

Nijmegen, 28 februari 2022

Betreft: reactie consultatiedocument insolventierecht

Geachte minister,

Naar aanleiding van het consultatiedocument Insolventierecht deel ik graag enkele overwegingen en voorlopige bevindingen met u naar aanleiding van mijn lopende onderzoek naar insolventiemediation. Ik ga in deze inbreng in op de vraag over mediation, die in het consultatiedocument als volgt is geformuleerd:

'Zou vaker mediation moeten worden ingezet om geschillen tussen de curator en derden in het kader van een faillissement te beslechten? Zo ja, op welke manier zou de inzet van mediation kunnen worden bevorderd?'

Deze vraag knoopt aan bij de pilot van de rechtbank Rotterdam. Bij deze pilot wordt mediation ingezet om geschillen tussen de curator en derden in het kader van een faillissement te beslechten en een juridische procedure te voorkomen, zo wordt beschreven in de discussienota. De discussienota spreekt over positieve resultaten.

Sinds oktober 2019 voer ik aan de Radboud Universiteit Nijmegen promotieonderzoek uit naar de toepassing van mediation bij de afwikkeling van faillissementen. Ik neem u graag mee in enkele voorlopige bevindingen van mijn onderzoek.¹

1. Insolventiemediation, de stand van zaken

Insolventiemediation wordt momenteel zowel ad hoc door curatoren toegepast als via de rechtbanken Den Haag en Rotterdam, en in mindere mate Amsterdam en Midden-Nederland. Bij deze rechtbanken is het staande praktijk dat curatoren die om een procesmachtiging verzoeken (art. 68 lid 2 Fw) bij hun verzoek moeten aangeven of zij alternatieve vormen van geschiloplossing, zoals mediation, hebben overwogen.² Dit faciliteert een gesprek dat ertoe kan leiden dat de rechter-commissaris de curator vraagt mediation te beproeven voordat de rechter-commissaris de gevraagde procesmachtiging verleent.

Bij bestudering van de (gepubliceerde) cijfers van bovengenoemde rechtbanken kom ik tot de conclusie dat de aantallen insolventiemediations nog niet heel hoog zijn, maar dat insolventiemediation in opkomst is en steeds vaker wordt toegepast. De eerste resultaten zijn positief: meestal wordt (gehele of gedeeltelijke) overeenstemming bereikt. Mediation duurt slechts enkele weken of enkele maanden. Deelnemers zijn over het algemeen tevreden over de mediation.

Ook blijkt uit de pilots dat de rol van de rechter-commissaris belangrijk is. Als de rechter-commissaris aandacht besteedt aan mediation, neemt het aantal insolventiemediations toe. Als de aandacht van de rechters-commissarissen verslapt, neemt het aantal insolventiemediations weer af.³

De positieve resultaten en de goede ervaringen van deelnemers aan insolventiemediations zijn veelbelovend en kunnen een aanzet geven tot een verdere ontwikkeling van insolventiemediation. Immers, onderzoek toont aan dat procespartijen die eenmaal mediation hebben meegemaakt, vaker

¹ Zie uitgebreid J. van Mourik, 'Mediation in het insolventierecht: langzaam maar zeker in opkomst', *TvI* 2021/45, p. 342-349.

² Jaarlijkse circulaire curatoren 2021, rechtbank Den Haag.

³ Deze ontwikkeling is te zien bij de rechtbank Amsterdam, Van Mourik 2021, p. 344.

uit eigener beweging voor mediation kiezen.⁴ De werkwijze van de rechtbanken Rotterdam en Den Haag kan er daarom toe leiden dat mediation bij faillissementsgeschillen in frequentie en belang toeneemt.

2. Een landelijke pilot

Ik ben positief over de bevindingen uit Rotterdam en Den Haag. Toch plaats ik één kanttekening. Juist omdat mediation bij deze rechtbanken vaak tot overeenstemming leidt, zijn de aantallen mediations waarbij partijen niet tot overeenstemming komen, laag. Dat maakt het moeilijk om een beleidsafweging te maken ten aanzien van mediation. De voordelen van mediation uit zich immers als mediation wel tot overeenstemming leidt: dan is mediation een snelle en goedkope manier om een geschil op te lossen en wordt een oplossing bereikt waar beide partijen achter staan. Die oplossing kan ook buiten formeel-juridische kaders worden gezocht. Maar de nadelen van mediation komen vooral naar voren als mediation niet tot overeenstemming leidt. Dan is mediation een extra horde die partijen nemen voordat ze hun rechtszaak vervolgen, en brengt mediation kosten en vertraging mee. Door de lage aantallen 'mislukte' mediations is een empirische analyse van deze nadelen beperkt mogelijk.

Daarom ben ik van mening dat een groter aantal insolventiemediations moet worden gegenereerd, zodat het absolute aantal 'mislukte' mediations toeneemt. Pas wanneer zicht bestaat op de ervaringen van deelnemers aan mediations die niet tot overeenstemming hebben geleid, kan een volledige afweging tussen de voordelen en de nadelen van insolventiemediation worden gemaakt.

Het verdient opmerking dat in het veld wordt opgemerkt dat mediation ook zinvol is als de mediation niet direct tot een oplossing van het conflict leidt. Mediation draagt bij aan een beter zicht op het onderliggende probleem. Een eventuele rechtszaak als vervolg van de mediation kan beter worden toegespitst en verloopt sneller, is de gedachte. Deze gedachte kan bij een groter aantal 'mislukte' mediations empirisch worden onderzocht.

Mijns inziens ligt het voor de hand om de werkwijze van de rechtbanken Den Haag en Rotterdam breder uit te rollen in de vorm van een landelijke pilot insolventiemediation. Zo worden grotere aantallen mediations gegenereerd. Daarnaast biedt een landelijke pilot het voordeel van representativiteit, omdat een landelijke pilot niet wordt beïnvloed door lokale factoren van rechtbanken of de daaraan verbonden curatorenlijsten.

Een dergelijke landelijke pilot past bij de doelstellingen van 'maatschappelijk effectieve rechtspraak'. De Tijdelijke Experimentenwet rechtspleging biedt een juridisch kader. Met het 'Platform Innovatieve Projecten' van de Raad voor de rechtspraak bestaat een organisatorisch raamwerk waar een dergelijk experiment kan worden uitgevoerd. Voor de werkwijze van de landelijke pilot kan eenvoudig worden aangesloten bij de werkwijze die wordt gehanteerd door de rechtbanken Den Haag en Rotterdam.

4. Alternatief: doorverwijzing door de handelsrechter tijdens de mondelinge behandeling

Graag richt ik verder nog de aandacht op een alternatief voor de werkwijze van de rechtbanken Den Haag en Rotterdam. Mijns inziens kan van een curator worden verwacht dat hij reeds voor zijn verzoek tot een procesmachtiging geprobeerd heeft het geschil in der minne te regelen. Als dat op niets uitloopt, zal de curator om een procesmachtiging verzoeken. Dat betekent dat het tijdsverloop tussen de eerste schikkingspoging van de curator en de doorverwijzing naar mediation door de

⁴ M.A. Simon Thomas e.a., *ZAM/ACB Onderzoek naar Kansen en Belemmeringen voor Zakelijke mediation*, Utrecht: Mouton Centre voor Rechtspraak en Rechtspleging 2018, p. 27.

rechter-commissaris beperkt is en dat de status van het geschil tijdens de mediation onveranderd is ten opzichte van die eerste schikkingspoging. Het verdient aanbeveling om de mogelijkheden voor mediation ook te onderzoeken in een later stadium van de procedure. Het ligt voor de hand dat ook de handelsrechter die uiteindelijk over het geschil moet beslissen, op de mondelinge behandeling naar mediation kan verwijzen.

Bij een verdere implementatie van insolventiemediation kan aandacht worden besteed aan de doorverwijzing naar mediation op de mondelinge behandeling in handelszaken. Bij een landelijke pilot kunnen de resultaten van mediations na het verzoek om een procesmachtiging worden vergeleken met de resultaten van mediations na doorverwijzing op de mondelinge behandeling.

5. Vertrouwelijkheid van mediation en het toezicht van de rechter-commissaris

Mediation kent geen wettelijke regeling. Consultatievoorstellen om tot een wettelijke regeling omtrent mediation te komen, hebben niet tot een wetswijziging geleid. Dat betekent dat de procedureregels van mediation worden bepaald door de mediationovereenkomst die wordt gesloten door de partijen bij het geschil en de mediator. In deze mediationovereenkomst wordt doorgaans een geheimhoudingsverklaring opgenomen om de vertrouwelijkheid te waarborgen. Vertrouwelijkheid wordt als een van de kerneigenschappen van mediation beschouwd.⁵

Het toezicht van de rechter-commissaris op de curator vereist echter enige informatie van de curator over de mediation. Ook heeft de curator goedkeuring nodig van de rechter-commissaris om te procederen (art. 68 lid 2 Fw) en om een vaststellingsovereenkomst te sluiten (art. 104 Fw). Dat brengt mee dat de rechter-commissaris over informatie moet beschikken over de vraag of mediation is betracht en wat de uitkomst is van mediation. De vraag is of de rechter-commissaris daarnaast inlichtingen nodig heeft over het verloop van mediation. Als insolventiemediation verder wordt uitgerold, verdient het aanbeveling dat een standaardclausule wordt opgesteld voor een mediationovereenkomst bij faillissement waarin de vertrouwelijkheid en de informatiepositie van de rechter-commissaris worden geregeld. Ik kan me voorstellen dat Insolad en Recofa⁶ een rol kunnen spelen bij het formuleren van een dergelijke standaardclausule.

6. Conclusies en aanbevelingen

Kortom, mediation bij faillissement is in opkomst. De eerste resultaten zijn veelbelovend. Ik kom tot een tweetal aanbevelingen op basis van de voorlopige conclusies van mijn onderzoek.

Aanbeveling 1: Ontwikkel een landelijke pilot insolventiemediation onder coördinatie van het Platform Innovatieve Projecten van de Raad voor de Rechtspraak. Implementeer deze pilot door middel van de toepassing van de Tijdelijke Experimentenwet Rechtspleging. De landelijke pilot kan worden gemodelleerd naar de werkwijze van de rechtbanken Rotterdam en Den Haag, waarbij de rechter-commissaris mediation onder de aandacht brengt bij de curator als de curator verzoekt om een procesmachtiging. Daarnaast kan aandacht worden besteed aan doorverwijzingen naar mediation tijdens de mondelinge behandeling in handelszaken.

Aanbeveling 2: Stimuleer een gesprek tussen stakeholders bij insolventiemediation, zoals Insolad en Recofa, om een standaard-geheimhoudingsbeding op te stellen dat recht doet aan zowel de vertrouwelijkheid van mediation als aan de informatiepositie van de rechter-commissaris.

⁵ A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu 2007, p. 46.

⁶ De Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (INSOLAD) is de vereniging voor curatoren en (andere) advocaten in het faillissementsrecht. Recofa is een landelijk overlegorgaan van rechts-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling en is onderdeel van de Raad voor de rechtspraak.

Ik hoop dat ik met deze brief heb bijgedragen aan de gedachtewisseling over insolventiemediation. Voor de volledigheid voeg ik mijn artikel over insolventiemediation in het *Tijdschrift voor Insolventiemediation* bij.

Met vriendelijke groet,

Mr. J. van Mourik

Promovendus Mediation in het insolventierecht, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen. Jim.vanmourik@ru.nl.