

4. Mediation in de WHOA

De inzet van mediation(vaardigheden) om de slagingskans van WHOA-trajecten te vergroten

MR. A.J.A. JANSEN EN MR. M-H.S. BERGHUIJS

In deze bijdrage onderzoeken de auteurs hoe mediation bij (potentiële) geschillen kan worden ingezet om een akkoord onder de WHOA tot stand te brengen. Hoewel een WHOA-akkoord op basis van consensus het uitgangspunt is en de mogelijkheid van een dwangakkoord als uiterste redmiddel dient, kunnen zich in een WHOA-traject talrijke geschilpunten voordoen. De auteurs concluderen dat verschillende factoren de slagingskans van een mediation in een WHOA-traject vergroten. Eén daarvan is de onderhandelingsbereidheid van betrokkenen. Deze onderhandelingsbereidheid wordt vergroot door het belang van deal certainty, het ontbreken van een appelmogelijkheid in de WHOA en het gemeenschappelijk belang een faillissement te voorkomen. Verder beschrijven de auteurs diverse WHOA-geschillen die zich lenen voor mediation. Tot slot wijzen zij erop dat ook de toepassing van mediationvaardigheden door een herstructureringsdeskundige of observator van meerwaarde kan zijn in een WHOA-traject. Ook op die manier kan mediation bijdragen aan de slagingskans van een WHOA-traject.

1. Inleiding

Op 1 januari 2021 trad de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) in werking, met als doel om het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject te versterken.¹ De WHOA is er primair op gericht om via onderhandelingen een onderhands akkoord tot stand te brengen. De achterliggende gedachte daarbij is dat de mogelijkheid van een dwangakkoord als uiterste redmiddel, het bereiken van overeenstemming over een onderhands akkoord zal vergemakkelijken.² Hoewel een akkoord op basis van consensus het uitgangspunt is, zijn er potentieel talrijke onderwerpen van geschil waarmee een schuldenaar en schuldeisers in een WHOA-traject geconfronteerd kunnen worden.

De WHOA voorziet in de mogelijkheid voor de schuldenaar of herstructureringsdeskundige om de rechtbank te vragen om vroegtijdige beslissingen te nemen (art. 378 Fw) of voorlopige voorzieningen te treffen (bijv. het afkondigen van een afkoelingsperiode, het verlenen van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen met een mogelijk paulianeus karakter en het doen van uitspraak in geschillen over het akkoord). Betwijfeld kan worden of deze middelen alleen toereikend zijn om *deal certainty* te waarborgen en een onderhands akkoord te bereiken.

Hoewel in de WHOA, noch in de parlementaire geschiedenis aandacht is besteed aan de inzet van mediation in een WHOA-traject, kan mediation van grote meerwaarde zijn geschillen te voorkomen en te beslechten. In deze bijdrage onderzoeken wij op welke wijze en in welke gevallen mediation bij (potentiële) geschillen kan worden ingezet om een akkoord tot stand te brengen.

Allereerst schetsen we de achtergrond met een beknopte uitleg van de WHOA en mediation (paragraaf 2). Vervolgens inventariseren we de potentiële geschilpunten die zich tijdens een WHOA-traject zoal kunnen voordoen en of deze geschilpunten zich lenen voor mediation (paragraaf 3). Daarnaast worden de verschillende rollen die een mediator kan vervullen besproken. We sluiten af met een conclusie (paragraaf 4).

2. Achtergrond

2.1 WHOA

De WHOA ziet primair op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. Het doel van de WHOA is het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken.³

Voordat de WHOA in werking trad ontbrak in Nederland een wettelijke regeling voor een dwangakkoord buiten

¹ Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 1/2.

² Idem. Zie ook B.J. Tideman & S. Harinck, 'Consensueel onderhandelen binnen de context van de WHOA. Speak softly and carry a big stick, you will go far', *FIP* 2021/131.

³ Zie Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 1 (MvT).

faillissement. Dat betekende dat voor de totstandkoming van een onderhands schuldsaneringsakkoord instemming was vereist van alle betrokken vermogensverschaffers – dat wil zeggen schuldeisers en aandeelhouders. Dit gaf elke individuele vermogensverschaffer een prikkel om instemming te weigeren en daarmee een betere positie voor zichzelf te creëren. Dat maakte het moeilijk en vaak onmogelijk om tot overeenstemming te komen en een akkoord te bereiken. Obstructief gedrag van één of enkele dwarsliggende schuldeisers of aandeelhouders leidde er in de praktijk vaak toe dat de onderneming alsnog failliede. De WHOA beoogt een oplossing te bieden voor dit probleem.⁴

Als gezegd, is het de bedoeling van de wetgever dat de WHOA het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject versterkt en dat de mogelijkheid van een dwangakkoord dient als ‘uiterste redmiddel’. Omdat de WHOA een effectief middel biedt om een oplossing gerechtelijk op te laten leggen kunnen partijen in het minnelijke herstructureringstraject onderhandelen tegen de achtergrond van een dwangakkoord als alternatief. De verwachting is dat dwarsliggers daardoor minder gauw kunnen overvragen, hetgeen het bereiken van overeenstemming zal vergemakkelijken. ‘Het enkele feit dat er een effectieve en efficiënte regeling bestaat die leidt tot een snelle finale beslissing van de rechter, kan de noodzaak van een daadwerkelijke gang naar de rechter voorkomen’, aldus de memorie van toelichting.⁵

De rol van de rechter in een WHOA-traject is tot de homologatie in beginsel beperkt.⁶ De rechter wordt mogelijk pas laat in een dergelijk traject betrokken. Evenwel kan de rechter op verzoek van de schuldenaar of herstructureringsdeskundige diverse maatregelen treffen om de *deal certainty* te vergroten door zekerheid te krijgen of sprake is van een afwijzingsgrond. Daarbij valt te denken aan het afkondigen van een afkoelingsperiode (art. 376 Fw), het treffen van maatwerkvoorzieningen, zoals het aanstellen van een observator (art. 379 en 380 Fw) of het doen van een tussentijdse uitspraak over relevante aspecten (aspectenverzoek, art. 378 Fw). Van belang daarbij is dat enkel de schuldenaar en herstructureringsdeskundige een verzoek kunnen doen tot het verlenen van een afkoelingsperiode, het treffen van maatwerkvoorzieningen of een tussentijdse uitspraak.⁷

4 De invoering van de WHOA loopt min of meer parallel met de Europese richtlijn EU 2019/1023 betreffende herstructurering en insolventie (Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie). Deze richtlijn verplicht lidstaten om met waarborgen omklede pre-insolventieprocedures op te nemen in hun nationale wetgeving.

5 Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 2 (MvT).

6 *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 19 (MvT).

7 Het treffen van maatwerkvoorzieningen kan de rechter overigens ook ambtshalve doen.

Belangrijke stakeholders, de schuldeisers en aandeelhouders, komt deze bevoegdheid niet toe.⁸ Zij zijn aangewezen om op andere wijzen hun belangen veilig te stellen, bijvoorbeeld in onderhandelingen met de schuldenaar zelf, door de rechtbank te verzoeken een herstructureringsdeskundige aan te stellen⁹ of – als ultimum remedium – door tegen het akkoord te stemmen en een beroep te doen op afwijzingsgronden voor een homologatieverzoek.¹⁰

2.2 Mediation

Voor we ingaan op de vraag of mediation van toegevoegde waarde kan zijn als alternatief of in aanvulling op de wettelijke mogelijkheden van geschilbeslechting onder de WHOA, eerst een omschrijving van het begrip mediation en de toepassing daarvan in een WHOA-traject. Wij gaan hierbij uit van het begrip mediation zoals door Breninkmeijer gedefinieerd als ‘*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*’.¹¹ Mediation is niet afdwingbaar en partijen kunnen medewerking aan mediation weigeren als zij daarvan de noodzaak of het nut niet inzien. Mediation in de WHOA kan gezien worden als een subcategorie binnen zakelijke mediation.¹²

Hoewel in de (parlementaire geschiedenis van de) WHOA geen aandacht wordt besteed aan mediation, wordt de meerwaarde daarvan in herstructureringsliteratuur en op Europees niveau wel degelijk onderkend. Volgens Adriaanse leent mediation zich bij uitstek voor ‘*de verbetering van onderlinge communicatie, het kweken van begrip en het herstel van vertrouwen: de absolute succesfactoren van reddingsoperaties*’.¹³

In het kader van harmonisatie van herstructureringsprocedures op Europees niveau¹⁴ is ook relevant het onderzoeksproject ‘Rescue of Business in Insolvency Law’, een onderzoek op initiatief van het European Law Institute.¹⁵ Dit onderzoek leidde tot het ‘Business Rescue Instrument’ met 115 aanbe-

8 Overigens rust op schuldeisers en aandeelhouders wel de plicht tijdig te klagen als hen een (mogelijke) afwijzingsgrond bekend wordt (art. 383 lid 9 Fw). Als zij eerder op de hoogte waren of redelijkerwijs hadden moeten zijn van een (mogelijke) afwijzingsgrond, maar daarover niet tijdig bij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige hebben geklaagd, komt hen geen beroep meer toe op die afwijzingsgrond.

9 Art. 371 Fw.

10 Art. 381 Fw (stemming), en art. 383 en art. 384 Fw (afwijzingsgronden).

11 A. Breninkmeijer, *Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu 2017, p. 32.

12 Zie Eijsbouts & Schoneville in *Handboek Mediation*, over zakelijke mediation, par. 18.7, p. 573 e.v.

13 J.A.A. Adriaanse, ‘Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden?’, *TMD* 2006/3.

14 De mediationaanbevelingen ten spijt, zijn er overigens geen bepalingen over mediation opgenomen in de Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie.

15 Zie hierover ook: J.M.G.J. Boon, J.A.A. Adriaanse en M.A. Branger, ‘Business Rescue. Een Europese studie naar verbetering van het reorganiserend vermogen van ondernemingen in zwaar weer’, *TvI* 2018/21.

velingen.¹⁶ Binnen het Business Rescue Instrument speelt mediation ook een rol. Zo luidt een van de aanbevelingen dat lidstaten zouden moeten overwegen expliciete bepalingen op te nemen over de rol die mediators bij herstructureringen zouden kunnen vervullen om zo onnodige kosten te voorkomen en partijen effectief bijstaan kunnen worden om tot een akkoord over een herstructureringsplan te komen.¹⁷ Voorwaarde is dat de mediator onafhankelijk is¹⁸:

‘Member States should consider making more explicit provision for the involvement of mediators to resolve restructuring and insolvency disputes. Member States should recognize that the performance of a task in matters of restructuring and insolvency by a mediator could avoid unnecessary costs and could effectively assist parties in reaching a compromise on a restructuring plan, under the condition that a mediator acts independently.’

Naar aanleiding van deze aanbevelingen, schrijven Boon, Adriaanse en Branger dat het juist in een vorm van reorganisaties zoals de WHOA, voor de hand ligt dat gespecialiseerde mediation kan helpen om patstellingen weg te nemen.¹⁹ Dit geldt volgens hen temeer omdat de WHOA als uiterst middel wordt gezien om een in beginsel minnelijk akkoord te bewerkstelligen.

Volgens Brenninkmeijer kan niet gesteld worden dat mediation bij een bepaald soort geschillen toepasbaar is en bij andere niet. Wel spelen verschillende factoren een rol die doorslaggevend kunnen zijn voor de slagingskans van mediation. Uit onderzoek binnen het project ‘Mediation naast rechtspraak’ – waarin vanaf begin 2000 onder meer onderzocht werd of in civiele procedures structureel plaats is voor mediation – blijkt dat drie factoren van doorslaggevend belang zijn voor de slagingskans van mediation.²⁰ Die factoren zijn: (i) de mate van onderhandelingsbereidheid, (ii) de mate van onderhandelingsruimte en (iii) de escalatiegraad van het conflict. Daarnaast spelen andere factoren een rol die mogelijk de slagingskans van mediation in insolventie beïnvloeden, zoals (vi) emoties, (vii) gemeen-

schappelijke belangen en (viii) de materiedeskundigheid van een mediator. Wij zullen hierna bespreken in hoeverre deze factoren bij mediation in de WHOA een rol (kunnen) spelen.²¹

i. Onderhandelingsbereidheid

De eerste vraag is of de partijen die tijdens een WHOA-traject in geschil raken bereid zijn om met elkaar aan tafel te onderhandelen over wat hen verdeeld houdt. In algemene zin kan aan de bereidheid tot mediation in zakelijke geschillen een aantal belemmeringen in de weg staan, zoals (i) de strategie, bijvoorbeeld om via een rechtsgang druk uit te oefenen op de wederpartij, (ii) de verwachting dat een vonnis van de rechter nodig is om de achterban te laten zien dat het onderste uit de kan is gehaald of (iii) de verwachting dat het voorstellen van mediation door de wederpartij als zwakgebod wordt gezien.²²

Voor de schuldenaar kan deal certainty van invloed zijn op zijn onderhandelingsbereidheid.

Gelet op het feit dat een dwangakkoord kan worden opgelegd, is de verwachting dat schuldeisers en aandeelhouders minder geneigd zijn om dwars te liggen.²³ Er mag van uit worden gegaan dat er bij schuldeisers en aandeelhouders met die stok achter de deur onderhandelingsbereidheid is. Daar komt bij dat schuldeisers en aandeelhouders niet de mogelijkheid hebben de rechtbank te verzoeken om een tussentijdse uitspraak over relevante aspecten (vroegtijdige beslissingen van art. 378 Fw) en zij ook niet om voorlopige voorzieningen kunnen vragen (art. 379 Fw).²⁴ De alternatieven voor de schuldeisers en aandeelhouders zijn dan ook beperkt, wat de onderhandelingsbereidheid ten goede komt.²⁵

16 De volledige naam luidt: ELI Instrument on Rescue of Business in Insolvency Law.
 17 In landen als Portugal en Spanje zijn in het kader van pre-insolventie-maatregelen expliciete bepalingen over mediation opgenomen. In Spanje wordt bij een buitengerechtelijk akkoord een insolventiebemiddelaar benoemd. Aan die insolventiebemiddelaar wordt onder meer het vereiste gesteld dat hij 100 uur mediationstraining heeft gevolgd. Portugal kent in het kader van financiële reorganisatie een buitengerechtelijk mediationtraject. Zie hierover de bijdrage van Schreurs, ‘De nieuwe Insolventie-Advocaat’, in: R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en de Failliet* (Insolad Jaarboek 2019), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 111 e.v.
 18 Aanbeveling 1.07 Business Rescue Report. Zie ook M.G.J. Boon, J.A.A. Adriaanse & M.A. Branger, ‘Business Rescue’, *Tvl* 2018/21.
 19 Aanbeveling 1.07 Business Rescue Report. Zie ook M.G.J. Boon, J.A.A. Adriaanse & M.A. Branger, ‘Business Rescue’, *Tvl* 2018/21.
 20 Zie A. Brenninkmeijer in *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2017, par. 1.9, p. 49 en ook M. Pel in *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2017, par. 16.3.2, p. 470.

21 Wij beperken ons hier tot de genoemde factoren, maar merken daarbij op dat andere factoren natuurlijk eveneens een rol kunnen spelen bij de slagingskans van mediation in de WHOA. Verder staan deze factoren los van de voor- en nadelen die verbonden kunnen zijn aan mediation, waar wij hier verder niet op in zullen gaan.
 22 Thomas, De Kort, Schutte & Schonewille, *ZAM/ACB Onderzoek naar Kansen en Belemmeringen voor Zakelijke Mediation*, Utrecht, Montaigne Centrum voor Rechtspraak en Rechtspleging 2018. <https://www.reulingschutte.nl/wp-content/uploads/2018/09/ZAM-ACB-Onderzoeksrapport.pdf>
 23 Zie ook: B.J. Tideman & S. Harinck, ‘Consensueel onderhandelen binnen de context van de WHOA. Speak softly and carry a big stick, you will go far’, *FIP* 2021/131.
 24 De reden dat schuldeisers en aandeelhouders niet zelf de bevoegdheid hebben tussentijdse verzoeken bij de rechtbank te doen, is dat de wetgever schuldeisers en aandeelhouders niet de mogelijkheid wilde geven om een kansrijk herstructureringstraject te traineren (*Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 21 (MvT)).
 25 Wij noemen hier de aandeelhouders expliciet, omdat deze in de genoemde wetsbepalingen worden genoemd. De specifieke rol van aandeelhouders is in de WHOA verder beperkt – zo is er geen goedkeuring van de aandeelhouders nodig om een WHOA-akkoord aan te bieden (art. 370 lid 5 Fw) – en wij zullen aandeelhouders verder niet afzonderlijk noemen in dit artikel.

Voor de schuldenaar kan *deal certainty* van invloed zijn op zijn onderhandelingsbereidheid. Hoewel de schuldenaar met een verzoek om een vroegtijdige beslissing de mogelijkheid heeft via de rechter duidelijkheid te krijgen, brengt dit kosten en vertraging met zich. Bovendien is de uitkomst hiervan onzeker. Als in onderhandelingen geschilpunten kunnen worden beslecht, neemt dit de onzekerheid weg dat dwarsliggende schuldeisers uitwegen blijven zoeken om een WHOA-traject te frustreren, tot het tegenstemmen en het opwerpen van afwijzingsgronden bij het homologatieverzoek aan toe.²⁶

Voor alle betrokkenen, maar wellicht het meest voor de schuldeisers, kan de onderhandelingsbereidheid ook gelegen zijn in het ontbreken van een rechtsmiddel tegen een homologatiebeslissing van de rechtbank in het WHOA-traject. In geval van homologatie leggen partijen de beslissing volledig in handen van de rechter. In mediation kunnen schuldeisers zelf invloed uitoefenen op de oplossing van het geschil.

Schuldeisers hebben überhaupt slechts in beperkte mate invloed op het verloop van een WHOA-traject. Dit gebrek aan controle kan de onderhandelingsbereidheid van schuldeisers, maar ook van andere betrokkenen vergroten. Bij een minnelijke oplossing behouden zij immers zelf de regie. De schuldenaar kan op zijn beurt (deels) de regie kwijtrafen als een herstructureringsdeskundige wordt benoemd, omdat de herstructureringsdeskundige exclusief bevoegd is een akkoord aan te bieden.²⁷

Het behoud van de relatie kan eveneens bijdragen aan de onderhandelingsbereidheid. Waar het een reorganisatieakkoord – en geen liquidatieakkoord – betreft kunnen sommige relaties voor de schuldenaar cruciaal zijn voor het verdere voortbestaan van de onderneming. De bereidheid geschillen in der minne op te lossen zal bijdragen aan het behoud van de relaties, helemaal als het partijen lukt te streven naar een bedrijfsmatige oplossing waarmee de belangen van alle partijen optimaal zijn gediend (win-win).

Op basis van het voorgaande is onze inschatting dat de onderhandelingsbereidheid in een WHOA-traject minstens even groot zal zijn als in andere zakelijke geschillen en waarschijnlijk zelfs groter vanwege het dreigende alternatief: de mogelijkheid van een dwangakkoord of een faillissement en de onzekerheid over de uitkomst van het WHOA-traject.

26 Zie hierover ook: M.A. Broeders, E.J. Oppedijk van Veen & P.R.H. Wolterman, 'De Wet Homologatie Onderhands Akkoord, vanuit een *Litigators* perspectief', *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2019-2020*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 321 e.v.

27 Art. 371 lid 1 Fw. Een belangrijke nuance daarbij is dat als de herstructureringsdeskundige een akkoord wil aanbieden en het een mkb-bedrijf betreft, hiervoor toestemming van de schuldenaar vereist is (art. 381 lid 2 Fw). Voor de definitie van mkb-bedrijf is aansluiting gezocht bij de Europese definitie van dit begrip (MvT, *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, nr. 3, p. 61). Op basis van deze definitie kwalificeert het gros van de Nederlandse bedrijven als mkb-bedrijf.

ii. Onderhandelingsruimte

In het verlengde van de onderhandelingsbereidheid ligt de onderhandelingsruimte die (mede) bepaald wordt door de BAZO: het beste alternatief zonder onderhandelen.²⁸ Hebben partijen die tijdens een WHOA-traject in geschil raken voldoende mogelijkheid om elkaar iets te bieden?

Totdat het voorstel in stemming is gebracht is het traject buitengerechtelijk en is er ruimte voor onderhandeling over het akkoord. De schuldenaar heeft veel vrijheid bij de vormgeving van het akkoord: welke partijen hij in het akkoord betreft, welke rechten worden gewijzigd en hoe de klassen worden ingedeeld. Ondergrens daarbij zijn de algemene afwijzingsgronden van art. 383 Fw die ambtshalve door de rechter worden getoetst en de aanvullende afwijzingsgronden van art. 384 Fw waar een tegenstemmer een beroep op kan doen. Kort gezegd, zien de algemene afwijzingsgronden op formele vereisten, bijvoorbeeld op het vereiste of sprake is van een dreigende insolventie. De aanvullende afwijzingsgronden zien op materiële, inhoudelijke, vereisten, zoals het vereiste van de *best interest test* en het waarborgen van de rangorde van schuldeisers (de *priority rule*).

Het waarborgen van de rangorde van schuldeisers vormt de grootste beperking van de onderhandelingsruimte en daarmee mogelijk een belemmering voor het slagen van mediation. Nuancering daarop is dat enkel een beroep op de *priority rule* kan worden gedaan door een tegenstemmende schuldeiser of aandeelhouder die deel is van een tegenstemmende klasse.²⁹ Bovendien is onder bepaalde voorwaarden afwijking van de *priority rule* mogelijk als daarvoor een redelijke grond bestaat en de genoemde schuldeisers of aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad.³⁰

Binnen de grenzen van deze afwijzingsgronden is er dus ruimte voor onderhandeling. Of de schuldenaar ook daadwerkelijk iets te bieden zal hebben aan zijn wederpartij zal afhangen van de situatie, de mate waarin kan worden beschikt over (aanvullende) financiering³¹ en de BAZO. Als een schuldenaar het vooruitzicht heeft dat een dwangakkoord zal worden gehomologeerd en dat dat dwangakkoord voordeliger is dan een regeling met de wederpartij, dan zal de onderhandelingsruimte van de schuldenaar beperkt zijn.

iii. Escalatiegraad van het conflict

Daarnaast kan de escalatiegraad, de mate waarin het geschil is geëscaleerd, van invloed zijn op de bereidheid

28 Zie A. Brennkinkmeijer, *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2017, par. 5.9.1, p. 149. Zie ook Tideman, Curator en mediation: 'you can lead a horse to water, but can you make it drink?', *Tijdschrift voor Curatoren* 2017/4, p. 147.

29 Art. 384 lid 4 onder b Fw.

30 Idem. Zie ook *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, nr. 3, p. 49 (MvT).

31 De reorganisatiewaarde zal van invloed zijn op de financieringsmogelijkheden.

tot mediation en de kans van slagen daarvan.³² Naarmate het geschil verder is geëscaleerd zullen partijen zich ook steeds verder ingraven in hun eigen standpunten en daardoor steeds minder oog hebben voor de standpunten en belangen van de andere partij. In gevallen van (dreigende) insolventie kan de oorzaak van escalatie volgens Tideman gelegen zijn in het wederzijds ontbreken van empathie.³³ Waar Tideman het hierbij specifiek heeft over de curator en mediation, kan in de WHOA hetzelfde gelden voor een herstructureringsdeskundige. Het ontbreken van empathie kan gelegen zijn in diens positie. De herstructureringsdeskundige dient zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit te voeren.³⁴ Vanuit die positie bezien, zal de herstructureringsdeskundige objectieve criteria aan zijn beslissingen ten grondslag leggen. Hij zal willen voorkomen dat persoonlijke gevoelens een rol spelen en zal zich mogelijk niet vatbaar tonen voor medelijden met of sympathie voor de schuldeisers.³⁵ Andersom, kan de herstructureringsdeskundige door de schuldeisers gezien worden als de personificatie van de teleurstelling veroorzaakt door de staat van dreigende insolventie waarin de schuldenaar verkeert. De schuldeisers kunnen daarom op diens beurt ook weinig sympathie voor de herstructureringsdeskundige voelen. Door de wederpartij uitleg te geven over de rol en houding van de herstructureringsdeskundige kan escalatie wellicht afnemen.³⁶

Dat de escalatiegraad doorslaggevend kan zijn voor de slagingskansen van mediation, staat wat ons betreft niet ter discussie.³⁷ Daarbij kunnen wel twee kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste blijkt uit onderzoek naar zakelijke mediation door de Vereniging Zakelijke Mediation en de Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven dat de escalatiegraad in de praktijk geen belemmering lijkt te zijn.³⁸ Ten tweede is de escalatiegraad van geschillen in geval van dreigende insolventie, zoals bij een WHOA, waarbij er perspectief is op een voor alle betrokkenen betere uitkomst dan faillissement, juist (nog) niet te hoog om een mediation te laten slagen.

iv. Emoties

Dat emoties een belangrijke rol kunnen spelen bij escalatie van een conflict staat wat ons betreft evenmin ter discussie.

Wel plaatsen wij vraagtekens bij aannames van auteurs dat emoties bij zakelijke mediation – waaronder ook mediation in de WHOA kan worden geschaard – geen of een kleine rol zou spelen.³⁹ Wij delen de mening van Tideman dat een curator – net zoals een herstructureringsdeskundige – zal willen voorkomen dat persoonlijke gevoelens een rol spelen, maar betwijfelen of dit in de praktijk ook altijd lukt. En met Draaijer en Van Hees hopen wij dat emotionele blokkades zich uitsluitend aan de zijde van de wederpartij van een curator zullen voordoen, maar vragen wij ons af of dat een realistische gedachte is.⁴⁰ Verder verklaart Croiset van Uchelen het feit dat mediation binnen het ondernemingsrecht nog geen vlucht heeft genomen doordat ‘*ondernemingsrechtelijke conflicten vaak (maar niet altijd) een zakelijk en minder een persoonlijk of emotioneel karakter kennen*’.⁴¹

Wij vragen ons af waar deze veronderstellingen op gebaseerd zijn en of deze op zijn plaats zijn.⁴² Wellicht zullen betrokkenen bij zakelijke geschillen eerder kalm en beheerst overkomen dan bijvoorbeeld in geval van een echtscheiding, al valt dat in geval van een dreigende insolventie nog te bezien. Achter kalm en beheerst gedrag kunnen echter net zo goed emoties als angst en woede ten grondslag liggen. De veronderstelling dat emoties geen of een beperkte rol spelen bij zakelijke geschillen, zoals geschillen in insolventie, zou naar ons idee weleens een ongefundeerde overschatting (en ‘*wishful thinking*’) kunnen zijn door personen die zelf werkzaam zijn in die zakelijke dienstverlening, zoals advocaten en curatoren. Wat daar ook van zij: emoties kunnen een beperkende rol spelen in de slagingskansen van onderhandelingen, of die emoties nu enkel aan de zijde van de schuldeisers of ook aan de zijde van bijvoorbeeld een herstructureringsdeskundige een rol spelen. Juist doordat in mediation wel aandacht wordt geschonken aan de onderliggende emoties, kan mediation naar ons idee juist van grote toegevoegde waarde zijn voor de beslechting van geschillen in insolventie.

v. Gemeenschappelijke belangen

In een situatie van dreigende insolventie, zoals in een WHOA-traject, is het gemeenschappelijke belang evident: het voorkomen van het faillissement, zodat een betere uitkomst wordt bereikt dan in geval van faillissement. Met de ‘*best interest*’-test, ook wel ‘*no creditor worse off*’-test, van art. 384 Fw is dit belang ook als voorwaarde in de WHOA verankerd.⁴³ Anderzijds zijn er duidelijk ook tegen-

32 Zie Prein over het escalatiemodel van Glasl in *Handboek Mediation* 2017, par. 4.4.2, p. 124 e.v.

33 B.J. Tideman, ‘Curator en Mediation. You can lead a horse tot water, but can you make it drink?’, *Tijdschrift voor Curatoren* 2017, nr. 4, p. 147.

34 Art. 371 lid 6 Fw.

35 Volgens Tideman geldt dit in ieder geval voor de doorsnee curator (Tideman, Curator en mediation: ‘you can lead a horse to water, but can you make it drink?’, *Tijdschrift voor Curatoren* 2017/4, p. 147.).

36 Tideman doet deze suggestie ten aanzien van de curator en mediation (Tideman, p. 149).

37 Zie Prein over het escalatiemodel van Glasl in *Handboek Mediation* 2017, par. 4.4.2, p. 124 e.v.

38 ZAM/ACB, Onderzoek naar kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation onder advocaten, bedrijven en rechters in Nederland, 2018 p. 25, 37, 50 en 62-63): <https://www.reulingschutte.nl/wp-content/uploads/2018/09/ZAM-ACB-Onderzoeksrapport.pdf>.

39 A. Draaijer & A. van Hees, ‘Pilot mediation in faillissementen’, *TvI* 2013/40, p. 3; A.R.J. Croiset van Uchelen, ‘De hype van mediation gerelativeerd’, *Ondernemingsrecht* 2016/3, p. 1.

40 A. Draaijer & A. van Hees, ‘Pilot mediation in faillissementen’, *TvI* 2013/40, p. 3.

41 A.R.J. Croiset van Uchelen, ‘De hype van mediation gerelativeerd’, *Ondernemingsrecht* 2016/3, p. 1.

42 Zie ook Prein die aankaart dat door de grote nadruk die in mediation wordt gelegd op onderhandelen en op de zakelijke belangenconflicten, de rol van emoties in conflicten nog wel eens onderbelicht blijft in de literatuur (Prein in, *Handboek Mediation* 2017, par. 4.3).

43 Art. 384 lid 3 Fw.

strijdige belangen: de schuldenaar zal zijn schuldeisers zo min mogelijk willen betalen, terwijl schuldeisers zo veel mogelijk van hun vordering betaald willen krijgen. Bovendien hebben schuldeisers onderling weliswaar hetzelfde, maar wel tegenstrijdige belang in die zin dat zij er belang bij hebben dat de ander zo min mogelijk en zij zelf zo veel mogelijk van hun vordering betaald krijgen.

Materiedeskundigheid bevordert de snelheid en kwaliteit van een mediation, omdat dit helpt in een vroeg stadium de haalbaarheid van oplossingsrichtingen te beoordelen.

vi. De materiedeskundigheid van een mediator

Uit onderzoek is gebleken dat materiedeskundigheid in de markt als vereiste wordt gezien voor mediation in insolventie. Het belang van materiedeskundigheid blijkt alleen al uit de protocollen van de verschillende rechtbank pilots op het gebied van mediation in insolventie. Bij alle pilots werden (uitsluitend) mediators ingeschakeld met een voor de faillissementspraktijk relevante achtergrond.⁴⁴ Auteurs als Adriaanse en Van Beukering-Rosmuller, Croiset van Uchelen en Brink onderschrijven het belang van inhoudelijke kennis van de mediator eveneens. Adriaanse en Van Beukering-Rosmuller hebben het daarbij specifiek over mediation in de voorfase, bij dreigende insolventie, en noemen materiedeskundigheid essentieel.⁴⁵ Croiset van Uchelen heeft het over mediation in het ondernemingsrecht waarbij hij – onder verwijzing naar de Vereniging Corporate Mediation – stelt dat inhoudelijke deskundigheid van groot belang is en dat een ondernemingsrechtelijke mediation vaak meer kans van slagen heeft als de mediator inhoudelijke kennis heeft.⁴⁶ En tot slot Brink die aan dit onderwerp een boek wijdde: '(Business) mediation en materiedeskundigheid'.⁴⁷ Brink wijst erop dat het wenselijk kan zijn dat de mediator een inhoudelijk oordeel geeft over (onderdelen van) het geschil.

In lijn hiermee volgt uit onderzoeken – niet specifiek gericht op mediation in insolventie, maar op zakelijke mediation in het algemeen – dat betrokkenen een gespecialiseerde mediator met daadkracht en voldoende inhoudelijke expertise wensen. Wij verwijzen bijvoorbeeld naar het onderzoek van de ZAM/ACB naar kansen en belemmeringen voor

zakelijke mediation, gepubliceerd in november 2018.⁴⁸ Ook internationaal onderzoek bevestigt dat een materiedeskundige mediator in zakelijke mediation vaak een pre is, zo blijkt bijvoorbeeld uit de enquêtes afgenomen in januari-maart 2013 door het International Mediation Institute.⁴⁹ Ook in een WHOA-traject zal de materiedeskundigheid van de mediator van belang zijn alleen al omdat tijd een cruciale factor is.⁵⁰ Een mediator met kennis van zaken, heeft sneller begrip van het geschil en de verschillende belangen. Materiedeskundigheid komt ten goede aan de snelheid en kwaliteit van een mediation, omdat dit helpt in een vroeg stadium de haalbaarheid van oplossingsrichtingen te beoordelen. Als een oplossingsrichting niet haalbaar blijkt, denk bijvoorbeeld aan een 'sluipakkoord', dan behoeft daar ook geen tijd meer aan besteed te worden. Juist in een WHOA-traject waar het dwingendrechtelijke kader van de faillissementswet geldt, is materiedeskundigheid dus van grote toegevoegde waarde. Een belang dat daarmee samenhangt, is dat een mediator met materiedeskundigheid meer sturend kan zijn in een geschil en zo nodig een oordeel over (een deel van het) geschil kan geven.⁵¹ Het risico kan hierbij op de loer liggen dat partijen hun autonomie verliezen en de mediator zijn neutraliteit. Verder bestaat het risico dat het conflict verjuridiseert. Anderzijds kan aangevoerd worden dat als er vanuit partijen behoefte bestaat aan juridisch inhoudelijke sturing, met deze werkwijze juist tegemoet wordt gekomen aan de behoefte van partijen en – als wij de onderzoeken mogen geloven – in meer algemene zin aan de behoefte in de praktijk. Door die behoefte voorop te stellen, wordt juist tegemoetgekomen aan de partij autonomie.

3. Toepassing mediation in WHOA-traject

3.1 Geschilpunten

Zoals hiervoor aangegeven is het voor iedere herstructurering kenmerkend dat er de belangentegenstellingen zijn tussen de verschillende betrokken partijen.⁵²

Daarnaast kan sprake zijn van een ongelijk speelveld tussen de betrokken partijen bij een WHOA, bijvoorbeeld omdat sterke partijen, zoals een grootaandeelhouder of bank, toegang hebben tot administratieve bedrijfsgegevens en daarmee een informatievoorsprong hebben ten opzichte

44 Op de website van de Stichting Insolventie Mediation ('SIM') zijn protocollen van de verschillende rechtbanken opgenomen: <https://insolventie-mediation.nl/>. De SIM speelde een belangrijke rol bij het opzetten van de verschillende pilots.

45 J.A.A. Adriaanse & E.J.M. Beukering-Rosmuller, 'ADR/mediation bij (dreigende) insolventie', *TvA* 2014/51, par. 4, p. 118.

46 A.R.J. Croiset van Uchelen, 'De hype van mediation gerelativeerd', *Ondernemingsrecht* 2016/3, par. 5-6, p. 3-4.

47 M. Brink, *(Business) mediation en materiedeskundigheid*, BJu 2012.

48 <http://www.vereniging-zam.nl/wp-content/uploads/2018/12/ZAM-ACB-Onderzoeksrapport-met-bijlagen.pdf>. Verder verwijs ik naar het onderzoek met de titel: 'Hoe denken Zuidas-advocaten over mediation?', waarover Smeehuijzen in het Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement publiceerde (Smeehuijzen 2016).

49 IMI (2013), 'IMI International Corporate Users ADR Survey January-March 2013': https://www.fdn.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_23457.pdf

50 S.R.F. Aarts & S. Jansen, 'Afwegingen bij een WHOA-procedure', *Wet Hologatie Onderhands Akkoord* 2021/7.3.2.

51 Hiermee wordt overigens de klassieke rol van de faciliterende mediator verlaten. Deze neigt meer naar de rol van een evaluatieve mediator (Zie Prein, Benaderingen in het *Handboek Mediation*, Den Haag; Sdu 2017, hoofdstuk 10, p. 259 e.v. over de verschillende mediation stijlen).

52 Paragraaf 2.2 onder (v). Zie ook R.D. Vriesendorp, 'WHOA-procedures: iets voor het Netherlands Commercial Court?', *Tvl* 2020/48, p. 346.

van kleinere schuldeisers. Deze sterke partijen hebben bovendien een ruimer budget voor het inschakelen van experts om informatie, zoals waarderingen, te toetsen.⁵³

De belangentegenstellingen en krachtsverschillen vormen een spanningsveld en daarmee een bron voor geschillen. Hierna wordt een aantal mogelijke geschilpunten besproken die zich kunnen voordoen in een WHOA-traject en zal worden bezien op welke wijze mediation daarbij een rol kan spelen.

i. Geschil over de waardering van de reorganisatiewaarde

Een herstructurering onder de WHOA komt in feite neer op een herverdeling van de waarde van de onderneming (reorganisatiewaarde) onder de verschillende betrokken partijen.

De berekening van deze reorganisatiewaarde is één van de lastigste elementen – zo niet het lastigste element – van de WHOA en zal zeker vatbaar zijn voor discussie, onder meer vanwege de onzekerheden waarmee een onderneming in een dreigende faillissementssituatie te maken heeft en de tijdsdruk waaronder deze waarderingen worden opgesteld. Bovendien is een breed scala aan waarderingmethoden beschikbaar, die elk tot een andere uitkomst zal leiden. Het toepassen van deze methoden in situaties van potentiële dreiging van faillissement vergt de nodige aanpassingen. Tot slot is waarde subjectief en zijn de belangentegenstellingen van invloed op de keuze voor een waarderingmethode. De schuldenaar heeft bijvoorbeeld belang bij een zo laag mogelijke reorganisatiewaarde, zolang die maar hoger is dan de waarde bij faillissement en daarmee hoog genoeg om het akkoord te laten slagen. Daartegenover hebben schuldeisers belang bij een zo hoog mogelijke reorganisatiewaarde, omdat dit kan beïnvloeden of zij ‘*in the money zijn*’ en dit zal leiden tot een hogere uitkering op hun vordering.

Verdoes voorspelt dat de WHOA zal leiden tot vele (waardering)conflicten. Hij schrijft:

‘Waarde is subjectief, onzeker, relatief, contingent, veranderlijk, afhankelijk, vluchtig en contextueel. Er bestaat geen eenvoudige succesformule voor het behalen van waarde; dit ondergraaft namelijk de essentie van waardecreatie. In dit kader kan worden gesproken over de waarde(creatie)paradox: als waarde eenduidig kan worden bepaald, kan die niet (meer) worden gecreëerd, want daarmee wordt het idee weggegeven. Dat waardebepaling afhankelijk is van vele variabelen, is in de Amerikaanse rechtspraak veelvuldig aan de orde gekomen: Zo merkte een Amerikaanse rechter op dat waarden “is not much more than crystall ball gazing,

there are too many variables and too many moving pieces in the calculation of value”.⁵⁴

Een waardering kan deskundig en zorgvuldig tot stand komen en goed worden onderbouwd en geobjectiveerd. Dit neemt niet weg dat partijen daar altijd verschillend over kunnen denken en het met de waardering oneens kunnen zijn, afhankelijk van ieders perspectief, invalshoek en belang. Daarnaast blijft onzeker of de prognose, waarop de waardering is gebaseerd, in de toekomst uit zal komen. Met name als een schuldeiser volgens het ene scenario *in the money* is, terwijl hij volgens het scenario van het andere rapport *out the money* is, ligt een geschil op de loer.

Als er twee (sterk) uiteenlopende waarderingsrapporten liggen, kan een mediator het gesprek aangaan met de beide deskundigen die de waarderingsrapporten hebben opgesteld. Doel kan zijn hen samen tot consensus te laten komen over de waarderingsschillen.⁵⁵ Materiedeskundigheid van de mediator is hiervoor een pre. Het inschakelen van een mediator bij de beslechting van waarderingsschillen kan snel duidelijkheid scheppen en kan daarmee bijdragen aan de *deal certainty*. Temeer waar de belangen groot zijn, zal de schuldenaar immers niet de kaarten tegen de borst houden en kan hij er belang bij hebben de beoordeling van het homologatieverzoek van de rechtbank niet af te wachten. Alternatief is dat de schuldenaar de waarderingsschillen aan de rechtbank voorlegt in een aspectenverzoek (art. 378 Fw) of de rechtbank verzoekt een deskundige aan te wijzen om een oordeel te geven over de waarderingsschillen (art. 379 Fw). De gang tot de rechter kost echter tijd en geld. Bovendien heeft de schuldenaar minder invloed op de uitkomst en is deze onzeker. Belangrijker: deze gang naar de rechter kan altijd nog als een mediation hierover niet slaagt.⁵⁶

De uitkomst van de beslechting van een geschil over de waardering, kan op haar beurt andere potentiële geschillen beïnvloeden, zoals geschillen over de klassenindeling en de hoogte van de uitkering.

ii. Geschil over de wijziging of beëindiging van lopende overeenkomsten

Verder kan een geschil ontstaan over lopende overeenkomsten. De WHOA biedt de schuldenaar of herstructureringsdeskundige namelijk de mogelijkheid een voorstel te doen om overeenkomsten te wijzigen of te beëindigen (art. 373 Fw); een rigoureuze ingreep in het contractenrecht en een inbreuk op de rechtszekerheid.⁵⁷ Goed voorstelbaar is dat hierover geschillen ontstaan, bijvoorbeeld omdat partijen

53 A.L. Jonkers, ‘Ongelijkwaardig speelveld in WHOA en door Wetsvoorstel Opheffing Verpandingsverboden’, *Tv* 2021/2, p. 9.

54 T. Verdoes, ‘De WHOA: bron van (waardering)conflicten?’, *CM* 2018/2, p. 15.

55 Uiteraard dienen de ingeschakelde deskundigen hiervoor mandaat te hebben van hun opdrachtgever en/of de bemiddeling in samenspraak aan te gaan.

56 Dit geldt voor overige geschilpunten die een afwijzingsgrond kunnen opleveren overigens net zo.

57 A.L. Jonkers, ‘Ongelijkwaardig speelveld in WHOA en door Wetsvoorstel Opheffing Verpandingsverboden’, *Tv* 2021/2, p. 8.

geen overeenstemming kunnen bereiken over de wijze waarop de overeenkomst wordt gewijzigd. Een dergelijk geschil leent zich bij uitstek voor mediation. Aandacht kan gevraagd worden voor de emoties van de schuldeiser die zich mogelijk overvallen voelt en een slechte onderhandelingspositie heeft. In de eerste plaats is zijn onderhandelingspositie slecht omdat hij zelf geen beroep kan doen op zogenoemde *ipso facto*-clausules.⁵⁸ In de tweede plaats leidt weigering tot wijziging van de overeenkomst ertoe dat de schuldenaar de overeenkomst kan beëindigen en de schadevergoedingsvordering die de schuldeiser verkrijgt kan worden meegenomen in het akkoord.

De mediator kan de wederzijdse belangen onderzoeken en kijken hoe partijen de taart kunnen vergroten. Voor de schuldenaar kan het belang gelegen zijn in het behouden van de relatie en het voorkomen van een tegenstem tegen het akkoord. Als de emoties van de schuldenaar daar niet (meer) aan de in de weg staan, zal diens onderhandelingspositie naar verwachting leiden tot onderhandelingsbereidheid. De onderhandelingsruimte kan naast de te betalen prijs bijvoorbeeld liggen in onderwerpen als de looptijd van de overeenkomst, te betalen rente en het bestendigen of zelfs uitbreiden van de relatie.

iii. Geschil over de klassenindeling

Als er verschillende categorieën van schuldeisers en aandeelhouders betrokken zijn in een akkoord, dan moeten zij voor het akkoord worden ingedeeld in klassen. De schuldenaar is in principe vrij om te bepalen hoe de klassen eruitzien, waarbij de wettelijke of contractuele rechten van de schuldeisers bepalend zullen zijn. Uitgangspunt is dat schuldeisers in verschillende klassen moeten worden ingedeeld als van een vergelijkbare positie geen sprake is doordat hun rechten zodanig verschillend zijn bij vereffening in faillissement of in een akkoord.⁵⁹

Bij de indeling in klassen dient in ieder geval rekening te worden gehouden met de wettelijke rangorde die geldt bij vereffening van het vermogen in faillissement.⁶⁰ Dit betekent evenwel niet dat schuldeisers met dezelfde rang in dezelfde klasse moeten worden ingedeeld. Het staat de schuldenaar vrij om schuldeisers of aandeelhouders met een vergelijkbare rang andere rechten aan te bieden.⁶¹

Denkbaar is dat strategische overwegingen van de schuldenaar ten grondslag liggen aan een bepaalde klassenindeling, met als doel om de vereiste meerderheid te behalen voor een dwangakkoord. Daartegenover is het ook denkbaar

dat schuldeisers zullen samenspannen en gaan dwarsliggen in een poging betere voorwaarden voor zichzelf te krijgen. Conflict over de klassenindeling liggen zo op de loer.

Onder de WHOA is de schuldenaar niet gehouden bij de klassenindeling rekening te houden met de verschillende belangen van schuldeisers, zoals hun marktpositie, mate van risico-aversie en andere belangen die van invloed kunnen zijn op hun beoordeling van het akkoord.⁶² De schuldenaar *mag* daar echter wel rekening mee houden. Precies hier ligt ruimte om in mediation een geschil over klassenindeling te voorkomen of te beslechten. De schuldenaar of – als deze al betrokken is – de mediator doet er goed aan het proces van de klassenindeling in te richten als een coöperatief proces, zodat deze goed op te hoogte is van de belangen en opstelling van verschillende schuldeisers en hier rekening mee kan worden gehouden bij de klassenindeling.

Juist als er concurrerende posities van schuldeisers zijn of met meerder schuldeisers conflicten is over de klassenindeling, kunnen deze conflicten in mediation of – zo nodig – in een meerpartijen mediation worden opgelost.⁶³ Het evidente belang van de schuldenaar bij het voorkomen of beslechten van geschillen over de klassenindeling is dat het verzoek tot homologatie wordt afgewezen. Het risico op afwijzing is gelegen in het feit dat het niet voldoen aan de vereisten die gesteld worden aan de klassenindeling een weigeringsgrond vormt voor homologatie.⁶⁴ Daarnaast kunnen tegenstemmen ertoe leiden dat een bepaalde klasse tegen het akkoord stemt en kan dit aan homologatie in de weg staan. Het belang van schuldeisers kan erin gelegen zijn op minnelijke wijze een betere positie te bewerkstelligen.

iv. Geschil over de hoogte van de vordering

Zowel schuldenaar als schuldeiser kunnen er belang bij hebben geschillen over de hoogte van de vordering eerder – vóór het indienen van het homologatieverzoek – te beslechten.⁶⁵

Voor de schuldenaar kan zwaar wegen dat het risico bestaat dat het geschil leidt tot een homologatiegeschil. Als de schuldeiser voor een hoger bedrag tot de stemming over het akkoord had moeten worden toegelaten en dit tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden, vormt dit immers een weigeringsgrond voor homologatie van het akkoord.⁶⁶ Bovendien kan de schuldeiser mogelijk

58 Bedoeld worden contractuele bepalingen op grond waarvan een overeenkomst kan worden beëindigd bij insolventie, beslag of een akkoord. Dergelijke bepalingen worden door art. 373 lid 3 Fw buiten werking gesteld (Zie ook: J.G.A. Struycken, 'De WHOA en het contractenrecht', *Contracteren* 2021/1, p. 19).

59 Art. 374 Fw.

60 Art. 374 lid 1 Fw.

61 Zie ook: M.R. van der Zee & B. Gideonse, 'Het belang van de klassenindeling onder de WHOA', *O&F* 2021/01.

62 Zie ook R. van den Sigtenhorst, *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Klassenindeling bij: Faillissementswet, art. 374, aant. 8.

63 Zie Van Oyen & De Waart, 'Betrokkenen', in het *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2017, hoofdstuk 9, p. 251 e.v. over de vorm, kenmerk en aanpak in meerpartijenmediation.

64 Art. 384 lid 2 onder c Fw. Daarnaast kunnen tegenstemmen ertoe leiden dat een klasse tegen het akkoord stemt en kan dit aan homologatie in de weg staan.

65 Ook voor dit geschil geldt dat er eveneens voor kan worden gekozen een tussentijds oordeel van de rechter te vragen op dit punt (art. 378 Fw) en geldt dat dit tijd en kosten met zich brengt en partijen beperkt invloed hebben op de uitkomst.

66 Art. 384 lid 2 onder d Fw. Zie hierover bijv. Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8851, r.o. 3.3.11.

met succes aanvoeren dat – gelet op de hoogte van diens vordering – de schuldenaar een (substantieel) hogere voorziening moet opnemen in het akkoord, wat de financierbaarheid van het akkoord in gevaar kan brengen. De nakoming van het akkoord is dan niet voldoende gewaarborgd, wat een afwijzingsgrond vormt.⁶⁷ Dergelijke risico's voor de homologatie kunnen in mediation weggenomen worden.

Verder hebben beide partijen er belang bij dat wordt voorkomen dat een schuldeiser aan het akkoord is gebonden, maar partijen vervolgens nog jaren procederen over de vaststelling van de hoogte van de vordering van de schuldeiser. Het is immers mogelijk dat een stemgerechtigd schuldeiser het niet eens is met de hoogte van zijn vordering waarvoor hij in het akkoord is opgenomen. Als het akkoord wordt gehomologeerd, dan is de schuldeiser desondanks aan het akkoord gebonden (art. 385 Fw). Dit betekent echter niet dat de vordering materieel is vastgesteld. Daarover zullen de schuldenaar en schuldeiser na uitvoering van het akkoord een afzonderlijke civiele bodemprocedure moeten voeren.

In mediation kan onderzocht worden wat precies de belangen van de schuldenaar en schuldeiser zijn. Op basis daarvan kan onderzocht worden welke ruimte er is om bijvoorbeeld de vordering van de schuldeiser voor een hoger bedrag te erkennen, de schuldeiser voor een hoger bedrag toe te laten tot de stemming en/of een hogere voorziening in het akkoord op te nemen.

3.2 Rol van de externe mediator, herstructureringsdeskundige en observator

We constateerden al eerder dat in een WHOA-traject veelal complexe verhoudingen aan de orde zijn en dat materiedeskundigheid van de mediator van belang is.⁶⁸ Een getrainde en ervaren mediator is bovenal ook in staat een goede (professionele) werkrelatie op te bouwen, de regie over het mediationproces te voeren, deelnemers te motiveren voor mediation, de communicatie tussen de deelnemers te verbeteren en hen oplossingen te laten vinden.

In een WHOA-traject kan mediation op verschillende manieren worden ingezet.

i. Bemiddeling door externe mediator

Er kan voor worden gekozen om een onafhankelijke, onpartijdige, professionele – en bij voorkeur materiedeskundige – (register)mediator in te schakelen. In de praktijk hanteren mediators veelal een mediationovereenkomst, waarin de spelregels van het mediationproces worden vastgelegd. Daarbij valt te denken aan onder meer vrijwilligheid,

geheimhouding, de verplichting om zich in gezamenlijk overleg in te spannen voor een oplossing en de betalingsvoorwaarden van de mediator. Een MfN-registermediator is daarnaast verplicht om het MfN-mediationreglement⁶⁹ op de mediation van toepassing te verklaren.

Een herstructureringsdeskundige en observator zijn op de hoogte van de context, weten wat er speelt en hebben daarnaast het voordeel te beschikken over materiedeskundigheid.

Voordeel van een externe mediator is dat hij zich geheel onafhankelijk en onpartijdig kan richten op het mediatioproces. Anders dan een herstructureringsdeskundige of observator is een externe mediator nog niet op de hoogte van de context en wat er speelt en het zal enige tijd vergen voordat hij hierover is geïnformeerd. Vanwege de tijdsdruk in een WHOA-traject kan dit een nadeel, of zelfs een belemmering vormen voor een mediator met een sturende en inhoudelijk gerichte stijl. Voor een mediator met een juist meer faciliterende en minder op de inhoud gerichte stijl kan het juist een voordeel zijn de inhoud (nog) niet te kennen. Als er voldoende tijd is kan een mediation door een externe, bij voorkeur materiedeskundige, mediator van toegevoegde waarde zijn en helpen de *deal certainty* te vergroten.

ii. Bemiddeling door herstructureringsdeskundige of observator

Zoals regelmatig ook in enquêteprocedures voorkomt dat een door de Ondernemingskamer aangestelde functionaris een bemiddelende rol vervult, is het denkbaar dat in een WHOA een materiedeskundige mediator wordt benoemd tot herstructureringsdeskundige of observator. Een herstructureringsdeskundige en observator zijn op de hoogte van de context, weten wat er speelt en hebben daarnaast het voordeel te beschikken over materiedeskundigheid. Dit komt ten goede aan de snelheid van een bemiddeling en de kwaliteit van de oplossing en dat is een groot voordeel. Door een mediator tot herstructureringsdeskundige of observator te benoemen kunnen diens mediationvaardigheden worden benut, zoals het opbouwen van een professionele werkrelatie, het motiveren van de deelnemers voor het bemiddelingsproces, het reguleren van de communicatie tussen de deelnemers, het reguleren van het bemiddelingsproces en het behandelen van de inhoud.

Een herstructureringsdeskundige of observator zal zijn taak en rol als zodanig evenwel voorop moeten blijven stellen en zich bewust moeten zijn van het onderscheid tussen die taak en rol enerzijds en het ondersteunen van een bemiddelingspoging anderzijds.

67 Art. 384 lid 2 onder e Fw. Bij het homologatieverzoek dat leidde tot de uitspraak van de Rb. Limburg van 8 oktober 2021, kwam dit punt aan de orde (ECLI:NL:RBLIM:2021:8851, r.o. 3.3.12-3.3.14). De Rechtbank oordeelde daar dat het onaannemelijk is dat de vordering van de tegenstemmende schuldenaar zo hoog is dat daarvoor onvoldoende is gereserveerd. Aldus werd het beroep op de afwijzingsgrond dat het akkoord onvoldoende gewaarborgd was door de rechtbank afgewezen.

68 Zie paragraaf 2.2 onder (vi) over materiedeskundigheid.

69 Zie: <https://mfregister.nl/mediators/regelgeving-en-documenten/>.

De herstructureringsdeskundige biedt een akkoord aan dat door de schuldenaar of door hemzelf is voorbereid. Daarbij gaat de herstructureringsdeskundige onafhankelijk, onpartijdig en doeltreffend te werk.⁷⁰ Volgens de rechtspraak⁷¹ staat een herstructureringsdeskundige als een ‘bruggebouwer’ of spreekwoordelijk ‘oliamannetje’ ten dienste van het tot stand te brengen akkoord en dient hij daarbij los te staan van partijen (de schuldenaar en alle andere betrokkenen bij het akkoord).

De observator houdt toezicht op de totstandkoming van het akkoord en heeft daarbij oog voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (en aandeelhouders).⁷² Op grond van de schakelbepaling van art. 380 lid 4 Fw geldt dat hij daarbij – net als de herstructureringsdeskundige – onafhankelijk, onpartijdig en doeltreffend te werk dient te gaan.

Hiervoor schreven we al dat een mediator onafhankelijk en onpartijdig dient te zijn. Het voorgaande brengt mee dat een herstructureringsdeskundige of observator niet formeel als mediator kan optreden, omdat hij vanuit zijn rol als herstructureringsdeskundige of observator in een zekere machtsverhouding staat tot partijen. En dat staat een mediator niet. Een mediator faciliteert en ondersteunt partijen bij het zoeken naar een oplossing.

Partijen hebben in zekere zin niets te verliezen; als een mediation niet slaagt kan altijd nog de gang naar de rechter worden gemaakt.

Daarnaast is het van belang dat een herstructureringsdeskundige of observator de vervulling van zijn primaire taak waarvoor hij is aangesteld niet laat beïnvloeden door (het verloop of uitkomst van) zijn bemiddelingspoging, hij geen druk uitoefent op partijen om voor een bepaalde regeling te kiezen en hij de bemiddeling staakt zodra die niet langer verenigbaar is met zijn rol. Dit laatste zal naar onze inschatting voor een observator overigens minder snel het geval zijn dan voor een herstructureringsdeskundige, omdat een observator vanuit zijn rol wat meer op afstand staat

dan een herstructureringsdeskundige. De kerntaak van een herstructureringsdeskundige (het aanbieden van een akkoord) is veel actiever dan de rol die een mediator zou hebben.

Er is een duidelijk verschil tussen de rol van een externe mediator en de rol van een herstructureringsdeskundige of observator die zijn mediationvaardigheden inzet in het WHOA-traject. Juist deze laatste rol – waar een herstructureringsdeskundige of observator zijn mediationvaardigheden inzet – achten wij van grote toegevoegde waarde bij de totstandkoming van een akkoord.

4. Conclusie

Uit het voorgaande blijkt de toegevoegde waarde die mediation kan hebben in een WHOA-traject. Verschillende factoren, zoals het belang van *deal certainty* en het ontbreken van een appelmogelijkheid in de WHOA, leiden naar onze inschatting tot onderhandelingsbereidheid van zowel de schuldenaar als schuldeiser, wat de slagingskans van mediation vergroot. Het gemeenschappelijk belang een faillissement te voorkomen, speelt daarbij eveneens een belangrijke rol. Verder signaleerden wij diverse WHOA-geschillen die zich voor beslechting in mediation lenen en waarin partijen in zekere zin niets te verliezen hebben. Als een mediation over dit geschil niet slaagt kan altijd nog de gang naar de rechter worden gemaakt. Tot slot merken wij op dat de meerwaarde van mediation in een WHOA-traject naast het oplossen van WHOA-geschillen in mediation, ook gelegen kan zijn in de toepassing van mediationvaardigheden door een herstructureringsdeskundige of observator. Ook op die manier kan mediation bijdragen aan de slagingskans van een WHOA-traject.

Dit artikel is afgesloten op 16 januari 2022.

Over de auteurs

Mr. A.J.A. (André) Jansen

Advocaat en mediator bij HJ Advocaten & Mediators te Amsterdam.

Mr. M.-H.S. (Marie-Hélène) Berghuijs

Advocaat en mediator bij TOON Advocaten.

⁷⁰ Art. 371 lid 6 Fw.

⁷¹ Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:285.

⁷² Art. 380 lid 1 Fw.