

De Turnaround Mediator

R. Frankfort

9 januari 2017

SAMENVATTING

Onderzoek naar de mogelijkheid van het inzetten van een mediator bij het realiseren van een turnaround van een onderneming

Mr. R. Frankfort

023 – 700 97 97

r.frankfort@frankfortsluis.nl

INHOUDSOPGAVE

INHOUDSOPGAVE	1
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	2
Hoofdstuk 2 Mediation bij insolventie.....	2
Hoofdstuk 3 Turnaround mediation	5
Hoofdstuk 4 Conclusie en aanbeveling	10
Literatuurlijst	12

Hoofdstuk 1 Inleiding

Algemeen

Kan een turnaround mediator faillissementen voorkomen? Wat is een turnaround mediator? Verschilt die van een insolventiemediator (en wat is dat dan)? In welke gevallen kan een turnaround mediator worden ingezet? Doen zich daarbij praktische problemen voor? Hoe zou een turnaround mediator er idealiter uit zien? Op deze en andere vragen zal ik in dit artikel proberen een antwoord te geven¹.

Daartoe zal ik eerst een algemene beschrijving geven van het gebruik van mediation in insolventie-situaties. In dat verband bespreek ik kort de huidige praktijk in Nederland en de pilots door de rechtbanken Noord-Holland, Midden-Nederland en Rotterdam. Vervolgens kijk ik wat turnaround mediation is en waarin dat verschilt van andere vormen van insolventiemediator. Tenslotte komt de vraag aan de orde of er een rol is voor de turnaround mediator.

Dit artikel is geschreven voor lezers met enige kennis van ADR (*appropriate of alternative dispute resolution*) en mediation. Voor een algemene bespreking van het fenomeen mediation – een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de communicatie en onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen² – als methode voor geschillenbeslechting, verwijs ik naar de website van de Rijksoverheid³ en naar het Handboek Mediation⁴.

Hoofdstuk 2 Mediation bij insolventie

Mediation is vanuit de Verenigde Staten komen overwaaien en heeft in de laatste twee decennia een grote vlucht genomen in Nederland. Waar mediation aanvankelijk vooral voor familierechtelijke en automatiseringsgeschillen werd ingezet, kwamen daar later allerlei toepassingen bij. Mediation werd bijvoorbeeld een veelvuldig gehanteerd instrument om arbeidsrechtelijke geschillen op te lossen. Eveneens in navolging van de praktijk in de Verenigde Staten wordt mediation in toenemende mate gebruikt bij geschillen rondom ondernemingen ten aanzien waarvan de surseance van betaling is afgekondigd of die failliet zijn verklaard⁵ of waarvoor een faillissementsverzoek is ingediend (hierna aangeduid als ‘insolventiemediation’).

¹ Dit artikel is geschreven in het kader van de theorieopdracht van Module IV van de Beroepsopleiding tot ADR-Specialist / Legal Mediator van het Amsterdams ADR Instituut.

² Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 31

³ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rechtspraak-en-geschiloplossing/vraag-en-antwoord/wanneer-kan-ik-mediation-inzetten-in-plaats-van-een-rechtszaak-beginnen>

⁴ Brenninkmeijer e.a. 2013, Hoofdstuk 1 Mediation, p. 25

⁵ Mabey, e.a. 1995

Insolventiemediation komt met name aan de orde bij twee soorten geschillen: (1) geschillen tijdens de aanvraag van het faillissement door een crediteur enerzijds en (2) geschillen die spelen nadat de surseance of het faillissement al is uitgesproken anderzijds⁶. Dit onderscheid is van belang: waar in het eerste geval de onderneming of ondernemer partij is bij het geschil, is dat in het tweede geval de curator, terwijl de aard van het geschil doorgaans ook heel anders zal zijn.

Een typisch voorbeeld van een geschil voorafgaand aan faillissement is een geschil waarbij de aanvrager van het faillissement die aanvraag als dwangmiddel gebruikt om betaling af te dwingen terwijl de ondernemer van oordeel is wegens de kwaliteit van het geleverde niet te behoeven te betalen. In zo'n geval kan de rechter die zich over de faillissementsaanvraag moet buigen, partijen voorhouden dat een faillissement een situatie is waar niemand baat bij heeft en voorstellen om het geschil door middel van mediation op te lossen.

Een geschil na uitspraak van de surseance of het faillissement kan bijvoorbeeld zijn een geschil over een ingediende vordering in het kader van een renvooiprocedure⁷. Een ander goed voorbeeld is een geschil tussen de curator en de bank over de vraag of door de bank gepretendeerde zekerheidsrechten standhouden. Verder kan worden gedacht aan een geschil tussen de curator en de bestuurder van de gefailleerde in verband met door de curator gestelde bestuurdersaansprakelijkheid.

Mediation is een vorm van geschillenbeslechting die zich uitstekend leent voor de bovengenoemde voorbeelden. In potentie zijn dat namelijk kwesties die leiden tot slepende, kostbare procedures, waarbij de crediteuren vaak uiteindelijk de rekening betalen.

Rechtbanken kiezen soms voor toepassing van forensische mediation in het kader van een faillissementsprocedure. Dit is een combinatie van deskundigenonderzoek in opdracht van een civiele rechter (om de rechtbank inlichtingen te verschaffen) en conflictbemiddeling⁸. Van echte mediation is geen sprake omdat de vrijwilligheid ontbreekt (de rechtbank gelast het deskundigenbericht) en door de combinatie van onderzoek en bemiddeling kan de vertrouwelijkheid verloren gaan.

Om te onderzoeken of mediation in faillissementen kan leiden tot een voor betrokkenen meer bevredigende wijze van geschillenoplossing dan de renvooi- of gewone procedures, zijn er bij enkele rechtbanken pilots gestart waarbij mediation wordt uitprobeerd.

⁶ Hoewel het niet uitgesloten is dat er tijdens de eigen aanvraag van faillissement of surseance geschillen spelen die in aanmerking komen voor mediation blijven deze doorgaans buiten beeld vanwege het ontbreken van tegenspraak.

⁷ Een renvooiprocedure is een procedure over de vraag of en tot welk bedrag een vordering dient te worden opgenomen op de lijst van erkende crediteuren. De wet voorziet er in dat de rechter eerst onderzoekt of een schikking mogelijk is. Art. Fw 122 lid 1 luidt: *“In geval van betwisting beproeft de rechter-commissaris een schikking. Indien hij partijen niet kan verenigen, en voorzover het geschil niet reeds aanhangig is, verwijst hij partijen naar een door hem te bepalen terechtzitting van de rechtbank, zonder dat daartoe een dagvaarding wordt vereist.”*

⁸ Adriaanse c.a. 2014, p. 116

In 2012 is de rechtbank Amsterdam gestart met een pilot mediation in faillissementen⁹. De rechtbank Rotterdam volgde in 2014¹⁰ en tenslotte is de rechtbank Midden-Nederland per 1 december 2016 met een pilot begonnen¹¹.

De uitgangspunten zijn bij de drie genoemde rechtbanken vergelijkbaar:

- i) Deelname aan een mediation is vrijwillig;
- ii) Uitsluitend MfN-geregistreerde mediators die tenminste 50% van hun tijd aan zakelijke mediations besteden en een juridische en voor faillissementen relevante achtergrond hebben, komen in aanmerking voor verwijzing door de rechtbank;
- iii) Er wordt gebruik gemaakt van de door het Mediationbureau (van de rechtbank) opgestelde modelovereenkomst;
- iv) De mediation gaat pas na ondertekening van de mediationovereenkomst van start;
- v) Er wordt uitgegaan van 2 à 3 bijeenkomsten van een dagdeel en een totale doorlooptijd van 4 tot 6 weken;
- vi) Geheimhouding is van groot belang. Echter in verband met de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris, wordt in de mediationovereenkomst bepaald dat de geheimhouding ten opzichte van de rechter-commissaris niet geldt indien en voor zover die inhoudelijk op de hoogte moet worden gebracht in verband met het uitoefenen van diens wettelijke taken.

De bevindingen van de rechtbanken Amsterdam en Rotterdam zijn positief. Van de 18 zaken in 2013 in Amsterdam zijn er circa 12 met een vaststellingsovereenkomst afgesloten, hetgeen betekent dat er gehele of gedeeltelijke overeenstemming is bereikt¹². De Rotterdamse pilot zou na de zomer van 2016 worden geëvalueerd¹³. De pilot bij de rechtbank Midden-Nederland is nog te kort geleden van start gegaan om conclusies te kunnen trekken.

De bekendheid met mediation onder curatoren laat m.i. te wensen over en weinig curatoren overwegen mediation om geschillen bij de afwikkeling van de boedel te beslechten¹⁴. Wellicht heeft dat met beeldvorming te maken: mediation heeft vanouds een enigszins softe klank en dat past niet bij het doortastende en voortvarende optreden van een curator. Dat is jammer want zoals ook de ervaringen in het buitenland en in de pilots in Nederland laten zien, kan mediation een uitstekend alternatief zijn voor procedures bij de rechtbank, waarbij sneller en goedkoper een beter resultaat behaald

⁹ Draaijer en Van Hees 2013, p. 244 en www.insolventmediation/rechtbanken/amsterdam

¹⁰ www.insolventmediation/rechtbanken/rotterdam

¹¹ <https://www.advocatenorde-middennederland.nl/40102/nieuws/rechtbank-midden-nederland-start-pilot-mediation-in-faillissementen>

¹² Adriaanse e.a. 2014, p. 115

¹³ Zie nt. 9

¹⁴ Zelf heb ik als curator nooit de mogelijkheid van mediation overwogen en evenmin heb ik collega-curatoren daar ooit over gehoord.

kan worden. Voordelen van mediation ten opzichte van gewone procedures kunnen zijn¹⁵:

- Mediation biedt de mogelijkheid snel en kostenefficiënt tot een zelf gekozen (deel-) oplossing te komen;
- Meerdere geschillen met meerdere partijen kunnen tegelijk worden behandeld. Bij bestuurdersaansprakelijkheid en pauliana kan dat wenselijk zijn;
- Door de geheimhouding kunnen partijen vrijer spreken over belangen en knelpunten. Eventueel kan daarbij nog de caucus worden ingezet;
- De setting van een mediation geeft druk en stimulans bij partijen om zich in te spannen om tot een oplossing te komen (empowerment).

Verreweg de meeste mediations tijdens de pilots gaan over geschillen na het uitspreken van faillissement of surseance. Gevolg daarvan is dat insolventiemediation eigenlijk vooral relevant is in het kader van de afwikkeling van faillissement of surseance, terwijl mediation juist een middel zou kunnen zijn om de stakeholders van een onderneming in 'zwaar weer' bij elkaar te brengen met het doel een faillissement te voorkomen. Daarmee kom ik toe aan het eigenlijke onderwerp van dit artikel, namelijk de turnaround mediator.

Hoofdstuk 3 Turnaround mediation

Zoals in het voorgaande is beschreven is er ruimte voor insolventiemediation en kan insolventiemediation een zinvolle bijdrage leveren aan de efficiënte afwikkeling van faillissementen en, waar het geschillen tijdens de aanvraag van een faillissement betreft, soms ook helpen om faillissementen te voorkomen. Turnaround mediation is in een veel eerder stadium aan de orde, namelijk tijdens een turnaround van een in financiële problemen geraakte onderneming.

Wat is een 'turnaround'?

Alvorens op turnaround mediation in te gaan, dient het begrip 'turnaround' te worden toegelicht. Er bestaan geen eensluidende definities van 'turnaround' en het daarmee nauw samenhangende 'turnaround management'¹⁶. Een van de belangrijkste Nederlandse onderzoekers en auteurs op het gebied van turnaround management, prof. dr. J.A.A. Adriaanse, sluit aan bij de definitie van 'turnaround' van de Engelse professor Naresh Pandit¹⁷:

"(...) [corporate] turnaround may be defined as the recovery of a firm's economic performance following an existence-threatening decline. (...)"

Een nauwkeuriger definitie, afgeleid van een definitie van Adriaanse van 'turnaround management' is:

¹⁵ Adriaanse e.a. 2014, p. 116

¹⁶ Adriaanse e.a. 2016, p. 3

¹⁷ Adriaanse e.a. 2016, p. 4

“Een saneringstraject van een onderneming in financiële moeilijkheden – door middel van een vierstappenplan van stabilisatie, analyse, herpositionering en versterking – dat zich afspeelt buiten wettelijke kaders en ten doel heeft het snel en duurzaam herstellen, binnen dezelfde juridische entiteit, van de concurrentiekracht van de onderneming ten behoeve van haar belanghebbenden.”

Het gaat er bij een turnaround om de onderneming weer gezond te maken en een bedrijfsvoering te realiseren waarbinnen de onderneming structureel een positieve kasstroom uit haar activiteiten weet te genereren en ook in de toekomst duurzaam aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen¹⁸.

De Universiteit Leiden heeft onderzoek gedaan naar informele reorganisaties van Nederlandse bedrijven in financiële moeilijkheden¹⁹. Op basis van de uitkomsten van dat onderzoek kunnen de volgende best practices van een turnaround worden geformuleerd²⁰:

- Er is sprake van een snelle, ingrijpende en adequate reorganisatie van de bedrijfsactiviteiten door het management;
- Belangrijke stakeholders (banken, belangrijke leveranciers, andere grote crediteuren zoals de Ontvanger van de Belastingdienst) worden vroegtijdig actief in het reorganisatieproces betrokken;
- De onderneming betracht ten aanzien van bij de turnaround betrokken partijen volledige transparantie ten aanzien van de actuele financiële situatie en de voorgenomen saneringsmaatregelen;
- Er wordt eigen vermogen aangetrokken om de slechte insolventie te verbeteren.

Het succes van de turnaround blijkt in belangrijke mate afhankelijk van de vraag of het management van de onderneming de belangrijkste financiers op goede wijze kan overtuigen van de haalbaarheid van de reorganisatie.

In de voorfase, de periode dat de noodzaak van een turnaround merkbaar wordt, ontstaan vaak conflicten en raken relaties verstoord, hetgeen in versterkte mate het geval is wanneer tijdens een turnaround niet aan de bovenstaande criteria wordt voldaan²¹.

Als een belangrijke leverancier waar een flinke betalingsachterstand is ontstaan, niet op transparante wijze, in een vroeg stadium, op de hoogte wordt gesteld van de moeilijkheden en de stappen die worden ondernomen, zal deze zich ‘belazerd’ voelen. De leverancier zal dan niet (snel) geneigd zijn de onderneming ruimte te geven.

¹⁸ Adriaanse, 2006, p. 13

¹⁹ Adriaanse e.a., 2004 en www.wodc.nl

²⁰ Adriaanse, 2006, p. 70

²¹ Adriaanse, 2006, p. 70

De turnaround mediator

Een turnaround kan door veel en verschillende tegengestelde belangen worden bedreigd²². Dat is waar de 'reorganisatiemediator'²³ oftewel de 'turnaround mediator'²⁴ in beeld komt. Deze dient in het belang van en samen met alle partijen, hen bij te staan om tot een oplossing te komen, door onderhandelingen te faciliteren, vertrouwen te helpen herstellen en samenwerking te bevorderen.

Op 12 maart 2014 heeft de Europese Commissie aanbevelingen gepubliceerd om te komen tot een nieuwe aanpak van insolventie en faillissement. Daarin heeft de Europese Commissie een bemiddelaar geïntroduceerd die schuldenaar en schuldeisers dient bij te staan om de onderhandelingen over een herstructureringsplan in het kader van een informele herstructurering te doen slagen²⁵. In de Engelse tekst van deze aanbevelingen wordt de bedoelde bemiddelaar aangeduid als 'mediator' en hoewel de aanbevelingen geen nadere invulling geven aan de rol van deze mediator, ligt het in de rede dat hierbij wordt bedoeld op de turnaround mediator.

Professor Wessels nodigt een ieder uit tot het verrichten van onderzoek naar de status van mediation in herstructurering en faillissement in de EU lidstaten en naar de professionele kwalificaties van de turnaround mediator²⁶. Dat onderzoek zou dienen te omvatten: een onderzoek naar het algemene civiel- en procesrechtelijk kader met onderwerpen als benoeming, de te volgen mediationprocedure, de mediationovereenkomst, vertrouwelijkheid, vergoeding en immuniteit.

De aanbevelingen van de Europese Commissie sluiten aan bij de 'Turnaround Kamer' van de rechtbank zoals die door Adriaanse is geïntroduceerd²⁷. Belangrijk aspect van de Turnaround Kamer is de betrokken rechter(-commissaris) die een rol als rechter-mediator heeft en met behulp van mediationstechnieken het proces van de turnaround begeleidt. Daarbij is ook voorzien in aparte mediationssessies met individuele betrokken partijen ten aanzien van specifieke deelconflicten²⁸.

Taken en benoeming van de turnaround mediator

Taken van de turnaround mediator zijn het leiden van de onderhandelingen bij de turnaround²⁹ en het bewaken van het turnaround proces, waarbij nauwlettend in de gaten dient te worden gehouden dat er voortvarend wordt gehandeld. Daar kunnen nog

²² Adriaanse, 2007, p. 48

²³ Adriaanse 2006, p. 71 en 2007, p. 46

²⁴ Zelf geef ik de voorkeur aan de term 'turnaround mediator' boven 'reorganisatiemediator'. In dit tijdsgewricht waarin onze taal geleidelijk wordt vervangen door de Engelse, is het handig direct een geheel Engelse term te hanteren. Daarnaast is het gemakkelijker uit te spreken. Belangrijker is dat de term 'turnaround mediator' er geen twijfel over laat ontstaan dat deze mediator uitsluitend een rol heeft bij turnarounds. In het andere geval zou verwarring kunnen ontstaan over het optreden van de mediator in andere reorganisaties dan turnarounds.

²⁵ Europese Commissie 2016, aanbevelingen 8 en 9

²⁶ Wessels 2016, p. 25

²⁷ Adriaanse 2010, p. 22

²⁸ Adriaanse 2010, p. 27

²⁹ Adriaanse 2014, p. 118

aan worden toegevoegd het inventariseren van de conflicten en belangentegenstellingen zodat de turnaround mediator daarop kan anticiperen en deze mogelijk in de kiem kan smoren.

Hoewel de turnaround mediator boven partijen dient te staan zal benoeming van de turnaround mediator in mijn optiek geschieden door (het bestuur van) de noodlijdende onderneming, vaak op instigatie van de belangrijkste financiers of op advies van (andere) professionele adviseurs zoals advocaat of accountant. Er komt een overeenkomst van opdracht tot stand tussen de onderneming en de turnaround mediator en laatstgenoemde zal worden betaald door de noodlijdende onderneming³⁰.

De persoon van de turnaround mediator

Welke criteria zouden er ten aanzien van de turnaround mediator gesteld kunnen worden? In beginsel is een mediator getraind om in een breed spectrum van gebieden op te treden. Hij wordt geacht inhoudelijk geen beslissingen te nemen³¹ en specifieke kennis van het onderwerp of rechtsgebied is niet vereist. Uitzondering daarop zijn er wel, bijvoorbeeld mediators die aangesloten zijn bij de Vereniging van familierecht Advocaten Scheidingsbemiddelaars ("vFAS"). Het lidmaatschap van de vFAS is vereist om als mediator verwijzingen van rechtbanken te krijgen in familierechtzaken terwijl de vFAS strenge opleidingseisen stelt aan de aangesloten mediators. Verder worden in het kader van de pilots met insolventiemediation uitsluitend mediators op de lijsten van de rechtbanken opgenomen die een juridische en voor faillissementen relevante achtergrond hebben.

Hoewel er geen formele eisen zijn waar een turnaround mediator aan dient te voldoen, anders dan te beschikken over de normale competenties zoals kennis, persoonlijke kwaliteiten, vaardigheden en beroepshouding, brengen de gecompliceerde belangen en veel voorkomende knelpunten bij turnarounds met zich mee dat extra competenties op het gebied van turnarounds vereist zijn³². Volgens Adriaanse zijn dat specifieke kennis op het gebied van bedrijfseconomie en recht, in het bijzonder ten aanzien van strategische, marketingtechnische, arbeidsrechtelijke en financiële onderwerpen in het licht van dreigende insolventie, evenals reorganisatiealternatieven, zoals informele reorganisatie, surseance van betaling en doorstart in faillissement, gericht op het wegnemen van de complexiteit aan oorzaken die tot de moeilijke omstandigheden hebben geleid³³. Daar kan nog specifieke materiedeskundigheid – kennis over het gebied waarop de onderneming zich beweegt – aan worden toegevoegd, gezien de inhoudelijke complexiteit van de omgeving waar veel ondernemingen zich in bewegen.

³⁰ Aangezien de turnaround mediator nog geen bestaande figuur is, zijn dit soort praktische zaken nog niet uitgekristalliseerd.

³¹ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 363

³² Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 365 waar ook een nadere uitwerking van deze competenties en Adriaanse, 2006, p. 72

³³ Adriaanse, 2006, p. 72 en Adriaanse e.a. 2014, p. 118

Verschillen met de beoogd curator

Onderwerp van het Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I³⁴ (“WCO I”) dat op dit moment wordt behandeld in de Eerste Kamer³⁵ is de figuur van de ‘beoogd curator’. Die dient te worden benoemd door de rechtbank, op verzoek van de noodlijdende onderneming. Doel van benoeming van de beoogd curator is gelegen in beperking van de schade voor betrokkenen bij het eventuele faillissement en/of in maximalisatie van de opbrengst bij verkoop na faillietverklaring van de rendabele onderdelen van de onderneming van de schuldenaar³⁶.

De werkzaamheden van de beoogd curator vertonen enige overeenkomsten met die van de turnaround mediator, namelijk het onderzoeken van de mogelijkheid van een doorstart en van de daarvoor relevante belangen en conflicten die spelen en het leiding geven aan de onderhandelingen over een mogelijke doorstart. Bekendheid met mediatie technieken is ook voor de beoogd curator zinvol³⁷. De verschillen zijn echter veel groter en beide figuren kunnen dan ook niet onder de zelfde noemer worden gebracht.

De beoogd curator wordt namelijk benoemd door de rechtbank, staat onder toezicht van de rechtbank en is bij de uitvoering van zijn werkzaamheden gericht op het faillissement van de schuldenaar. Bij de turnaround mediator is er van benoeming door en toezicht van de rechtbank geen sprake en – belangrijker – doel van het proces is het voorkomen van een faillissement en de onderneming binnen de huidige rechtspersoon weer levensvatbaar maken.

De turnaround mediator is geen mediator

Basisprincipes van mediation gelden (grotendeels) ook voor de turnaround mediator en zijn werkzaamheden: vrijwilligheid en vrijblijvendheid, beslotenheid, het feit dat het gaat om de toekomst en belangen van partijen, om eigen beslissingen en oplossingen van de betrokken partijen, het gegeven dat partijen direct met elkaar en met de mediator communiceren, de mogelijkheid van een caucus en de toepasselijkheid van de Harvard onderhandelingsleer³⁸.

Vraag is echter of de turnaround mediator wel als een mediator kan worden aangemerkt.

Een turnaround mediator wordt niet aangesteld met het oog op de beslechting van een specifiek geschil, zoals een gewone mediator, maar met het oog op het gladstrijken van allerlei conflicten die zich voordoen rondom de noodlijdende onderneming.

³⁴ Wetsvoorstel 34218, Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voorzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I)

³⁵ Op 21 december 2016 heeft de Eerste Kamer de Memorie van Antwoord ontvangen

³⁶ Wetsvoorstel 34218, artikel I, sub I (het nieuwe artikel 363 e.v. Faillissementswet)

³⁷ Adriaanse 2014, p. 118

³⁸ Schonewille 2012, p. 31

Daarnaast werkt de turnaround mediator in opdracht en voor rekening van de noodlijdende onderneming, waardoor van onpartijdigheid en onafhankelijkheid, twee belangrijke eisen die worden gesteld aan een mediator, geen sprake is.

Er zal ook geen sprake zijn van een mediationovereenkomst die door alle betrokken partijen wordt ondertekend. Vaak zal van tevoren ook nog niet duidelijk zijn wie de betrokken partijen precies zijn, hetgeen vanzelfsprekend aan ondertekening in de weg staat.

Een erg belangrijke pijler onder de mediation is het principe van vertrouwelijkheid en geheimhouding. Vertrouwelijkheid en geheimhouding maken dat partijen vrijuit kunnen aangeven wat hun belangen bij de zaak zijn, gaan misbruik van mediation tegen en dienen het functioneren van de mediator omdat die niet in een civiele zaak als getuige kan worden gehoord³⁹. De turnaround mediator zal juist openheid en transparantie moeten betrachten naar de belangrijkste stakeholders en dat staat diametraal tegenover vertrouwelijkheid en geheimhouding. Weliswaar zal de turnaround mediator willen waarborgen dat het grote publiek niet onnodig bekend raakt met de problematiek binnen de onderneming, om te voorkomen dat er van een self-fulfilling prophecy sprake zal zijn, maar dat doet niet af aan de noodzaak van transparantie jegens de hoofdrolspelers.

Een mediation heeft tot doel om een oplossing voor het geschil te vinden en het bereikte resultaat neer te leggen in een vaststellingsovereenkomst tussen de partijen bij het geschil. Daarvan zal bij de turnaround geen sprake zijn. Als de turnaround slaagt zal dat mede tot uitdrukking worden gebracht door een veelheid van overeenkomsten en stukken tussen de onderneming enerzijds en de stakeholders anderzijds (nieuwe financieringsovereenkomsten, gedeeltelijke kwijtschelding van schulden, aangepaste arbeidsovereenkomsten, een sociaal plan, et cetera) maar van een centrale vaststellingsovereenkomst kan niet worden gesproken.

Samenvattend zijn de overeenkomsten tussen de positie van de gewone mediator en de turnaround mediator (aanmerkelijk) kleiner dan de verschillen en het is onvermijdelijk om vast te stellen dat de turnaround mediator helemaal geen mediator is.

Dat laat natuurlijk onverlet dat de turnaround mediator, binnen het kader van zijn werkzaamheden zoals die in het voorgaande zijn beschreven, een uitermate nuttige rol kan vervullen binnen turnarounds.

Hoofdstuk 4 Conclusie en aanbeveling

Een bemiddelaar kan een belangrijke rol hebben in een turnaround. Belangen staan vaak lijnrecht tegenover elkaar, in ieder geval bij eerste beschouwing, en conflicten zijn talrijk. In zo'n geval levert de combinatie van mediationvaardigheden enerzijds en kennis en ervaring met turnaround management en turnarounds anderzijds een belangrijke

³⁹ Schutte e.a. 2011, p. 79

toevoeging op. En dat zou wel eens net het verschil kunnen maken. Maar van mediation is geen sprake.

Het ontbreken van onpartijdigheid, de gespannen voet met de geheimhouding, de vrijwilligheid en niet in de laatste plaats het feit dat de turnaround mediator werkt in opdracht van de onderneming die in zwaar weer verkeert, maken dat de turnaround mediator niet binnen de definitie van een mediator te brengen is. Dat zo zijnde pleit ik er voor om de term 'turnaround mediator' of 'reorganisatiemediator' niet meer te gebruiken. In plaats daarvan stel ik voor om de turnaround specialist die ik in dit artikel voor ogen heb, gewoon turnaround manager te noemen. In dat verband beveel ik de European Association of Certified Turnaround Professionals⁴⁰, welke organisatie bezig is om een opleiding voor turnaround managers op te zetten, aan om Harvard onderhandelingen en andere mediationvaardigheden in het curriculum op te nemen.

Ondertussen blijft insolventiemediation zoals beschreven in hoofdstuk 2 van dit artikel naar mijn mening, een belangrijke toevoeging aan de methoden van geschillenbeslechting zoals die rondom faillissementen aan de orde zijn. Ik hoop van harte dat ook de rechtbank Noord-Holland op korte termijn de invoering van insolventiemediation overweegt⁴¹.

⁴⁰ The European Association of Certified Turnaround Professionals: www.eactp.eu

⁴¹ Telefonische navraag bij het Bureau Mediation van de rechtbank Noord-Holland heeft uitgewezen dat er op dit moment geen plannen in die richting zijn.

Literatuurlijst

- **Expanding the Reach of Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy: The Legal and Practical Bases for the Use of Mediation and the Other Forms of ADR**, R.R. Mabey, Ch.J. Tabb and I.S. Dizengoff, South Carolina Law Review, Summer 1995, nr. 6;
- **Informele reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement**, Prof. dr. J.A.A. Adriaanse, N.J.H. Huls, J.C. Kuijl en P. Vos, 2004, BJu, Meppel;
- **Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden**, Prof. Dr. J.A.A. Adriaanse, TMD 2006, nr. 3;
- **Turnaround management**, Prof. dr. J.A.A. Adriaanse, Serie 'Praktijkboek Insolventierecht', 2006, Kluwer, Deventer
- **Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden. Een analyse van knelpunten en conflicten bij dreigend faillissement**, Prof. Dr. J.A.A. Adriaanse, Tijdschrift voor mediation en conflictmanagement, 2007 (11) 4;
- **Mediation in informele reorganisaties**, Liesbeth Meeuse, masterthesis 29 februari 2008;
- **De Turnaround Kamer van de rechtbank?** Prof. Dr. J.A.A. Adriaanse, Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement, 2010 (14) 2;
- **Juridische Aspecten van Mediation**, mr. E. Schutte en mr. J. Spierdijk, 2011, SDU Uitgevers, Den Haag;
- **Toolkit Mediation, Resultaat bereiken als manager, mediator en onderhandelaar**, mr. M.A. Schonewille, 2012, Boom Lemma Uitgevers, Den Haag
- **Niet voor watjes, mediation en rechtspraak: de stand van zaken**, H. van Wermeskerken, Mr. 2012, nr. 11;
- **Mediation in de insolventiepraktijk**, mr. W.G.B. Neervoort, presentatie over insolventiemediation;
- **Handboek Mediation**, (onder redactie van) dr. A.F.M. Brenninkmeijer, mr. drs. H.J. Bonenkamp, drs. K. van Oyen en dr. H.C.M. Prein, 2013, SDU, Den Haag
- **Pilot mediation in faillissementen**, A. Draaijer en T. van Hees, Tvl 2013/40;
- **ADR/mediation bij (dreigende) insolventie**, Prof. dr. J.A.A. Adriaanse en mr. dr. E.J.M. van Beukering-Rosmuller, TvA 2014/51;
- **Een aanzet voor een methodiek tot het voorkomen van (internationale) insolventies**, Prof. dr. J.A.A. Adriaanse, mr. dr. E.J.M. van Beukering & J-P.I. van der Rest, Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement, 2015 (19) 1;
- **Mediation in Restructuring and Insolvency**, Prof. Bob Wessels, Eurofenix issue spring 2016, p 24-26;
- Aanbeveling van de Commissie van 12.3.2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, Europese Commissie, C(2014) 1500, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_nl.pdf (Nederlandse tekst) en http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_en.pdf (Engelse tekst)

- **Turnaround Management**, Prof. dr. J.A.A. Adriaanse, dr. D.H. van Offeren, prof. dr. J.I. van der Rest (redactie), Serie 'Recht en Praktijk Insolventierecht', 2016, Wolters Kluwer, Deventer
- **Protocol Pilot Mediation in Faillissement**, Rechtbank Midden-Nederland, 2016, <https://www.advocatenorde-middennederland.nl/40095/protocol-mediation-in-faillissementzaken-rbmn/>;
- **Website Stichting Insolventie Mediation** www.insolventiemediation.nl;