

122. Mediation in de Rotterdamse insolventiepraktijk: gewoon doen!

E.J. VAN GRUIJTHUIJSEN EN MR. A.J. VAN SPENGEN

In een langlopend Rotterdams faillissement was sprake van een slepend conflict. De rechter-commissaris stelde de betrokken partijen voor het geschil te laten beslechten door een insolventierechtelijk deskundige mediator. De partijen gingen akkoord. Binnen zes weken na de verwijzing naar de mediator was het geschil geschikt, waarbij er een aanzienlijk bedrag aan de boedel werd vergoed. Niemand had een dergelijke snelle oplossing verwacht. Reden voor het team insolventie van de rechtbank Rotterdam om eens kritisch na te denken over de mogelijkheden van de inzet van mediation in insolventiezaken, waarmee de rechtbank Amsterdam al in 2012 een pilot begon.¹

Mediation in faillissementen

Mediation is een vorm van geschilbeslechting, waarbij de partijen, op basis van vrijwilligheid, onder begeleiding van een deskundige, neutrale derde – de mediator – tot een resultaat komen. Juist in faillissementen kan de inzet van mediation zinvol zijn, omdat mediation de kans biedt om op korte termijn tegen relatief lage kosten tot een aanvaardbare oplossing van het geschil te komen. Hierdoor wordt de vlotte afwikkeling van het faillissement bespoedigd. Mediation in faillissementen kan zich de afgelopen tijd verheugen in meer aandacht. In steeds meer arrondissementen wordt mediation gepromoot, er is een stichting opgericht die als doel heeft de afwikkeling van insolventies te versnellen door mediation-instrumenten,² en er is in de literatuur meer aandacht voor mediation in insolventie.³ Mediation biedt de mogelijkheid om een maatwerkoplossing te vinden, die recht doet aan de verschillende betrokken belangen (en in insolventies zijn dat er vele). Het recht is daartoe niet de enige maatstaf, en de oplossing is zelden ‘alles of niets’.⁴ Bovendien hebben partijen bij mediation invloed op de uitkomst, waardoor de gemaakte afspraken in de regel beter worden gedragen dan een opgelegde uitkomst.

Ten slotte bevordert mediation dat partijen daadwerkelijk snel met elkaar in gesprek gaan over de inhoud van het

geschil en de mogelijke oplossing. Dat bespaart kostbare tijd, zelfs als de mediation niet slaagt. In dat geval heeft het traject de partijen vaak nader tot elkaar gebracht en kunnen er gemakkelijker procedurele afspraken worden gemaakt. Vermeldenswaard is dat mediation ook in aanmerking komt voor een vergoeding van het Ministerie van Veiligheid en Justitie in het kader van de Garantstellingsregeling Curatoren.⁵

Hoe werkt het?

De rechtbank Rotterdam heeft een ‘protocol pilot mediation in faillissementen’⁶ opgesteld, waarin staat dat het doel van het inzetten van mediation in faillissementen is: het (pogen te) bereiken van een bevredigende, snelle, en daarmee voor partijen ook kostenefficiënte, (deel)oplossing van het geschil, waardoor tijd en geld van zowel de boedel als van andere betrokkenen bespaard kan worden en het faillissement sneller kan worden afgewikkeld. Er is primair gekozen voor het bevorderen van de inzet van mediation in lopende faillissementen.

Het beproeven van mediation in het kader van de behandeling van de faillissementsaanvraag is uiteraard ook mogelijk, maar wordt enigszins bemoeilijkt door de dynamiek (en de tijdsdruk) van de rolzitting. Het is echter zeker niet uitgesloten dat deze zaken op enig moment voor mediation in aanmerking kunnen komen. Naar wij hebben begrepen heeft de rechtbank Amsterdam goede ervaringen met medi-

1 Zie J.J. Draaijer en A. van Hees, ‘Pilot mediation in faillissementen’, *TvI* 2013/40 en J.A.A. Adriaanse en E.J.M. van Beukering-Rosmuller, ‘ADR/ mediation bij (dreigende) insolventie’, *TvA* 2014/51.

2 Stichting Insolventie Mediation, www.insolventiemediation.nl.

3 Zie naast de artikelen genoemd in voetnoot 1, ook B.J. Tideman, ‘Curator en mediation’, *TvCu* 4/2017.

4 Uiteraard geldt dit niet voor echt principiële kwesties, kwesties waarbij precedentwerking kan worden verwacht, en de kwesties waarbij partijen mogelijk jurisprudentie gecreëerd willen zien.

5 *Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2012, nr. 5725931/12, houdende regels voor de beoordeling van de gegrondheid van verzoeken van curatoren tot verstrekking van een voorschot en de grenzen waarbinnen zodanige verzoeken kunnen worden toegewezen (Garantstellingsregeling curatoren 2012)*

6 Te vinden op: <http://www.insolventiemediation.nl/rechtbank/rotterdam>.

ation in het kader van de behandeling van de faillissementsaanvraag.

Uitgangspunten in het protocol zijn voorts: *vrijwilligheid en vertrouwelijkheid*. Een uitzondering op dat laatste beginsel wordt gemaakt voor de rechter-commissaris, die in het kader van zijn of haar toezichthoudende taak door de curator kan worden geïnformeerd over hetgeen tijdens de mediation is besproken en afgesproken. Deze uitzondering dient in de mediationovereenkomst te worden opgenomen. Het protocol vermeldt verder wie het initiatief kan nemen tot het beproeven van mediation (de curator, een belanghebbende partij of de rechter-commissaris), hoe de route van de zaak vervolgens is en welke rol de curator, de rechter-commissaris en het mediationbureau van de rechtbank in deze procedure vervullen. Eén en ander is uitgewerkt in een werkinstructie.⁷

Pilot

De mediators in de pilot zijn MfN-geregistreerde mediators, ingeschreven bij de Raad voor Rechtsbijstand. Ze besteden tenminste 50% van hun tijd aan zakelijke mediations en ze hebben een juridische, en voor faillissementen relevante, achtergrond. Dat laatste is als voorwaarde voor aanmelding gesteld omdat de Faillissementswet een *lex specialis* is. Ter voorkoming van ieder vermoeden van belangenverstremming zet de rechtbank Rotterdam geen mediators in van kantoren waarvan curatoren werkzaam zijn die op de curatorenlijst van de rechtbank Rotterdam staan. Voorts kunnen partijen eventueel zelf een mediator aandragen. Het protocol, de werkinstructie en een ‘wie is wie-gids’, waarin de mediators worden gepresenteerd met een foto en een korte omschrijving van hun kennis, ervaring en uurtarief, zijn toegezonden aan alle curatoren in het arrondissement. Om de pilot te laten slagen, is door het team insolventie van de rechtbank nauw samengewerkt met het mediationbureau van de rechtbank. De medewerkers van het mediationbureau benaderen op verzoek betrokken partijen met een aanbod om van mediation gebruik te maken, maken afspraken, bespreken met partijen de keuze van de persoon van de mediator, de kosten en het verdere traject, en bevorderen en bewaken dat elke partij na afloop van de mediation het toegestuurde evaluatieformulier invult en retourneert.

Essentieel is dat er een goede ‘brug’ is van het team insolventie naar het mediationbureau, zodat de communicatie is gestroomlijnd en er snel kan worden geschakeld. Met het oog daarop draagt de stafmedewerker van het insolventieteam de zaken die in aanmerking komen voor mediation steeds over aan het mediationbureau. Gezamenlijk bewaken zij de voortgang van het traject.

Voor de werkwijze verwijzen we naar ‘Suggesties voor een succesvolle pilot mediation in insolventie kwesties’ van de Stichting Insolventie Mediation,⁸ waar de rechtbank gedurende de pilot dankbaar gebruik van heeft gemaakt. Voorts

zijn er tijdens de pilot waardevolle suggesties van curatoren ontvangen.

Wat zijn de resultaten van de pilot?

Zowel curatoren als rechters-commissarissen hebben desgevraagd zaken aangemeld voor de inzet van mediation. In totaal zijn in de pilot-fase dertig zaken geselecteerd. Deze werden door de stafmedewerker van het insolventieteam onderzocht. In sommige gevallen werd de inzet van mediation niet door de curator of rechter-commissaris gesteund. Verder was er in enkele dossiers sprake van zeer principiële geschillen, die na nader onderzoek niet geschikt bleken te zijn voor de aanpak via mediation.

Wanneer mediation in de visie van zowel de curator als de rechter-commissaris kans van slagen had, heeft het mediationbureau contact opgenomen met de betrokken partijen voor een mediationaanbod. Uiteindelijk is er in twaalf dossiers een mediationtraject in gang gezet. Opvallend was dat in de overige achttien zaken relatief vaak alsnog langs andere weg een schikking werd bereikt. Wellicht verlaagt alleen al het feit dat door de curator of de rechter-commissaris mediation wordt voorgesteld, de drempel tot het treffen van een minnelijke regeling.

De pilot is in het najaar van 2016 intern geëvalueerd. Het valt op dat de meeste zaken die zijn verwezen naar mediation betrekking hebben op bestuurdersaansprakelijkheid, paulianeus handelen, het maken van een oneigenlijke doorstart kort voorafgaand aan faillissement, en het incasseren van een vordering op een debiteur. In elf gevallen was er sprake van één wederpartij; één geval betrof een driepartijen-mediation (tussen curator, wederpartij en betrokken boedelschuldeiser). Het lijkt erop dat de omvang van de vordering niet maatgevend is voor de slagingskans van het mediationtraject. Ook in gevallen waarin de curator een vordering van een miljoen euro had op de wederpartij, is de mediationpoging geslaagd. Van de twaalf dossiers waarin mediation werd ingezet, werd in elf gevallen een schikking bereikt. In één geval lukte het niet een mediationtraject van de grond te krijgen.

Sneller verloop

De bedragen waarvoor de zaak werd geschikt, lagen tussen 1% en 40% van de oorspronkelijke vordering van de curator. Bij die 1% moet worden aangetekend dat de vordering van de curator in met name bestuurdersaansprakelijkheidszaken meestal de omvang van het totale tekort in het faillissement beslaat. Regelmatig zal er, ook bij een veroordeling na een gerechtelijke procedure, waar de vordering kan worden gematigd, bij gebreke aan verder verhaal, slechts een deel van dit bedrag door de bestuurder worden voldaan. Een andere bevinding is dat de mediationtrajecten binnen één tot acht maanden waren afgerond. In onze visie is dat veel sneller dan het verloop van een reguliere gerechtelijke procedure, maar het is wel iets minder snel dan werd verwacht, nu de mediationtrajecten in de

⁷ Te vinden op: <http://www.insolventiemediation.nl/rechtbank/rotterdam>

⁸ Te vinden op <http://www.insolventiemediation.nl/publicaties>

Amsterdamse pilot gemiddeld vier tot acht weken in beslag namen.⁹ Onderzoek leerde dat het in veel gevallen, gelet op de drukke agenda's van alle partijen, niet gemakkelijk is om op korte termijn afspraken in te plannen. De opstartfase neemt hierdoor vrij veel tijd in beslag. Als er snel een afspraak kan worden gemaakt, kan het traject ook snel worden afgerond.

Wat vonden de partijen ervan?

In de evaluaties hebben de curatoren aangegeven dat hun motieven om voor mediation te kiezen vooral lagen in het feit dat mediation sneller tot een oplossing leidt en omdat het goedkoper is dan het voeren van een procedure. De motieven van de wederpartijen waren vooral ingegeven door het advies van hun advocaat of doordat de rechter-commissaris de suggestie tot mediation heeft gedaan. Over het proces waren de curatoren tevreden tot zeer tevreden; de wederpartijen toonden zich merendeels tevreden over het proces.

Ten aanzien van de rol van de mediator toonden zowel de curatoren als de wederpartijen zich neutraal tot zeer tevreden. In enkele gevallen zijn kritische kanttekeningen geplaatst bij de deskundigheid van de mediator voor wat betreft de inhoud van het geschil. Dat is opmerkelijk, nu bij deze pilot juist alleen mediators zijn betrokken die specifieke affiniteit met het insolventierecht hebben. Teneinde daar meer inzicht in te krijgen, wordt thans in de evaluatieformulieren meer aandacht aan de ervaren deskundigheid van de mediator besteed. De kwaliteit van de mediators dient immers voortdurend te worden gemonitord. Er is een vermoeden dat deze kanttekeningen in sommige gevallen zijn ingegeven door het feit dat een mediator er vaak op zal zijn gericht een oplossing te bereiken op basis van de wederzijdse belangen van partijen, en daardoor minder dan in een gerechtelijke procedure oog zal hebben voor het inhoudelijke geschil. Dit is een geheel andere insteek dan veel curatoren gewend zullen zijn. Alertheid op dit punt is noodzakelijk.

Uit de evaluatie kan worden opgemaakt dat zowel curator als wederpartij tevreden waren over de aan mediation verbonden kosten.

Opsteker

Tot slot leert de evaluatie dat geen der partijen scepsis of bezwaren moest overwinnen om aan mediation deel te nemen. Wij zien dat als een belangrijke opsteker, omdat er dus, op zijn minst, bij curator en wederpartij een neutrale houding zal zijn ten opzichte van deze methode van conflictoplossing.

Conclusies en aanbevelingen

In elf van de twaalf zaken, die zijn doorgeleid naar een mediationtraject, werd onder leiding van de mediator een schikking met de curator bereikt. Nu bijna alle naar mediation verwezen zaken in deze eerste fase van deze pilot zijn geschikt, wordt de inzet op mediation in insolventies voortgezet.

Hoewel de in deze pilot naar mediation verwezen zaken qua aard, inhoud en diversiteit representatief zijn voor de geschillen die zich in de faillissementspraktijk voordoen, is het aantal zaken dat naar mediation is verwezen te beperkt om aan de hand van deze resultaten verstrekkende uitspraken te kunnen doen. Daarvoor is meer kwantiteit nodig. Als er meer resultaten zijn, kan er ook meer onderzoek plaatsvinden. Zijn er bijvoorbeeld bepaalde categorieën geschillen aan te wijzen, die zich met name lenen (of: zich juist niet lenen) voor de aanpak via mediation? Wat bevordert de slagingskans van mediation en wat zijn belemmerende factoren?

Het is belangrijk dat er meer geschillen naar mediation worden verwezen. We ervaren dat mediation niet altijd direct bij alle betrokken partijen op het netvlies lijkt te staan. Regelmatig denken betrokken partijen er gewoonweg niet aan. Wij suggereren niet dat inzet van mediation altijd nodig is of dat mediation in alle gevallen de beste oplossing oplevert, maar in onze visie moet mediation wel een vast onderdeel van de gereedschapskist van de curator en de rechter-commissaris zijn. Om dat te bewerkstelligen, moeten alle partijen met regelmaat aandacht aan mediation besteden.

Het is steeds gebruikelijker dat de rechter-commissaris, als de curator toestemming verzoekt voor het starten van een procedure, het gesprek met de curator aangaat over de vraag of mediation geen geschikt alternatief zou zijn. De ervaring is dat een curator die éénmaal een mediation heeft beproefd, de volgende keer dit zelf zal suggereren. Sommige curatoren maken actief gebruik van de mediationroute. Zo plegen enkele curatoren bijvoorbeeld in hun (activa)overeenkomsten op te nemen dat, indien er een geschil tussen de boedel en de wederpartij ontstaat, eerst mediation dient te worden beproefd.

Slot

Adriaanse en Van Beukering-Rosmuller constateerden in hun bijdrage in *TvA* in 2014 reeds dat mediation in insolventiezaken in Nederland aan het begin van ontwikkeling staat, maar dat de pilot in de rechtbank Amsterdam in ieder geval ruimte voor mediation liet zien. Voor de Rotterdamse pilot kan dezelfde conclusie worden getrokken. Het is wenselijk dat mediation die ruimte nu daadwerkelijk krijgt, zodat meer ervaringen kunnen worden opgedaan en de aanpak van insolventiezaken via mediation verder kan worden geïnstitutionaliseerd.

Mediation in de Rotterdamse insolventiepraktijk: gewoon doen!

⁹ Draaijer en Van Hees, en Adriaanse en Van Beukering-Rosmuller, t.a.p.

Over de auteurs

E.J. van Gruijthuisen

Stafmedewerker team insolventie rechtbank Rotterdam.

Over de auteurs

Mr. A.J. van Spengen

Rechter-commissaris in de rechtbank Rotterdam, tevens kwaliteitscoördinator.