

Pilot mediation in faillissementen¹

40

De rechtbank Amsterdam is in 2012 met een pilot mediation in faillissementen gestart. De eerste ervaringen zijn positief. De rechtbank heeft onder meer een Mediationbureau ingericht en een lijst van professionele mediators samengesteld die met het insolventierecht vertrouwd zijn, om mediation gemakkelijker te maken. In deze bijdrage wordt op deze pilot ingegaan tegen de achtergrond van binnen afzienbare tijd te verwachten nieuwe wetgeving waardoor mediation bijna onontkoombaar wordt voordat een gerechtelijke procedure aanhangig kan worden gemaakt.

I. Inleiding

De rechtbank Amsterdam is medio 2012 begonnen met een pilot om te onderzoeken of mediation in faillissementen kan leiden tot een voor betrokkenen bevredigende oplossing van geschillen waarover anders in een gerechtelijke procedure zou moeten worden beslist. Het gaat in beginsel niet alleen om geschillen die tijdens een faillissement opkomen, zoals over bestuurdersaansprakelijkheid of over de verificatie van vorderingen, maar ook om geschillen die mogelijk tot een faillissementsaanvraag hebben geleid. Mediation kan in die gevallen partijen mogelijk een betere oplossing bieden dan een gerechtelijke procedure of een faillissement van één der betrokken partijen. Inmiddels zijn we meer dan een jaar verder. Wat zijn de resultaten van dit proefproject?

Aan de hand van een interview met enkele direct betrokkenen bij deze pilot hebben de auteurs getracht zo veel als mogelijk antwoorden te krijgen op deze vraag en ook andere vragen. Zij hebben gesproken met mevrouw mr. Jolien Boeding (mediationfunctionaris van het Mediationbureau van de rechtbank Amsterdam), mevrouw mr. Illya Bilderbeek (rechter-commissaris en coördinator) en de heer mr. Bart Neervoort (betrokken mediator en mede-initiator van deze pilot).²

Hierna zal dieper worden ingegaan op de aanleiding en de (juridische) randvoorwaarden van het proefproject. Daarna volgen enkele beschouwingen en zullen de resultaten van de pilot worden besproken.

Voor een goed begrip van de pilot zal eerst kort uiteengezet worden wat mediation eigenlijk inhoudt. Daarbij zullen de belangrijkste kenmerken van mediation, enkele juridische aspecten en de huidige (en toekomstige) wet- en regelgeving aan de orde komen.

II. Wat is mediation?

Het begrip mediation is afkomstig uit de Engelstalige wereld en er bestaat niet echt een bevredigende Nederlandse vertaling voor deze term. Vandaar dat ook in het Nederlandse spraakgebruik de Engelse term mediation wordt gebruikt. Mediation is '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 komen'.³ Mediation is een vorm van 'alternative dispute resolution' (adr) zoals ook bindend advies en arbitrage vormen van adr zijn. Bij mediation is er – anders dan bij arbitrage en bindend advies, maar ook anders dan bij overheidsrechtspraak – geen derde die voor partijen beslist. Het zijn de partijen zelf die – onder begeleiding van een neutrale derde, de mediator – uiteindelijk beslissen. In feite is mediation dus een tussenpartijdige vorm van geschiloplossing, terwijl geschilbeslechting een vorm van bovenpartijdige geschiloplossing is. Mediation onderscheidt zich van schikken of bemiddelen door de aanwezigheid en de deskundigheid van de mediator als neutrale derde. Zijn taak is het partijen te begeleiden bij onderhandelingen en er vooral voor te zorgen dat daarbij de belangen van de partijen leidend zijn en bijvoorbeeld niet emoties of (juridische) posities. Met name het instrument 'caucus', de mogelijkheid van de mediator om met elk der partijen (en hun raadslieden) afzonderlijk en vertrouwelijk te spreken, blijkt in de praktijk bij onderhandelingen een krachtig middel om de grenzen van de onderhandelingsbereidheid en -ruimte te verkennen en impasses te doorbreken.

III. Juridische kenmerken mediation

Belangrijke kenmerken van mediation, naast de hiervoor genoemde zelfbeschikking, zijn de vrijwilligheid en de vertrouwelijkheid. Deze vertrouwelijkheid en vrijwilligheid worden vastgelegd in een mediationovereenkomst die tussen partijen en de mediator wordt gesloten. De vrijwilligheid van partijen om aan een mediation deel te nemen, kent twee aspecten: 1. men kan niet tegen zijn zin in een mediation worden betrokken (vrijwilligheid van deelname);

¹ Gelieve dit artikel aan te halen als: A. Draaijer en T. van Hees, 'Pilot mediation in faillissementen', *Tvl* 2013/40. Mr. drs. J.J. (Annet) Draaijer was tot voor kort werkzaam als advocaat en NMI registermediator bij Stibbe en is thans zelfstandig werkzaam als NMI registermediator en trainer/docent bij Draaijer Mediation & Conflictantering. Mr. A. (Toni) van Hees is advocaat bij Stibbe en redacteur van *Tvl*.

² De observaties en conclusies in deze bijdrage zijn overigens van de auteurs en komen geheel voor hun rekening.

³ Definitie mediation uit het Handboek Mediation, SDU, 2013.

2. men is vrij de mediation op elk moment te beëindigen (vrijwilligheid van voortzetting).⁴

De vertrouwelijkheid in mediation houdt de afspraak in om wat in mediation aan de orde komt, dat kunnen standpunten zijn maar ook (andere) informatie, vertrouwelijk te behandelen, tenzij uiteraard de desbetreffende informatie al bekend was of later buiten de mediation om bekend is geworden. Het leveren van bewijs daarvan – door het horen van getuigen of anderszins – wordt in de mediationovereenkomst uitgesloten. Een dergelijke afspraak kwalificeert als een bewijsovereenkomst en is in beginsel mogelijk en rechtsgeldig. Zie artikel 153 Rv. De Hoge Raad heeft dit in een arrest in 2009 nog eens uitdrukkelijk bevestigd.⁵ Wel overwoog de Hoge Raad dat het algemeen maatschappelijk belang van de materiële waarheidsvinding met zich meebrengt dat een bewijsovereenkomst niet al te snel mag worden aangenomen zonder een uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling. Een functioneel verschoningsrecht voor de mediator wordt voorts nog niet door de Hoge Raad aangenomen. In de praktijk zijn dus de in de mediationovereenkomst opgenomen bepalingen omtrent de vertrouwelijkheid van groot belang om deze zo veel als mogelijk is te waarborgen.⁶

Indien partijen in de mediation tot een vergelijk komen, bevordert de mediator dat er geen misverstanden ontstaan over de inhoud van de afspraken. De mediator draagt er zorg voor dat de afspraken deugdelijk worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 lid 1 BW). Kommen partijen niet tot een vergelijk dan eindigt de mediation door een neutraal beëindigingsbericht. Ook is het mogelijk dat partijen het deels eens worden en zij voor dat deel een vaststellingsovereenkomst sluiten en het deel van het geschil waarover geen overeenstemming bestaat alsnog voorleggen aan een beslissende derde, bijvoorbeeld een arbiter of de rechter.

IV. Wet- en regelgeving

De verhoudingen tussen de betrokkenen in een mediation worden bepaald door de afspraken die zij daarover in een mediationovereenkomst met elkaar maken. Mediation was tot voor kort niet als zodanig in de wet geregeld. In november 2012 heeft de Eerste Kamer echter een wet aangenomen die de Europese Mediationrichtlijn uit 2008 implementeert.⁷ Deze wet bevat bepalingen over het verschoningsrecht, de verjaring van een vordering en de executoriale kracht van een schikking via een verzoekschriftprocedure. Deze wet

is echter alleen van toepassing op grensoverschrijdende geschillen, waardoor haar bepalingen niet gelden voor het merendeel van de mediations in Nederland.

Inmiddels is er nationale wetgeving in de maak in de vorm van drie initiatiefwetsvoorstellen die niet de beperking van grensoverschrijdende geschillen kennen en beogen het sluitstuk te worden van jarenlange voorbereiding om mediation als alternatief voor de traditionele rechtspraak in het civiel recht en het bestuursrecht te verankeren en te versterken.⁸ De mediationovereenkomst wordt volgens deze wetsvoorstellen in Boek 7 BW geregeld als een species van de overeenkomst van opdracht. De regeling kent onder meer bepalingen betreffende vertrouwelijkheid en de wijze waarop een mediationovereenkomst tot stand komt en wordt beëindigd. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zal volgens deze wetsvoorstellen de verplichting worden opgenomen om in het processtuk waarmee een gerechtelijke procedure wordt ingeleid (de dagvaarding of het verzoekschrift) te vermelden of mediation is beproefd en zo neen, waarom niet. De rechter kan indien naar zijn oordeel ten onrechte geen mediation is toegepast, de vordering of het verzoek niet-ontvankelijk verklaren. Kortom, mediation wordt niet verplicht gesteld maar vanwege het risico van niet-ontvankelijkheid kan niet zomaar aan mediation voorbij worden gegaan.

Er wordt verwacht dat de rechterlijke macht na invoering van deze wetsvoorstellen, nog slechts die geschillen voorgelegd zal krijgen waarbij duidelijk is dat partijen met geen mogelijkheid onderling tot een minnelijke oplossing kunnen komen, of geschillen die zich naar hun aard of oorzaak daarvoor niet lenen. De drie afzonderlijke wetsvoorstellen vormen volgens de indener daarvan tezamen een pakket aan maatregelen dat voorziet in het positioneren van mediation als een gelijkwaardige, alternatieve vorm van geschiloplossing.⁹

Mediation heeft inmiddels een dusdanig plek in ons rechtsbestel veroverd dat advocaten steeds vaker worden geconfronteerd met (verwijzingen) naar mediation. Cliënten worden steeds mondiger en verwachten van hun advocaat dat hij weet wat mediation is en uitlegt wanneer het in hun belang kan worden toegepast. Kortom, of de advocaat het nu wil of niet, mediation is op dit moment al een 'fact of life'. De laatste nieuwe wetgevingsinitiatieven lijken het sluitstuk te gaan vormen van het toekennen van een nog grotere rol van mediation als gelijkwaardige, alternatieve vorm van geschiloplossing. Mochten deze wetsvoorstellen tot wet worden verheven, en die kans lijkt groot, dan kan een advocaat op

⁴ De Hoge Raad heeft in een belangrijk arrest (HR 20 januari 2006, NJ 2006/75) het volgende overwogen: "Gelet op de aard van het middel van mediation staat het beide partijen te allen tijde vrij hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen".

⁵ HR 10 april 2009 (LJN BG9470).

⁶ Veelal wordt het NMI Mediation Reglement van toepassing verklaard. Dit reglement voorziet in art. 7 in een gedetailleerde en uitvoerige geheimhoudingsregeling met een bewijsovereenkomst als bedoeld in art. 153 Rv.

⁷ Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Staatsblad 2012, 570).

⁸ Het betreft de volgende drie wetsvoorstellen ingediend door Tweede Kamerlid Ard van der Steur (VVD): Wetsvoorstel bevordering van mediation in het burgerlijk recht (Kamerstukken II, 2012-2013, 33 723, 2), Wetsvoorstel bevordering van mediation in het bestuursrecht (Kamerstukken II, 2012-2013, 33 727, 2) en Wetsvoorstel registermediator (Kamerstukken II, 2012-2013, 33 722, 2).

⁹ Zie MvT Wetsvoorstel bevordering van mediation in het burgerlijk recht, Kamerstukken II 2012-2013, 33 723, 3, Algemeen deel, onder Inleiding.

straffe van het risico van niet-ontvankelijkheid in het geheel niet meer om mediation heen.

V. Mediation in faillissementen?

Vaak wordt gemeend dat mediation vooral in aanmerking komt in zaken waar emoties een oplossing in de weg staan en zaken waarin partijen uiteindelijk met elkaar verder moeten. Dit doet de vraag rijzen of het toepassen van mediation in faillissementen wel zo voor de hand ligt. In vrijwel alle geschillen in faillissement zal de curator betrokken zijn, in verreweg de meeste gevallen als eisende partij. Als het goed is, staat bij hem als professionele afwikkelaar geen enkele emotie aan een oplossing in de weg. Bij zijn wederpartij is dat mogelijk anders. In ieder geval zal de continuïteit van de relatie in faillissementen in beginsel zelden een reden zijn om voor het mediationtraject te kiezen. Waarom zou mediation in faillissementen dan toch succesvol kunnen zijn? Daarvoor zijn wel enkele redenen te geven.

In de eerste plaats zal een curator, juist vanwege zijn rol van professionele afwikkelaar, in het algemeen eerder bereid zijn tot mediation dan de gemiddelde andere partij. Mediation biedt immers een kans om op korte termijn tegen lage kosten tot een aanvaardbare oplossing te komen. De curator wordt daarbij geholpen door het feit dat rechters-commissarissen, mogelijk meer dan voorheen, in het algemeen, in het algemeen terughoudend zijn bij het verlenen van machtiging voor het aanhangig maken van een procedure. In het algemeen wordt daarvoor een goed onderbouwd verzoek verlangd en een (soms meer dan) redelijke kans op succes. Daarbij kan helpen dat eerst is geprobeerd om via mediation tot een oplossing te komen. Rechters-commissarissen lijken zich ook meer en meer bewust te zijn van de vertraging van de afwikkeling van een faillissement waartoe een gerechtelijke procedure kan leiden.

Juist doordat de curator gemakkelijk aan een mediation participeert, zal in het algemeen in faillissementen eerder en gemakkelijker van mediation gebruikgemaakt kunnen worden. Daarmee is echter nog niet alles gezegd. Het gaat immers om het succes van de mediation. De kennis en vaardigheid van de mediator om emotionele blokkades te doorbreken en partijen te focussen op hun gezamenlijke agenda in de toekomst zijn daarbij in faillissementen van minder belang. Emotionele blokkades zullen zich (hopelijk) uitsluitend aan de zijde van de wederpartij van een curator voordoen en een gezamenlijke agenda in de toekomst zal meestal ontbreken. Toch lijkt in de Amsterdamse pilot wel succes geboekt te worden. Factoren die daarbij mogelijk een rol spelen zijn wellicht de openheid en vertrouwelijkheid van de mediation. Buiten mediation is een gelijke mate daarvan moeilijk(er) te bereiken. Andere mogelijke factoren zijn vooral van psychologische aard. De beslissing om aan mediation deel te nemen, legt op de betrokken partijen toch een zekere druk om een serieuze poging te doen er onderling uit te komen. Dat wordt nog versterkt door de toenemende formele setting en de aanwezigheid van een pro-

fessionele mediator. Aldus is sprake van een combinatie van een juiste mind set en optimale omstandigheden om tot een oplossing te komen. Partijen zullen daarbij veelal het gevoel hebben dat indien zij er in die mediation niet uit kunnen komen, dat vermoedelijk in de toekomst evenmin zal lukken. Een soort van 'nu of nooit'-gevoel. Ook dat bevordert dat partijen geneigd zullen zijn een serieuze poging te doen tot een oplossing te komen en daarbij wellicht bereid zullen zijn verder te gaan dan onder andere omstandigheden.

Aan het succes van mediation kan ook bijdragen dat daarmee soms meer mogelijk is dan met een gerechtelijke procedure. Het gaat er daarbij niet alleen om dat een gerechtelijke procedure veelal tot een alles-of-niets-oplossing leidt, terwijl mediation ook de mogelijkheid van een tussenoplossing biedt. Mediation geeft bijvoorbeeld ook meer mogelijkheden geschillen te combineren. Denk daarbij aan het combineren van de bestuurdersaansprakelijkheid jegens de curator (art. 2:138/248 BW) en de failliete rechtspersoon (onder meer art. 2:9 BW) met die jegens de Belastingdienst (art. 36 Invorderingswet), door de Belastingdienst in de mediation te betrekken. Een bestuurder die de mogelijkheid heeft verschillende aansprakelijkheidsrisico's in één keer te regelen zal vermoedelijk eerder tot een schikking bereid zijn. In dezelfde sfeer kan worden gedacht aan de hoofdelijke aansprakelijkheid van verschillende bestuurders en de onderlinge regresverhouding tussen die bestuurders. Alle geschillen die daarbij spelen kunnen in één mediation gecombineerd worden opgelost. Voordeel is dat iedereen dan weet waar hij of zij aan toe is.

Overigens dringt mediation op andere rechtsgebieden ook steeds verder door. Relatief veel gebruik wordt ervan gemaakt bij echtscheidingen en in burenu- en arbeidsgeschillen. Nog weinig ontwikkeld heeft zich mediation in handelsgeschillen. De verwachting is echter dat dit onder de komende nieuwe wetgeving zal veranderen.

VI. Pilot rechtbank Amsterdam

De pilot is bedoeld voor zowel geschillen die tijdens een faillissement rijzen als geschillen die tot een faillissementsaanvraag hebben geleid. Soms lijkt er bij de behandeling van een faillissementsaanvraag op zitting meer aan de hand te zijn en lost het uitspreken van het faillissement vermoedelijk niets op. De rechtbank kan dan partijen op de mogelijkheid van mediation wijzen en daarbij direct het Mediationbureau van de rechtbank inschakelen. De toegevoegde waarde hiervan is vooral gelegen in de directe beschikbaarheid van een functionaris van het Mediationbureau en de snelheid en het gemak waarmee door deze de mediation kan worden opgestart. Daarbij zijn op korte termijn ervaren mediators beschikbaar die bereid zijn om tegen een vast tarief van € 250 per uur (excl. BTW) hun diensten te verrichten. Tot nu toe is in deze pre-faillissementsfase in de pilot nog slechts éénmaal van mediation gebruikgemaakt. Overigens wel met succes.

Tijdens faillissement is aanmerkelijk meer van mediation gebruikgemaakt. In totaal gaat het sinds de aanvang van de pilot om 17 zaken. 8 daarvan lopen nog of moeten nog worden opgestart, 3 hebben niet tot overeenstemming geleid, 2 tot gedeeltelijke overeenstemming en 4 tot algehele overeenstemming. Dit is geen slechte score, zeker niet als wordt bedacht dat het veelal niet om de eenvoudigste geschillen gaat die anders vermoedelijk tot jarenlang en kostbaar procederen zouden hebben geleid. Bovendien blijken de mediations die tot nu toe hebben plaatsgevonden door de advocaten van de wederpartij van de curator vrijwel steeds zeer positief gewaardeerd te worden, ook in gevallen waarin geen resultaat is bereikt. Helaas zijn de betrokken curatoren (nog) niet over hun ervaring met mediation bevraagd. Het gaat in de pilot tot nu toe om alle soorten van geschillen waarbij steeds de curator eisende partij is. Dat laatste is uiteraard geen voorwaarde. Zaken waarin de curator gedaagde partij is komen echter minder vaak voor. Hetzelfde geldt voor renvooioprocedures waarbij de curator geen partij is.

De meeste mediations vinden plaats op initiatief van de rechter-commissaris. Bij het verzoek om machtiging als bedoeld in art. 68 lid 2 Fw tot het aanhangig maken van een gerechtelijke procedure, kan de rechter-commissaris zich de vraag stellen of de kwestie niet met mediation kan worden opgelost en dat aan de curator voorleggen. Dat laatste gebeurt in een enkel geval ook bij procedures die reeds lang lopen en die zich naar de mening van de rechter-commissaris voor mediation lenen. Vaste criteria worden daarbij niet gehanteerd en van een echt beleid is nog geen sprake. Veelal gaat het om het gevoel van de rechter-commissaris dat partijen er mogelijk te strak inzitten of nog onvoldoende hebben gedaan om zelf tot een oplossing te komen. De rechtbank is nog ervaring aan het opdoen. Een evaluatie moet nog plaatsvinden. De eerste ervaringen zijn echter positief en de pilot zal dan ook worden voortgezet. Het gaat om een Amsterdams initiatief. De pilot staat echter open voor andere rechtbanken en curatoren uit andere arrondissementen. Er loopt op dit moment één mediation van buiten het arrondissement Amsterdam.

VII. Hoe werkt het?

De procedure is heel eenvoudig. Een centrale rol wordt gespeeld door het Mediationbureau van de Rechtbank Amsterdam.¹⁰ Bij mediation op initiatief van de rechter-commissaris, neemt deze contact op met de curator en motiveert hij of zij waarom mediation mogelijk een goede optie is. Indien de curator openstaat voor mediation, neemt de rechter-commissaris contact op met het Mediationbureau. Ook de curator kan het initiatief nemen tot mediation. Verwacht wordt dat hij of zij dat eerst met de rechter-commissaris bespreekt. Verleent deze goedkeuring, dan kan de curator contact opnemen met het Mediationbureau. Verder kan iedere belanghebbende in geval van een geschil in een fail-

lissement rechtstreeks contact met het Mediationbureau opnemen. In dat laatste geval zal het Mediationbureau eerst contact met de rechter-commissaris opnemen voordat het verdere actie onderneemt.

Het Mediationbureau brengt de zaak verder door contact op te nemen met de wederpartij en mogelijke andere deelnemers aan de mediation. Deelname is uiteraard uitsluitend op vrijwillige basis. Het Mediationbureau beschikt over een lijst van speciaal voor de pilot geselecteerde professionele mediators die kennis hebben van en ervaring hebben met het faillissementsrecht. In overleg met de deelnemers aan de mediation wordt een mediator van deze lijst geselecteerd en wordt een afspraak gemaakt voor de eerste bijeenkomst. De mediator neemt vervolgens het initiatief over, en zorgt voor het opstellen en ondertekenen van een mediationovereenkomst en geheimhoudingsverklaringen.

De mediation neemt minimaal één dagdeel in beslag, en telt gemiddeld twee tot drie bijeenkomsten. De duur van een mediationstraject is gemiddeld 4 tot 8 weken. De partijen bij de mediation zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor de betaling van de kosten van de mediator, tenzij anders is afgesproken. Deze kosten zijn in de pilot vastgesteld op € 250 per uur (excl. BTW).

VIII. Tot slot

De rechtbank Amsterdam heeft een voorzichtige stap gezet naar mediation in geschillen die zich in faillissementen voordoen. De eerste resultaten zijn hoopgevend. Dit in combinatie met de op korte termijn te verwachten inwerkingtreding van nieuwe wetgeving, maakt dat curatoren er goed aan doen nu reeds serieus in voorkomende gevallen mediation te overwegen. De rechtbank Amsterdam heeft het curatoren daarbij gemakkelijk gemaakt. Zij kunnen immers gebruikmaken van de faciliteiten van die rechtbank, met name het daar gevestigde Mediationbureau en de door dat bureau opgestelde lijst van gekwalificeerde mediators die bereid zijn tegen een gematigd tarief hun diensten te verrichten.

¹⁰ E-mailadres: mediationbureau.rb.amsterdam@rechtspraak.nl.