen ons inziens een zekere druk op hen om zich in te spannen om tot een minnelijke oplossing te komen. Dit vindt bevestiging in de ICT-geschilbeslechtspraktijk, waarbij in Nederland zeer ruime ervaring met ADR/mediation is opgedaan. Zelfs bij vergaand geëscaleerde conflicten waarbij de verwachting van partijen op een succesvolle uitkomst navenant laag is, blijkt een professionele mediator partijen niet zelden nog naar een bevredigend vergelijk te kunnen brengen.³¹ Wij merken nog op dat in geschillen *binnen* faillissement behoud van de relatie zelden (nog) een reden zal zijn om mediation in te zetten.³² Anders ligt dat bij de faillissementsaanvraag (de pre-faillissementsfase), waar continuering van de relatie soms juist wel een reden voor de inzet van ADR/mediation kan zijn (naast eventuele andere motieven), in het bijzonder als de rechter bij de behandeling van de aanvraag

constateert dat het uitspreken van faillissement mogelijk niet in het belang van betrokkenen zal zijn en er eerder tussen partijen een profijtelijke relatie bestond (zie het voorbeeld aan het begin van deze paragraaf). In een nog eerdere fase, bij dreigende insolventie, zullen de mogelijkheid van herstel van vertrouwen/relaties en het toekomstgericht behartigen van de belangen van alle betrokkenen eveneens belangrijke indicaties pro toepassing van ADR/mediation kunnen zijn (zie nader paragraaf 4).

Mediation in faillissementszaken staat in Nederland, en ook verder in Europa, aan het begin van ontwikkeling. De pilot laat in elk geval ruimte voor mediation zien. Naar verluud zijn enkele andere rechtbanken voornemens om mediation binnen faillissement mogelijk te maken en meer onder de aandacht te brengen.

3.2 Forensische mediation gekoppeld aan de faillissementsprocedure

Zoals reeds aangegeven, kiest de Nederlandse rechter soms ook voor een ander instrument, namelijk forensische mediation, teneinde bemiddeling (hetgeen niet noodzakelijk formele mediation hoeft te zijn) aan de faillissementsprocedure te koppelen. Forensische mediation is een combinatie van deskundigenonderzoek in opdracht van de civiele rechter en conflictbemiddeling. Het doel hiervan is de rechter gegevens te verschaffen die nodig zijn voor de verdere beslissing van het geschil, maar er is voor partijen ook ruimte om hun conflict (voor zover het rechten en verplichtingen betreft die ter vrije beschikking van partijen staan) alsnog geheel of gedeeltelijk zelf op te lossen via bemiddeling.³³ Forensische mediation is in feite geen echte mediation, onder meer omdat de vrijwilligheid geen doorslaggevende rol speelt. De rechter gelast een deskundigenbericht (art. 194 e.v. Rv), waaraan de medewerking door partijen niet vrijblijvend is. De deskundige combineert onderzoek en bemiddeling. Verder kan bij forensische mediation de vertrouwelijkheid, voor zover overeengekomen, in de knel komen. De deskundige zal namelijk aan de rechter moeten rapporteren als via bemiddeling geen oplossing kan worden bereikt. Overigens geldt in de Amsterdamse mediationpilot faillissementen jegens de rechter(-commissaris) eveneens een zekere beperking van de vertrouwelijkheid (zie de beschrijving van de pilot eerder in deze paragraaf).

Forensische conflictbemiddeling in opdracht van de rechter vindt al geruime tijd toepassing in complexe zaken over gezag en omgang na echtscheiding en in complexe verdelingszaken met een groot financieel belang.³⁴ De laatste tijd zet de Nederlandse rechter forensische mediation soms echter ook in de faillissementsprocedure in, specifiek in het kader van een voorliggende faillissementsaanvraag. Wij noemden

27 Het aantal van 18 doorverwezen zaken in een periode van 18 maanden is bepaald niet slecht te noemen, aangezien het veelal niet om de eenvoudigste geschillen gaat, de instemming van alle betrokkenen vereist is en men ook nog vertrouwd moet raken met deze benadering. Bovendien is er een vrij hoog slagingspercentage van de mediations in de pilot (2/3 van de zaken is immers geëindigd in een gehele of gedeeltelijke overeenstemming tussen partijen).

28 Bij bestuurdersaansprakelijkheid is art. 2:138 BW of art. 2:248 BW een mogelijke grondslag voor aansprakelijkstelling (aansprakelijkheid jegens de boedel), maar bijvoorbeeld ook art. 2:9 BW (aansprakelijkheid jegens de failliete rechtspersoon). Een bijzondere vorm van bestuurdersaansprakelijkheid betreft die op grond van art. 36 IW (jegens de Ontvanger), waardoor de belastingdienst mogelijk ook in de mediation kan worden betrokken. Ook de onderlinge regresverhouding tussen hoofdelijk aansprakelijke bestuurders kan in de mediation worden betrokken, zie Draaijer en Van Hees, *Tvl* 2013/40, p. 246.

29 Vgl. ook Draaijer en Van Hees, *Tvl* 2013/40, p. 246.

30 Zie o.a. E.J.M. van Beukering-Rosmuller en P.C. van Schelven, *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn in het Nederlandse recht. Juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2013, p. 51 e.v.

31 L. Moerel en H.H. Franken, ICT-mediation bij de SGOA. Een evaluatie in het licht van de Europese en Nederlandse rechtsontwikkelingen, *Computerrecht* 2013/159.

32 Zie ook Draaijer en Van Hees, *Tvl* 2013/40, p. 246.

33 Zie nader o.a. A.H. Santing-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief*, 2^e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 98-99; G. de Groot, Deskundigenonderzoek in opdracht van de civiele rechter en conflictbemiddeling, *TMD* 2007 afl. 4, p. 63 e.v.

34 A.N. Labohm en C.A.R.M. van Leuven, Het deskundigenbericht met toepassing van mediation, *TMD* 2005 afl. 1, p. 13 e.v.

in dit verband reeds jurisprudentie van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2012 en 2013. Het hof benoemde een deskundige met een onderzoeksopdracht, mede gericht op een poging een faillissement af te wenden (waarbij waarschijnlijk meerdere partijen, in het bijzonder banken, moesten worden betrokken om tot een oplossing te komen voor inlossing van de aan het faillissementsverzoek ten grondslag liggende schuld).³⁵ Daarbij liet het hof het beproeven van een schikking (onder meer over de hoogte van de vordering van de om het faillissement verzoekende bank) uitdrukkelijk onderdeel van het deskundigenonderzoek zijn. Onder leiding van de deskundige zijn partijen tot een schikking gekomen en kon het betreffende faillissementsverzoek als ingetrokken worden beschouwd.³⁶ Het komt ons voor dat forensische mediation met een sterke regiefunctie voor de rechter, zeker in de hier bedoelde pre-faillissementsfase, soms een zeer bruikbaar instrument kan zijn. Mede gezien de 'druk' die op partijen wordt gelegd (er is sprake van conflictbemiddeling met drang of dwang vanuit de rechter)³⁷ dient wel goed te worden bezien waar de inzet van het instrument passend is.

4. ADR/mediation in de voorfase, bij dreigende insolventie

Een vaker gehoorde opvatting is dat bemiddelende elementen bij voorkeur in de voorfase zouden moeten worden ingezet, bij dreigende insolventie of zelfs in een eerdere fase waarin een bedrijf in financiële moeilijkheden aan het geraken is. Dat is zonder meer waar, zij het dat de inzet van ADR/mediation ook op een later moment soms een probaat middel kan zijn, zoals uit het voorgaande al volgt. In de literatuur schetsten met name Adriaanse (een van de schrijvers van deze bijdrage) en Pel reeds in 2006 en 2007 mogelijkheden om ADR/mediation in 'pre-surseance' gevallen vorm te geven. De surseance van betaling beoogt door middel van een bevrozing van de betalingsverplichtingen schuldenaren met liquiditeitsproblemen de gelegenheid te geven orde op zaken te stellen.³⁸ Vaststaat dat surseances niet vaak worden aangevraagd en bij uitzondering leiden tot het wettelijk beoogd resultaat. Ruim driekwart van alle surseances mondt uit in een faillissement.³⁹ Om die reden zijn

er auteurs die pleiten voor een door betrokkenen (zo veel mogelijk) gezamenlijk gedragen oplossing om een reddingsoperatie tot een succes te maken.⁴⁰

Het komt, aldus Adriaanse, vooral aan op een tijdige en adequate strategiewijziging, herstel van verstoorde relaties (met o.a. banken en crediteuren) en het op één lijn krijgen van alle belanghebbenden van de onderneming.⁴¹ De inzet van ADR-technieken – denk hierbij vooral aan principes uit de conflictenleer en de (Harvard)onderhandelingsleer – zou hierbij van nut kunnen zijn omdat hiermee kan worden gewerkt aan het wegnemen van barrières bij het oplossen van knelpunten en conflicten, herstel van vertrouwen en het toekomstgericht behartigen van de belangen van alle betrokkenen. Recent gehouden onderzoek (2013) naar de relatie tussen MKB-bedrijven in financiële problemen en (Bijzonder Beheerafdelingen van) banken laat bijvoorbeeld zien dat angst voor kredietopzegging maakt dat ondernemers zich veelal voorzichtig en behoedzaam opstellen richting de bank⁴² en de relatie met de bank vaak niet hoog waarderen, met name als de problemen bij het bedrijf toenemen.⁴³ Dit is vooral problematisch omdat diverse onderzoeken aantonen dat slechte c.q. onvoldoende communicatie evenals wantrouwen (en frustraties) bij ondernemers en banken tot de zogenoemde 'faalfactoren' van informele reorganisaties kunnen worden gerekend.⁴⁴ Met *informele reorganisatie* wordt bedoeld de eerste fase waarbij schuldenaar en (een aantal van de) schuldeisers – al dan niet met bijstand of tussenkomst van een derde – samen vrijwillig tot een oplossing proberen te komen met mogelijk een onderhands of informeel akkoord.⁴⁵

Het belang van meer coöperatie bij de betrokken actoren volgt ook uit ander recent onderzoek naar schuldeisersakkoorden buiten faillissement (2014), gehouden onder leveranciers/schuldeisers die regelmatig onderhandelen met ondernemingen in financiële moeilijkheden. Een in principe coöperatieve houding van de ondernemer/bestuurder(s) en betrokken adviseurs richting schuldeisers – gericht op onderling vertrouwen, informatie-uitwisseling en constructief overleg naast het zo veel mogelijk mijden van dwang – lijkt een positieve invloed te hebben op de bereidheid van crediteuren om mee te werken aan een turnaround en,

35 Zie Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0380 (i.h.b. r.o. 3.8.3/het dictum).

36 Zie Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5533.

37 De combinatie van de bereidverklaring van partijen, de opdracht van de rechter inclusief bemiddeling en de verplichting van partijen om mee te werken aan het deskundigenonderzoek (art. 198 lid 3 Rv) maakt dat het gaat om 'verplichtende' conflictbemiddeling. Vgl. De Groot, *TMD 2007* afl. 4, p. 70-71. De auteur stelt overigens de interessante vraag aan de orde of de opdracht van de rechter aan de deskundige op grond van art. 194 Rv zich procesrechtelijk gezien wel mag uitstrekken tot bemiddeling. Hoewel aan deze figuur dus mogelijk enkele juridische haken en ogen klieven, meent de auteur tegelijkertijd dat het instrument van forensische mediation in een bepaald soort zaken buitengewoon zinvol kan zijn.

38 Concreet is het een tegen bepaalde bevoegdheden voor derden (in het bijzonder de bewindvoerder en de rechter-commissaris) te verkrijgen algemeen uitstel van betaling, mogelijk eindigend in een (concurrente schuldeisers) bindend surseanceakkoord, zie art. 214-283 Fw. Waarover o.a. B. Wessels, *Insolventierecht, Deel VIII, Surseance van betaling*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2014.

39 Adriaanse, *TMD 2006* afl. 3, p. 66; Vriesendorp 2013, p. 113 e.v.

40 De gedachte hierbij is dat als dit niet gebeurt, de belanghebbenden primair vooral voor hun eigen belang opkomen, hetgeen uiteindelijk echter leidt tot een lagere individuele opbrengst voor eenieder.

41 Zie Adriaanse, *TMD 2006* afl. 3, p. 65-74 en diens vervolg-bijdrage omtrent dit thema in *TMD 2007* afl. 4, p. 33-50, Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden. Een analyse van knelpunten en conflicten bij dreigend faillissement.

42 Er zijn evenwel geen aanwijzingen dat ondernemers informatie achterhouden.

43 Ondernemers hebben dan veelal het gevoel niet te weten wat zij van de bank kunnen verwachten. Zie nader J.A.A. Adriaanse, G. Stigter en J.I. van der Rest, *Banken en ondernemingen in tijden van crisis. Onbedoelde gedragseffecten in de contractuele relatie?* in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, 2^e druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 671 e.v.

44 Dit in combinatie met het aspect van 'levensvatbaarheid' van de betreffende onderneming, althans het gebrek daaraan in de ogen van de betrokken schuldeisers. Zie reeds het casestudieonderzoek bij Adriaanse 2005.

45 Waarover o.a. Vriesendorp 2013, p. 41 e.v.; A.P.K. Luttikhuis, *De slagkracht van de informele reorganisatie*, *TvI 2008/22*.

indien noodzakelijk, een onderhands akkoord.⁴⁶ Pel, oud-(faillissements)rechter, mediator en arbiter, onderschrijft de mogelijkheden van ADR/mediation in de voorfase van faillissement en suggereert bovendien (naast Adriaanse) dat bedrijven die in financiële moeilijkheden verkeren de rechtbank om 'pre-surseance' mediation zouden moeten kunnen verzoeken. Daarnaast ziet zij (evenals De Nijs Bik, zie paragraaf 2) mogelijkheden voor bemiddeling in de faillissementsprocedure zelf,⁴⁷ waarmee in de praktijk inmiddels ervaringen worden opgedaan in de Amsterdamse mediatiopilot faillissementen (zie nader paragraaf 3).

In de praktijk zal de mogelijke inzet van een interveniërende derde in de voorfase veelal pas aan de orde zijn in de fase van liquiditeitscrisis, wanneer conflicten tussen de onderneming en haar bank(en) en overige schuldeisers zich hebben geopenbaard en reeds tot een voor de onderneming levensbedreigende situatie hebben geleid (namelijk de kans op kredietopzegging, incasso- en executiemaatregelen, aanvraag van faillissement dan wel de dreiging daartoe). Voor wat betreft de mogelijke inzet van 'pre-surseance' mediation zou een in de complexe insolventieproblematiek ingewijde mediator als onpartijdige derde de onderhandelingen bij de informele reorganisatie kunnen leiden. Daarbij kan in stilte,⁴⁸ in een in principe vertrouwelijke procedure, naar een voor eenieder aanvaardbare oplossing worden gezocht.⁴⁹ Mediators zijn specifiek opgeleid in het begeleiden van complexe geschiloplossings- en onderhandelingsstrategieën en hebben bij uitstek ervaring met conflictanalyse en de inzet van mediatietechnieken. Indien gewenst zou de rechter(-commissaris), in geval van 'pre-surseance' mediation, kunnen beslissen in deelgeschillen, bijvoorbeeld in juridisch-technische vraagstukken.⁵⁰ Niet vergeten mag echter worden dat (juridische) deelgeschillen soms ook goed via mediation kunnen worden opgelost, zoals de Amsterdamse mediatiopilot laat zien.⁵¹ Een belangrijke reden hiervoor is dat het recht alléén vaak niet enkel de maatstaf

is of kan zijn voor de oplossing van in insolventies voorkomende belangentegenstellingen (zie paragraaf 1). Ook heeft de insolventiepraktijk behoefte aan snelle en definitieve besluitvorming in conflicten, zonder onnodig hoge proceskosten. Ook dit lijkt, zoals wij zagen, bevestigd te worden in de mediatiopilot. Bij het mislukken van 'pre-surseance' mediation resteert uiteraard nog altijd een gerechtelijke procedure (surseance of faillissement) als vangnet.

Overigens geldt zeker ook voor de fase van informele reorganisatie dat ook een andere derde dan een mediator (bijvoorbeeld een bedrijfseconoom, turnaround professional of advocaat), met specifieke kennis van en ervaring met insolventie, het proces van herstructurering goed kan begeleiden. Mede met de inzet van conflicttherapie- en onderhandelings technieken kan ook deze derde mogelijk veel betekenen, bijvoorbeeld op het terrein van schuldsanering en kwijtschelding⁵² en bij het verkrijgen van medewerking aan herfinanciering bij banken.⁵³ Hierbij zal kennis van 'turnaround management' veelal eveneens noodzakelijk zijn. Dat wil zeggen: inzicht in onder meer operationele, financiële en marketing- en strategievraagstukken, gericht op het wegnemen van de complexiteit aan oorzaken die tot de moeilijke omstandigheden hebben geleid.⁵⁴ Dit laatste geldt overigens ook voor de mediator die in de voorfase opereert. Voor welke professional als interveniërende derde het beste kan worden gekozen, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. De persoon en ervaring van de derde zullen daarbij veelal zwaarwegende factoren zijn. Specifieke materiedeskundigheid lijkt ook essentieel, gezien de complexe omgeving waarin veel ondernemingen heden ten dage opereren.

Voor de voorfase is ook van belang dat een aantal rechtbanken sinds een aantal jaren soms een 'stille bewindvoerder' aanstelt (veelal een advocaat, die normaliter ook wordt aangesteld als bewindvoerder bij een surseance van betaling of curator in faillissement). Deze verleent, op verzoek, bijstand aan ondernemingen die in een precaire financiële situatie zijn beland. Onderzocht wordt met name of een eventuele surseance kan leiden tot continuering van de onderneming of dat een faillissement onafwendbaar is, waarbij tegelijkertijd achter de schermen de mogelijkheid van een eventuele doorstart kan worden onderzocht. De juridische en financiële context staat hierbij centraal. Nieuwe insolventiewetgeving beoogt o.a. een wettelijke basis te geven voor deze

46 Zie J.A.A. Adriaanse, J.I. van der Rest en T.L.M. Verdoes, Deal or No Deal? Het dwangakkoord buiten faillissement en het perspectief van de schuldeiser: een civielrechtelijke verkenning, *BWKJ* 29 (nog niet gepubliceerd). Dwang is soms niettemin onvermijdelijk. Zie voor de mogelijkheid van een dwangakkoord buiten faillissement, zoals voorgesteld in nieuwe insolventiewetgeving het op 14 augustus 2014 openbaar gemaakte concept-wetsvoorstel Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden (Wet continuïteit ondernemingen II), www.internetconsultatie.nl/wco2 (einddatum consultatie: 14 november 2014). Een inhoudelijke bespreking van het voorstel valt buiten het bestek van deze bijdrage.

47 Pel, *TvI* 2006/43, p. 210-212.

48 Het voordeel van stilte is o.a. dat de financiële problemen van de onderneming niet publiekelijk bekend worden, hetgeen immers zou kunnen leiden tot een versnelde neergang van de onderneming.

49 In voorkomende gevallen zou een mediator ook diensten kunnen bewijzen in een onderhandelingsproces met vakbonden of ondernemingsraden bij noodzakelijke afvloeiing van personeel.

50 Pel, *TvI* 2006/43, p. 211. Zie omtrent de beslechting van deelgeschillen in mediation ook: E.J.M. van Beukering-Rosmuller, Art. 96 Rv in de belangstelling. In het bijzonder de beslechting van juridische deelgeschillen in mediation, *TvA* 2014/24.

51 Behoudens in situaties van een contra-indicatie. Denk o.a. aan de situatie dat de openbare orde vraagt dat een rechterlijke uitspraak wordt gedaan, bijvoorbeeld in fraudezaken.

52 Een derde die de juiste technieken hanteert kan vaak heel ver komen, ook bij de vaste leveranciers. Deze gunnen de opdrachtgever met wie ze een vaste relatie hebben opgebouwd vaak een nieuwe kans (waarmee ook een eigen belang, namelijk behoud van de omzet, gemoeid kan zijn), mits er een betrouwbare herstructurering in het verschiet ligt.

53 Banken moeten er immers van worden overtuigd dat de onderneming het waard is om verder te worden geholpen, zodat een moeilijke fase kan worden overbrugd.

54 Zie voor een uitgebreide beschrijving van het vakgebied turnaround management o.a. J.A.A. Adriaanse, *Moeten we ondernemingen in crisis redden? Een bedrijfswetenschappelijke benadering van het insolventierecht aan de hand van de casus General Motors*, Oratie Leiden 2012.

praktijk.⁵⁵ Bekendheid met ADR(-technieken) is, dunkt ons, ook voor deze professionals van belang.

De fase van informele reorganisatie ('pre-surseance') wordt in toenemende mate van groot economisch en maatschappelijk belang geacht. Dit vindt bevestiging in de eerdergenoemde Aanbeveling van de Europese Commissie van 12 maart 2014 (C(2014) 1500 final), die lidstaten uitnodigt binnen 12 maanden een stelsel in te voeren waardoor levensvatbare ondernemingen in financiële problemen vroegtijdig efficiënt kunnen herstructureren, met beperkte gerechtelijke inmenging. Daarbij voorziet de aanbeveling o.a. in de mogelijkheid van benoeming van een bemiddelaar of een toezichthouder teneinde de onderhandelingen over een herstructureringsplan (dat mogelijk ook de goedkeuring van een gerecht zou moeten kunnen krijgen) te vergemakkelijken. Nader onderzoek naar de mogelijkheden van verdere invlechting van ADR bij (dreigende) insolventie lijkt daarmee geboden.

5. Slot

De praktijk bevestigt dat er ruimte is voor ADR bij insolventie. Enkele Nederlandse gerechten zetten ADR/mediation gekoppeld aan de faillissementsprocedure reeds in, in verschillende varianten (een bemiddelende attitude van de rechter, court-annexed mediation en het deskundigenbericht met toepassing van bemiddeling). De Amsterdamse mediationpilot faillissementen blijft voorlopig doorlopen en enkele andere gerechten zijn voornemens nieuwe initiatieven op dit terrein te ontplooiën.

Aangetoond is dat ADR/mediation op verschillende momenten in de faillissementsprocedure en bij dreigende insolventie inzetbaar is, met in principe steeds eigen indicaties pro en contra toepassing ervan. ADR kan daarmee een aantrekkelijk *aanvullend* instrument zijn ter beperking van verdere financiële en economische schade bij (dreigende) insolventie. Uiteraard vraagt een verdere integratie van ADR/mediation in de faillissementsprocedure een bereidheid van (insolventie)rechters om deze weg in voorkomende gevallen in te slaan naast specifieke kennis. Ook dienen verdere voorwaarden en faciliteiten te worden geschapen zowel binnen de rechtspraak als daarbuiten. Wellicht zou daarbij gebruik kunnen worden gemaakt van de uitgebreide ervaringen in de Verenigde Staten op dit terrein. De voorfase van faillissement heeft thans grote aandacht, onder meer bij de Nederlandse wetgever en de Europese Commissie. Mede doordat het insolventierecht op een steeds vroeger tijdstip een rol gaat spelen (vanwege de steeds grotere nadruk die wordt gelegd op de continuïteit van ondernemingen), worden ook 'soft skills'/ADR-technieken voor insolventieprofessionals steeds belangrijker. De nieuwe ontwikkelingen vereisen

immers in toenemende mate aandacht voor communicatie, onderhandelingen en meer coöperatieve geschiloplossing.⁵⁶ Ook hier lijkt zich een verdere integratie van ADR/mediation in de rechtspleging voor te doen.⁵⁷

55 Zie het op 22 oktober 2013 openbaar gemaakte voorontwerp Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de doelmatige afwikkeling dan wel toepassing van een eventueel faillissement of surseance van betaling (Wet continuïteit ondernemingen I), www.internetconsultatie.nl/wco1 (deze consultatie is op 21 januari 2014 afgesloten). Een verdere inhoudelijke bespreking van het voorstel valt buiten de reikwijdte van deze bijdrage.

56 Dit was ook één van de conclusies van de conferentie 'Teaching and research in comparative international insolvency law' (NVRIJ/INSOL Europe Academic Forum) en de afscheidsrede van Prof. Bob Wessels aan de Universiteit Leiden. Zie voor een verslag *TvI* 2014/21.

57 Vgl. voor andere voorbeelden *TvA* 2013/50 (slot).