

Verslaglegging

Na elke bijeenkomst mail met daarin de gemaakte afspraken en vervolgstappen op een rij.

Duur

De mediation bestond uit vijf bijeenkomsten. De mediation besloeg in totaal 64 uur (inclusief reistijd). De mediation liep in totaal 10 maanden (vanaf het eerste contact tot en met de laatste bijeenkomst)

Nelleke van Thiel-Wortmann, zakelijk mediator bij ReulingSchutte, Amsterdam

NM 2020/49 ZAKELIJK**Bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement.****Faillissement. Besloten vennootschap.****Bestuurdersaansprakelijkheid.****Onverschuldigde betaling. Ongerechtvaardigde verrijking.**

art. 2:9, 6:203, 6:212 BW

Partijen: Bestuurder en curator.

Essentie

Nadat de curator een bestuurder van een B.V. – en een holding met dezelfde bestuurder – heeft gedagvaard begint een mediation over terugbetaling van gelden aan de boedel op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en onverschuldigde betaling c.q. ongerechtvaardigde verrijking. Voor de mediator is het zaak om de machtsbalans aan tafel te bewaken.

INHOUD MEDIATION**Casus**

Twee jaar na haar oprichting vraagt de besloten vennootschap A (“de B.V.”) haar eigen faillissement aan. Holding A (“de holding”) is 100% aandeelhouder van de B.V. De bestuurder van de B.V. is tevens bestuurder van de holding (“de bestuurder”). De aandelen van de holding worden ieder voor 50% gehouden door de houdstermaatschappijen van de ouders van de bestuurder (“de houdstermaatschappijen”). De houdstermaatschappijen hebben geen vermogen, maar alleen het beheer van de aandelen in de holding.

De B.V. heeft in de twee jaren van haar bestaan enkele tienduizenden euro’s aan de Belastingdienst betaald voor schulden van de houdstermaatschappijen. De schulden staan als rekening-courantvordering op de houdstermaatschappijen in de boeken van de B.V. (“vordering 1”). Daarnaast heeft de B.V. in die periode betalingen gedaan aan de holding en de Belastingdienst voor aan de holding opgelegde aanslagen vennootschapsbelasting. De totaalsom van deze bedragen is door de B.V. als rekening-courantvordering op de holding geboekt (“vordering 2”).

De curator gaat met de bestuurder en zijn ouders – als vertegenwoordigers van de houdstermaatschappijen – in gesprek over terugbetaling van de vorderingen 1 en 2. Hoewel de schulden worden erkend blijken de holding noch de houdstermaatschappijen verhaal te bieden. De bestuurder en ouders betwisten zelf aansprakelijk te zijn voor terugbetaling van de vorderingen. De boedel krijgt de vorderingen (vooralsnog) niet terugbetaald.

De curator laat het er niet bij zitten en legt beslag onder de Belastingdienst en de bank van de holding. Dit beslag treft doel. Vervolgens start hij een tweetal procedures bij de rechtbank.

In de eerste procedure dagvaardt de curator de bestuurder op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Volgens de curator had hij kredietovereenkomsten met de houdstermaatschappijen moeten sluiten en zekerheden moeten verlangen voor terugbetaling van vordering 1. Bovendien was er sprake van tegenstrijdig belang nu de bestuurder betalingen had verricht ten behoeve van de houdstermaatschappijen van zijn ouders. De bestuurder betwist de aansprakelijkheid. In de tweede procedure vordert de curator terugbetaling door de holding van het bedrag van vordering 2 op grond van onverschuldigde betaling respectievelijk ongerechtvaardigde verrijking. De holding verweert zich.

Nadat de procedures zijn begonnen stelt de curator, na overleg met de rechter-commissaris, mediation voor. De bestuurder gaat daarmee akkoord.

Er vinden eerst twee inhoudelijke, vertrouwelijke voorgesprekken plaats. Een week later begint het eerste gezamenlijk gesprek. Bij aanvang wordt besproken dat de rechter-commissaris vanuit een toezichhoudende rol op de achtergrond betrokken is bij de mediation en toestemming moet geven voor eventueel te maken afspraken. Verder spreken de partijen af dat de lopende procedures worden opgeschort zolang de mediation loopt. Zodra het over de inhoud gaat vallen de partijen snel in herhaling ten aanzien van hun juridische standpunten en geven geen krimp. Als de mediator vervolgens vraagt waarom ze voor mediation hebben gekozen blijkt dat partijen graag weer met elkaar in gesprek willen.

Voor de bestuurder en zijn ouders is de situatie heel stressvol. Zij hebben altijd te goeder trouw gehandeld en zijn afgegaan op adviezen van hun accountant. Verder heeft de bestuurder alle medewerking verleend aan de curator en hij begrijpt niet waarom de curator hem zo hard aanpakt. Is er niet een andere weg om dit op te lossen? De

curator wil graag – via de bestuurder – met de ouders in gesprek omdat daar, in zijn optiek, de financiële ruimte zit. Zij hebben nog overwaarde op hun woning, die ze zouden kunnen benutten voor terugbetaling aan de boedel. De ouders zijn niet gedagvaard. Afgesproken wordt om in een volgend gesprek de belangen van beide partijen te inventariseren en te onderzoeken of er een oplossing voor alle kwesties kan worden gevonden.

Als de belangen in het tweede gesprek op tafel komen geeft de bestuurder aan dat hij zich onder druk gezet voelt door de curator met de procedures en vindt dat hij moet kiezen uit twee kwaden. Doorprocederen met onzekere uitkomst of geld betalen aan de boedel, waar hij niet achter staat. Dit wordt besproken aan de mediationtafel. Door de uitleg over en weer ontstaat er ruimte voor partijen om in oplossingen te gaan denken.

In de derde bijeenkomst wordt nog flink onderhandeld nadat duidelijk is geworden dat beide partijen er samen uit willen komen. Ze komen tot overeenstemming en zijn beiden opgelucht. Na toestemming van de rechter-commissaris wordt een vaststellingsovereenkomst getekend. Bij de vaststellingsovereenkomst zijn, naast de curator, de BV, de Holding en de bestuurder ook de ouders partij.

Belangen

De volgende belangen komen op tafel:

- Financieel belang.
- Procedure vermijden in verband met duur, kosten, onzekere uitkomst.
- Afwickelen faillissement.
- Alle lopende kwesties kunnen afwickelen.
- Erkenning en respect voor elkaars handelen.
- Einde aan onzekerheid en stress voor (familie) bestuurder.

Resultaat

Partijen hebben in de mediation de volgende afspraken met elkaar gemaakt, zoals vastgelegd in de vaststellingsovereenkomst:

Er wordt een bedrag betaald aan de boedel, minder dan de curator oorspronkelijk vorderde maar voldoende om akkoord te krijgen van de rechter-commissaris. Na betaling, waarvoor een datum wordt afgesproken, kunnen de beslagen worden opgeheven en de lopende procedures worden beëindigd. De aansprakelijkstelling en vorderingen zijn daarmee van tafel. Kort daarna kan het faillissement worden opgeheven. Er is kortom sprake van snelle oplossing voor alle betrokkenen met een duidelijke uitkomst, waarmee alle belangen zijn gediend.

Of de ouders uiteindelijk (een deel van) de vordering betaald hebben is in de mediation niet aan het licht gekomen, omdat de bestuurder zich daar niet over uit wilde laten.

Reflectie mediator

In faillissementsmediations is de balans aan tafel iets waar een mediator extra alert op moet zijn. De curator zit altijd in een functionele rol aan tafel, als vertegenwoordiger van de schuldeisers, en de andere partij (bestuurder, failliet, schuldeiser) is vaak meer persoonlijk bij de zaak betrokken. Zo ook in dit geval.

Het eerste gesprek tussen de curator en de bestuurder verliep op een prettige manier. Niettemin belde de bestuurder daarna met de mediator. Hij gaf aan een ongelijke machtsbalans aan tafel te ervaren. Hij voelde zich onder druk gezet door de procedures die de curator was gestart, nota bene met geld uit de door bestuurder gedreven onderneming, en de voorgestelde oplossing om de overwaarde in het huis van de ouders aan te wenden voor een betaling aan de boedel.

Toen de mediator de bestuurder vroeg waarom hij die druk ervoer vertelde hij dat hij zich zorgen maakte om het welzijn van zijn ouders, omdat ze de hele situatie en met name de procedures als erg stressvol ervoeren. Zijn ernstige ziek vader – die eerder ook gesprekken met de curator had gevoerd – wilde hij niet meer met de situatie belasten. Bovendien hadden zijn ouders de overwaarde op de woning zelf nodig om aanpassingen aan hun woning te kunnen doen. Dus wat de curator beoogde met de overwaarde in de woning was in feite onmogelijk volgens de bestuurder.

De bestuurder vroeg aan de mediator om deze machtsdisbalans te corrigeren door dit met de curator te bespreken in het volgende mediationgesprek. De mediator gaf aan dat zij dit een lastig verzoek vond in verband met haar neutrale rol. Bovendien was de machtsdisbalans iets wat de bestuurder ervoer, zodat het in haar optiek op zijn weg lag om dit aan de orde te stellen. De bestuurder gaf aan zich kwetsbaar te voelen tegenover de curator, die voor zijn gevoel de kwestie heel zakelijk benaderde en vast geen oog zou hebben voor de persoonlijke kant van de zaak. De mediator stelde de bestuurder daarvoor voor toch zelf het onderwerp van de machtsdisbalans te benoemen. Ze bood de bestuurder aan hem te ondersteunen tijdens het tweede mediationgesprek, mocht dat nodig zijn. Ze zou dat kunnen doen door vragen te stellen en eventueel andere interventies, zoals herformuleren en samenvatten, toe te passen. De bedoeling was dat de bestuurder zijn punt

duidelijk zou kunnen maken aan de curator en de curator ook daadwerkelijk naar hem zou luisteren. Bovendien wees de mediator de bestuurder nog op de vertrouwelijke setting van de mediation waarin een en ander zou worden besproken. De bestuurder ging akkoord, omdat het aanbod van de mediator en de vertrouwelijkheid van de mediation hem voldoende comfort gaf.

De bestuurder legde in het tweede gesprek aan de curator uit waar zijn zorgen zaten, namelijk het welzijn van zijn ouders en de onmogelijkheid de overwaarde aan te wenden. Ook gaf hij aan dat de curator de kwestie in zijn optiek erg zakelijk benaderde. De curator nam de boodschap serieus, erkende de lastige positie van de bestuurder en ouders en had ook oog voor de emotionele kant van de zaak. Hij sprak uit dat hij een aantal keren met de vader had gesproken en het betreunde dat zijn gezondheid zo sterk achteruit was gegaan. Vervolgens legde hij uit wat zijn rol is, namelijk dat hij optreedt voor alle schuldeisers en verantwoording moet afleggen aan de rechter-commissaris. Zijn handelen is niet op de persoon van de bestuurder of diens ouders gericht. De curator erkende dat de bestuurder goed had meegewerkt en dat er wat hem betreft een plezierig contact was tussen beiden. Hij suggereerde de bestuurder om met alternatieven te komen en naar andere oplossingen te kijken om een bedrag aan de boedel te kunnen betalen.

Er waren geen interventies nodig van de zijde van de mediator om het gesprek tussen de partijen op dit punt goed te laten verlopen. Door het bespreekbaar maken van de gevoelde machtsdisbalans door de bestuurder enerzijds en de uitleg en erkenning van de positie van bestuurder en ouders door de curator anderzijds ontstond er over en weer meer begrip en respect voor elkaar. Daardoor kon er makkelijker naar een oplossing gewerkt worden. De bestuurder pakte de suggestie van de curator op om andere mogelijkheden voor betaling aan de boedel te onderzoeken en dat heeft uiteindelijk tot overeenstemming geleid.

PROCES MEDIATION

Verwijzing door de rechtbank

Het betreft een doorverwijzing van de rechtbank, nadat de curator in overleg met de rechter-commissaris heeft voorgesteld om mediation te beproeven.

Co-mediation

Er was geen sprake van co-mediation.

Achtergrond mediator

Full-time MfN-registermediator en CEDR Accredited mediator, werkzaam in de zakelijke markt. De mediator is ruim twintig jaar afwisselend werkzaam geweest als (proces-)advocaat, bedrijfsjurist in onder andere de financiële sector en rechter-plaatsvervanger.

Partijbegeleiders en andere betrokkenen

De partijen zijn tijdens de mediation op de achtergrond bijgestaan door advocaten. Daarnaast heeft de bestuurder zich laten bijstaan door een financieel adviseur.

Intake/plenair/caucus

Op het moment dat de mediation zou beginnen gingen de rechtbanken dicht vanwege Corona en werd de mediation opgeschort. Zodra de rechtbank akkoord was om mediation via Zoom te laten plaatsvinden is de mediation van start gegaan. Alle gesprekken zijn via Zoom verlopen. Nadat de vaststellingsovereenkomst is getekend heeft de mediator de mediation beëindigd. Er heeft een terugkoppeling plaatsgevonden naar de rechtbank over de uitkomst van de mediation, zonder dat vertrouwelijke informatie is uitgewisseld.

Verslaglegging

De mediator heeft geen tussentijdse verslaglegging gemaakt.

Duur

In totaal hebben twee vertrouwelijke voorgesprekken van een uur en drie gezamenlijke gesprekken met een gemiddelde duur van twee uur plaatsgevonden. De mediation heeft een maand geduurd vanaf de datum van ondertekening van de mediationovereenkomst tot aan de datum van ondertekening van de vaststellingsovereenkomst.

Aletta Renken, BBKWmediation, Arnhem

NM 2020/50 ZAKELIJK/BOUW

Bouw. Meerwerk. Mediation. Pendeldiplomatie. Standaard bouwcontract

Partijen: Zorginstelling, bouwbedrijf.

Essentie

Onderstaande casus gaat over het inschakelen van een hoger echelon om over een stagnatie heen te kunnen stappen. Aan tafel verschenen nieuwe partijvertegenwoordigers. Een mediation kan daardoor terugvallen naar een eerdere fase, maar het grotere mandaat kan (nadien) ook de onderhandelingen versoepelen. Het hogere echelon was hier het hoogste echelon van beide partijen. In de belevingswereld van