

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.<sup>1</sup>

#### *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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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

---

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

<sup>2</sup> Jaarlijkse circulaire curatoren 2021, rechtbank Den Haag.

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

uit eigener beweging voor mediation kiezen.<sup>4</sup> 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 gegeneerd, 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 gegeneerd. 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

---

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

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 Recofa<sup>6</sup> 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.

---

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

<sup>6</sup> 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.*

# Mediation in het insolventierecht: langzaam maar zeker in opkomst

TvI 2021/45

**Insolventiemediation komt nog weinig voor, maar is in opkomst. Verschillende rechtbanken hebben geëxperimenteerd met insolventiemediation. Deelnemers aan deze pilots zijn tevreden. Mediation leidt tijdens de pilots vaak tot overeenstemming en is sneller en goedkoper dan de gerechtelijke procedure. De absolute aantallen zijn nog laag. De auteur betoogt dat een landelijke pilot insolventiemediation een beter licht kan werpen op de ervaringen van deelnemers aan insolventiemediation. Daarnaast worden enkele aandachtspunten besproken voor de praktijkjurist die te maken krijgt met insolventiemediation, onder meer ten aanzien van de keuze voor mediation, de kostenverdeling en de mediationovereenkomst. Daarbij verdient de vertrouwelijkheid van mediation bijzondere aandacht.**

## 1. Inleiding

Mediation begint langzaam maar zeker voet aan de grond te krijgen in de insolventierechtspraktijk. Mediation is in Nederland van oudsher bekend geworden in het familierecht, waar mediation wordt gebruikt met als doel om geschillen op te lossen met minder relationele en emotionele schade dan een gerechtelijke procedure. Toch kan mediation ook in de insolventierechtspraktijk zijn vruchten afwerpen. Enkele rechtbanken hebben het beleid dat de rechter-commissaris mediation stimuleert als de curator een verzoek doet om een procesmachtiging (art. 68 lid 3 Fw). Deze werkwijze leidt tot positieve resultaten: als partijen overgaan tot mediation, zijn curatoren en hun wederpartijen tevreden en wordt het geschil sneller opgelost, tegen lagere kosten (zie par. 3). Gelet op deze positieve resultaten is het te verwachten dat mediation langzaam maar zeker aan belang zal winnen en dat steeds meer insolventiejuristen te maken zullen krijgen met mediation.

Vanwege deze opkomst van mediation in het insolventierecht bespreek ik in deze bijdrage de ontwikkelingen rondom insolventiemediation. Eerst schets ik kort de karakteristieken van mediation in het algemeen en van insolventiemediation in het bijzonder (par. 2). Vervolgens bespreek ik de pilots insolventiemediation van de rechtbanken in Amsterdam, Den Haag en Rotterdam (par. 3). In paragraaf 4 bepleit ik een landelijke pilot insolventiemediation en bespreek ik hoe die er in grote lijnen uit zou kunnen zijn. Tot slot ga ik in op een aantal aandachtspunten bij

<sup>1</sup> Gelieve dit artikel aan te halen als: J. van Mourik, 'Mediation in het insolventierecht: langzaam maar zeker in opkomst', *TvI* 2021/45. Mr. J. (Jim) van Mourik is promovendus Mediation en faillissement, Radboud Universiteit Nijmegen.

insolventiemediation voor de rechtspraktijk en sta ik stil bij de mediationovereenkomst (par. 5). Ik sluit af met een korte conclusie (par. 6).

## 2. Insolventiemediation

### 2.1 Mediation

In deze bijdrage bedoel ik met 'insolventiemediation' de mediation waarbij de curator partij is bij een geschil en in dat geschil deelneemt aan mediation. Het kan gaan om alle geschillen waar de curator mee te maken krijgt, zoals geschillen met de bestuurder van een failliete vennootschap over bestuurdersaansprakelijkheid, geschillen over een paulianeuze vordering (art. 42-49 Fw) en over verificatiegeschillen.

Ik vat mediation breed op. Ik sluit aan bij de definitie van het Engelse standaardwerk van Shipman e.a. Die auteurs definiëren mediation als:

"a facilitative process in which disputing parties engage the assistance of an impartial third party, the mediator, who helps them to try to arrive at an agreed resolution of their dispute. The mediator has no authority to make any decisions that are binding on them, but uses certain procedures, techniques and skills to help them to negotiate an agreed resolution of their dispute without adjudication".<sup>2</sup>

Deze brede definitie omvat verschillende vormen of stijlen van mediation. Mediationstijlen worden gerangschikt op een continuüm, met aan het ene uiterste 'faciliterende mediation', waarbij de mediator zich in het geheel niet bemoeit met de inhoud van het geschil maar zich slechts opstelt als procesbegeleider, en aan het andere uiterste 'evaluatieve mediation', waarbij de mediator sturend optreedt. De mediator reflecteert bij evaluatieve mediation op voorstellen van partijen en brengt gemotiveerde adviezen uit over de oplossing van het geschil.<sup>3</sup>

In Nederland wordt bij mediation veelal aan faciliterende mediation gedacht.<sup>4</sup> Dat is de stijl die in Nederland gebruikelijk is in het kader van het familierecht. Maar mediation is niet beperkt tot faciliterende mediation. Zakelijke partijen

<sup>2</sup> Shipman e.a. *Brown & Marriott's ADR principles and practice*, Londen: Sweet & Maxwell 2018, p. 124.

<sup>3</sup> L.L. Riskin, 'Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed', *Harvard Negotiation Law Review* (1:7) 1996, p. 23-24. Zie ook: A.F.M. Brenninkmeijer, H. Bonenkamp, K. Oyen & H.C.M. Prein, *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu uitgevers 2017, p. 268; M. Brink, *(Business) Mediation en materiedeskundigheid*, Den Haag: Sdu uitgevers 2012, p. 44 en p. 113-129.

<sup>4</sup> D. Allewijn, *Tussen recht en vrede. Mediation in de responsieve rechtsstaat* (Oratie Amsterdam VU), Den Haag: Sdu uitgevers 2018, p. 11.

geven juist de voorkeur aan een mediator die zich proactief en sturend opstelt en daarbij gebruik maakt van juridische expertise.<sup>5</sup>

Mediation is gebaseerd op een aantal uitgangspunten, die men zou kunnen zien als een ideologische grondslag van mediation.<sup>6</sup> Kort gezegd komt het erop neer dat mediation uitgaat van een autonoom individu dat zelf beslissingen kan nemen over zijn problemen, en dat mediation deze zelfstandigheid kan faciliteren of zelfs kan bekrachtigen.<sup>7</sup>

Meer praktisch gezien ligt de nadruk bij mediation op zelfbeschikking, vrijwilligheid en vertrouwelijkheid. Zelfbeschikking wil zeggen dat partijen zelf beslissen over de uitkomst van hun conflict en over de uitkomst van de mediation: de mediator neemt geen beslissingen, dat doen partijen zelf.<sup>8</sup> Vrijwilligheid brengt mee dat partijen zelf mogen beslissen of zij deelnemen aan mediation en dat die mediation ook altijd kan worden afgebroken.<sup>9</sup> De vertrouwelijkheid vereist dat alles wat in het kader van de mediation besproken of opgeschreven wordt, vertrouwelijk blijft. Zo voelen partijen zich vrij om oplossingen te verkennen.<sup>10</sup>

## 2.2 Zakelijke mediation

Vanuit de geschetste ideologische achtergrond is mediation in zwang geraakt bij geschillen tussen natuurlijke personen over onderwerpen die een grote impact hebben op hun dagelijks leven. Toch doet mediation ook zijn intrede bij zakelijke geschillen. Empirisch onderzoek laat zien dat zakelijke gebruikers mediation waarderen omdat mediation minder beschadigend is voor zakelijke relaties en omdat mediation tot een snelle oplossing van het geschil kan leiden.<sup>11</sup> Zakelijke gebruikers hebben behoefte aan een mediator die sturend durft op te treden, gespecialiseerd is in zakelijke mediation en beschikt over voldoende juridische kennis.<sup>12</sup>

In de literatuur wordt daarnaast het voordeel genoemd dat mediation de mogelijkheid biedt tot creatieve oplossingen, die losstaan van de toe- of afwijzing van een rechtsvordering.<sup>13</sup> Hierbij valt te denken aan een schikking over de levering van een non-conforme partij zaken, waarbij onderdeel van de schikking is dat de leveranciersverhouding wordt voortgezet.

## 2.3 Insolventiemediation

Insolventie biedt een bijzondere context voor mediation. Bij faillissement is een veelheid aan diverse belangen betrokken, die soms parallel lopen, maar soms ook tegengesteld zijn. Een schikking met de ene partij kan in de context van een faillissement consequenties hebben voor de grootte van de uitkering die een andere partij kan verwachten. Bovendien kunnen ook maatschappelijke belangen een rol spelen, zoals het behoud van werkgelegenheid.

Insolventiemediation kan niet los worden gezien van de kerntaak van de curator. Die kerntaak is het beheer en de vereffening van de boedel, waarbij het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop staat. In dat belang dient de curator in beginsel een zo hoog mogelijke boedelopbrengst te verwezenlijken.<sup>14</sup> De curator mag – of moet – daarbij rekening houden met maatschappelijke belangen.<sup>15</sup> De Hoge Raad heeft echter overwogen dat het belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement niet tot deze belangen van maatschappelijke aard behoort.<sup>16</sup> Ik leid hieruit af dat de curator slechts tot mediation mag overgaan als hij denkt dat mediation leidt tot een zo hoog mogelijke boedelopbrengst.<sup>17</sup> Het streven naar een zo hoog mogelijke boedelopbrengst dient ook gedurende de mediation steeds het richtsnoer voor de curator te zijn.

## 3. Pilots insolventiemediation

### 3.1 De pilots

In de rechtspraak is de gedachte ontstaan dat de gerechtelijke procedure niet altijd de beste oplossing biedt voor geschillen in en rondom faillissement.<sup>18</sup> Deze gedachte heeft geleid tot pilots met mediation bij de rechtbanken Amsterdam,<sup>19</sup> Rotterdam,<sup>20</sup> Den Haag<sup>21</sup> en de rechtbank Midden-Nederland.<sup>22</sup> Deze pilots passen in de ontwikkeling van 'maatschappelijk effectieve rechtspraak'. De Rechtspraak zet zich onder deze noemer in voor een procedure waarin de rechter zich niet alleen laat leiden door juridische overwegingen, maar streeft naar een oplossing voor de problemen

5 M.A. Simon Thomas, M. de Kort-de Wolde, E. Schutte & M. Schonewille, *ZAM/ACB Onderzoek naar kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation onder advocaten, bedrijven en rechters in Nederland*, Utrecht: Montaigne Centrum voor Rechtspraak en Rechtspleging 2018, p. 59–60.

6 Vgl. H. Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 83.

7 Brenninkmeijer e.a. 2017, p. 29–30; Shipman e.a. 2018, p. 135.

8 Brenninkmeijer e.a. 2017, p. 45.

9 Brenninkmeijer e.a. 2017, p. 45–46.

10 Brenninkmeijer e.a. 2017, p. 46.

11 Simon Thomas e.a. 2018, p. 62.

12 Simon Thomas e.a. 2018, p. 62. Zie ook M. Brink, *(Business) mediation en materiedeskundigheid*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2012, p. 20.

13 E. van Beukering, 'Zakelijk conflictmanagement in breed perspectief', *TMD* (14) 2010, afl. 1, p. 11–12.

14 Vgl. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 82; B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring (Insolventierecht IV)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 112 & p. 184.

15 Verstijlen 1998, p. 153; F.M.J. Verstijlen, *GD Faillissementswet*, art. 68, aant. 9.

16 HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, *NJ* 2004/293, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Curatoren Mobell/Interplan*).

17 Vgl. over het aangaan van een vaststellingsovereenkomst R. Bremer, 'Schikkingsperikelen tijdens faillissement', *Tvl* 2007/17; G.G. Boeve, 'De vaststellingsovereenkomst in faillissement', *Tvl* 2019/24, p. 180.

18 J.J. Draaijer & A. van Hees, 'Pilot mediation', *Tvl* 2013, afl. 6, p. 244; E.J. van Gruijthuisen & A.J. van Spengen, 'Mediation in de Rotterdamse insolventiepraktijk: gewoon doen!', *FIP* 2018, afl. 2, p. 41.

19 Draaijer & Van Hees 2013.

20 Van Gruijthuisen & Van Spengen 2018.

21 Eindevaluatie Pilot 'Mediation in Insolventies', rechtbank Den Haag 2018–2020.

22 'Rechtbank Midden-Nederland start pilot mediation in faillissementen', <https://insolventiemediation.nl/rechtbanken/midden-nederland/> (laatst geraadpleegd 15 oktober 2021).

van de rechtszoekenden.<sup>23</sup> In het kader van maatschappelijk effectieve rechtspraak zijn verschillende projecten opgestart, zoals laagdrempelige wijkrechtspraak in Den Haag, Rotterdam en Overijssel.<sup>24</sup>

Bij alle vier de pilots in het kader van insolventiemediation was het sleutelmoment het verzoek tot een procesmachtiging door de curator aan de rechter-commissaris (art. 68 lid 2 Fw). Bij de behandeling van een dergelijk verzoek besprak de rechter-commissaris de mogelijkheden van mediation. Dat gesprek kon leiden tot een doorverwijzing naar mediation via het mediationbureau van de rechtbank. In Amsterdam kende de pilot daarnaast de mogelijkheid van doorverwijzing naar mediation bij een faillissementsaanvraag, met als doel het voorkomen van een nodeloos faillissement. Van deze pre-faillissementsmediation werd tijdens de Amsterdamse pilot slechts éénmaal gebruik gemaakt.<sup>25</sup>

De werkwijze waarbij de rechter-commissaris mediation ter sprake brengt voordat hij een procesmachtiging verleent, doet denken aan de discussie over mediation als een verplicht voorportaal voor de gerechtelijke procedure.<sup>26</sup> Een verplichting is volgens tegenstanders in strijd met het beginsel van mediation dat mediation vrijwillig moet zijn.<sup>27</sup> Van daadwerkelijk verplichte mediation is echter geen sprake, de curator zal de rechter-commissaris wel moeten overtuigen van zijn keuze als hij niet op mediation wil overgaan en toch een procesmachtiging wil verkrijgen.

De pilots werkten met een lijst van geselecteerde mediators. Op de lijst werden steeds alleen professionele en ervaren mediators opgenomen die kennis hebben van het faillissementsrecht. De keuze voor een bepaalde mediator in een specifieke zaak werd gemaakt door partijen, al dan niet met hulp van het Mediationbureau van de desbetreffende rechtbank.<sup>28</sup>

### 3.2 *Lessen uit de pilots*

Aan de hand van de evaluaties van de pilots beschrijf ik op deze plaats enkele opvallende conclusies uit die evaluaties van de pilots. De pilots in Amsterdam, Den Haag en Rotterdam zijn in meer of mindere mate geëvalueerd. In Amsterdam hebben Draaijer en Van Hees bij wijze van tussenevaluatie betrokkenen bij de mediations geïnterviewd.<sup>29</sup> In Den Haag en Rotterdam is een eindevaluatie opgesteld aan de

hand van evaluatieformulieren.<sup>30</sup> De pilot van de rechtbank Midden-Nederland is niet geëvalueerd, in Amsterdam is het bij de tussenevaluatie gebleven.

Het eerste dat opvalt, is het lage absolute aantal mediations. Het gaat om tussen de 12 en de 17 mediations per pilot in Den Haag, Rotterdam en Amsterdam. Deze lage aantallen dwingen tot voorzichtigheid wat betreft de conclusies die uit de pilots kunnen worden getrokken. De aantallen zijn immers te laag om algemene conclusies te trekken over insolventiemediation. Tegelijkertijd hoeven de lage aantallen ook niet tot scepsis te leiden. In Den Haag is het aantal aanmeldingen voor mediations (14) uitgezet tegen het totale aantal verzoeken om een procesmachtiging (104) in twee jaar tijd:<sup>31</sup> dat is een minderheid, maar mijns inziens wel een substantiële minderheid van de verzoeken om een procesmachtiging.

De pilot in Amsterdam is uitgedoofd. Doorverwijzing naar mediation is nog mogelijk, maar het is geen standaardwerkwijze meer dat de rechter-commissaris mediation bespreekt bij het behandelen van een verzoek om een procesmachtiging. Uit navraag blijkt dat de focus op mediation is afgenomen door personele wisselingen. Dit onderstreept dat de rechter-commissaris een belangrijke rol speelt bij het initiëren van een mediation: stelt de rechter-commissaris mediation niet aan de orde, dan komt het er ook niet van.

De doorlooptijd van de insolventiemediations in het kader van de pilots was laag: in Amsterdam vier tot acht weken, verspreid over twee tot drie bijeenkomsten. In Rotterdam was de doorlooptijd langer, één tot acht maanden. Dat is sneller dan de doorlooptijd van een gerechtelijke procedure, maar langer dan de rechtbank Rotterdam had verwacht. Van Gruijthuijsen en Van Spengen verklaren deze lange duur doordat het lang duurt voordat een eerste afspraak werd gepland.<sup>32</sup>

De mediations leiden in een overgrote meerderheid van de gevallen tot overeenstemming. De deelnemers aan de pilots tonen zich overwegend tevreden over mediation. In Rotterdam waren deelnemers neutraal tot zeer tevreden over de mediator. Er werden enkele kritische opmerkingen gemaakt over de deskundigheid van de mediator, maar de auteurs van het evaluatie-artikel in Rotterdam vragen zich af of dat te maken kan hebben met de aard van mediation. Mediation is primair gericht op de wederzijdse belangen, en minder op een juridische oplossing. Als dat inderdaad het geval is, kan deze onvrede te maken hebben met onbekendheid van de mediation en onjuiste verwachtingen over

23 'Rechtspraak maakt samenleven mogelijk', Jaarplan 2020, Raad voor de rechtspraak, p. 16. Zie ook R.H. de Bock, 'De zin en onzin van maatschappelijk effectieve rechtspraak', *Ars Aequi* 2020, p. 258; C.J.M. Klaassen, 'Waartoe is de civiele rechter op aarde?', *WPNR* 2021, p. 133-135.

24 J.L.M. Luiten, 'Maatschappelijk effectieve rechtspraak: de Haagse Wijk-rechter en de Rotterdamse Regelrechter', *Tijdschrift voor de procespraktijk* 2018, p. 137-139; 'Maatschappelijk effectieve rechtspraak', folder Raad voor de rechtspraak, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/0140-RVR-folder-maatschappelijk-effectieve-rechtspraak.pdf>.

25 Draaijer & Van Hees 2013, p. 246.

26 Zie M. Brink, "'Verplichtstelling' van mediation?", *NJB* 2011/1998.

27 Brink 2011.

28 Draaijer & Van Hees 2013, p. 247; Gruijthuijsen & Van Spengen 2018, p. 42.

29 Draaijer & Van Hees 2013, p. 244. De eindevaluatie is niet gepubliceerd.

30 Gruijthuijsen & Van Spengen 2018, p. 42; Eindevaluatie Pilot 'Mediation in Insolventies', rechtbank Den Haag 2018-2020, p. 2.

31 Eindevaluatie Pilot 'Mediation in Insolventies', rechtbank Den Haag 2018-2020, p. 1.

32 Gruijthuijsen & Van Spengen 2018, p. 42. Overigens blijkt uit deze formulering dat de rechtbank Rotterdam de doorlooptijd rekent vanaf de doorverwijzing. Het is niet duidelijk of de rechtbanken Amsterdam en Den Haag rekenen vanaf de doorverwijzing of vanaf de eerste afspraak van het mediationtraject.

het mediationproces. Partijen waren in Rotterdam tevreden over de kosten van mediation.

In Rotterdam is ook gekeken naar het type zaken dat is verwezen naar mediation. De meeste zaken hadden betrekking op bestuurdersaansprakelijkheid, paulianeus handelen, een oneigenlijke doorstart kort voorafgaand aan het faillissement en incasso van een vordering door de gefailleerde jegens een debiteur.<sup>33</sup> Volgens Van Gruijthuisen en Van Spengen betreft het een representatieve afspiegeling van de zaken die zich in de faillissementspraktijk voordoen.<sup>34</sup> Schikkingsbedragen liepen uiteen van 1% tot 40% van de oorspronkelijke vordering van de curator.<sup>35</sup>

De snelheid en de lage kosten zijn de meest genoemde redenen om voor mediation te kiezen. Andere keuzemotieven zijn het advies van een advocaat of het voorstel van de rechter-commissaris. In enkele gevallen werd het 'in de eigen hand houden van de oplossing' genoemd (twee keer, in Den Haag<sup>36</sup>). Het is opvallend dat de snelheid en de lage kosten de meest genoemde keuzemotieven zijn. De keuze voor mediation komt niet voort uit de kenmerkende aard van mediation. Mediation wordt in de literatuur vooral geroemd om de mogelijkheid om de relatie te behouden of een creatieve oplossing te zoeken, die recht doet aan de belangen van partijen (zie par. 2). Gebruikers van insolventiemediation gedurende de pilot lijken vooral op zoek te zijn naar een snelle en goedkope manier om hun geschil te beëindigen. Deze constatering staat niet op zichzelf. Genn schrijft over mediation in Engeland:

"It seems that the principal motivation for mediation is to avoid the anticipated cost, delay and discomfort of trial. It is not about reconciliation, or growth, or conflict reduction. It is because parties have been told and believe that mediation is a quicker and cheaper way of achieving some sort of remedy".<sup>37</sup>

### 3.3 Huidige stand van zaken

In Rotterdam en Den Haag maakt insolventiemediation inmiddels deel uit van de standaardwerkwijze van de rechtbank. In beide gevallen vraagt de rechter-commissaris of de curator mediation heeft overwogen.<sup>38</sup>

In Amsterdam is doorverwijzing naar mediation nog mogelijk, maar is het bespreken van mediation bij een verzoek om een procesmachtiging geen standaardwerkwijze meer. Aan de rechtbank Midden-Nederland heeft de pilot voorsnag

niet geleid tot substantiële aantallen doorverwijzingen naar mediation.

### 4. Naar een landelijke pilot insolventiemediation?

Hoewel de absolute aantallen nog laag zijn, smaken de positieve ervaringen naar meer. Mediation was tijdens de pilot een snelle manier om faillissementsgeschillen op te lossen. Deelnemers waren overwegend tevreden over de mediation, de mediator en de kosten van mediation.

Tegelijkertijd blijkt dat mediation in de insolventiepraktijk een zetje kan gebruiken: waar de aandacht van de rechters-commissarissen verslapt, neemt ook het aantal mediations af. De rechter-commissaris kan dat zetje geven door mediation te bespreken als de curator om een procesmachtiging verzoekt. Daarmee dient de rechter-commissaris het belang van de gezamenlijke crediteuren, die immers baat hebben bij een snelle en goedkope manier om het geschil te beslechten.

Het lijkt mij op zijn plaats om insolventiemediation op grotere schaal te onderzoeken. Een landelijke pilot insolventiemediation is daartoe een logische volgende stap. Daarbij zou het wenselijk zijn als deze landelijke pilot uniform wordt geëvalueerd. De pilot zou bovendien een langdurige looptijd moeten kennen. Een dergelijke langdurige, landelijke pilot kan grotere absolute aantallen mediations genereren. Dat versterkt het zicht op de kansen en risico's en brengt een grotere diversiteit aan ervaringen van procesdeelnemers in kaart. Zo kunnen duidelijke conclusies worden getrokken over mediation als conflictoplossing in de specifieke context van het faillissementsrecht. Ik zie hier een taak voor de Regiegroep Innovatie van de Raad voor de rechtspraak.<sup>39</sup>

Tijdens een dergelijke landelijke pilot kan worden vastgesteld of ook met grotere aantallen mediations vaak overeenstemming wordt bereikt. Bovendien leidt een groter aantal mediations ook tot een groter (absoluut) aantal mediations die niet tot overeenstemming hebben geleid. Omdat mediation tijdens de pilots zo vaak tot overeenstemming heeft geleid, zijn ervaringen van deelnemers aan een 'mislukt' mediationstraject nauwelijks in de evaluatie van de pilot betrokken. Zijn deze deelnemers net zo tevreden over mediations? Heeft een mediation die niet tot overeenstemming heeft geleid, ook meerwaarde voor procespartijen, bijvoorbeeld doordat mediation meer inzicht heeft opgeleverd in de achtergrond van het geschil? Of is mediation voor deze groep slechts een extra hindernis in de toegang tot de rechter?

De landelijke pilot kan wat betreft de werkwijze voortbouwen op de pilots in Amsterdam, Den Haag en Rotterdam. De focus ligt dan op het stimuleren van mediation door de rechter-commissaris bij een verzoek om een procesmachtiging.

33 Van Gruijthuisen & Van Spengen 2018, p. 42.

34 Van Gruijthuisen & Van Spengen 2018, p. 43.

35 De achtergrond van die 1% is dat de curator het gehele boedeltekort vordert, maar dat bij gebreke aan verhaal slechts een deel van die vordering kan worden voldaan.

36 Eindevaluatie Pilot 'Mediation in Insolventies', rechtbank Den Haag 2018-2020, p. 4.

37 Genn 2010, p. 111.

38 Van Gruijthuisen & Van Spengen 2018, p. 42; Eindevaluatie Pilot 'Mediation in Insolventies', rechtbank Den Haag 2018-2020, p. 2.

39 Zie Jaarplan 2020 van de Raad voor de rechtspraak, p. 12.



In navolging van de Haagse circulaire zouden de overwegingen van de curator ten aanzien van mediation opgenomen moeten worden in het (schriftelijke) verzoek, als startpunt van een gesprek tussen de rechter-commissaris en de mediator. Zoals gebruikelijk is in de rechtbank Rotterdam kan de rechter-commissaris de wederpartij van de curator horen, alvorens op het verzoek te beslissen.<sup>40</sup> Ook dat gesprek kan de rechter-commissaris aanleiding geven om mediation te bespreken.

Op basis van de wensen van partijen zoals die blijken uit voorgaande pilots moet de landelijke pilot vooral gericht zijn op een snelle en goedkope procedure. De mediator mag daarbij de regie over de procedure in de hand nemen en mag sturend optreden op de inhoud, bijvoorbeeld door voorstellen te doen over een mogelijke oplossing. Daar dient rekening mee te worden gehouden bij de selectie van mediators die participeren in een landelijke pilot.

## 5. Mediation, wat nu? Aandachtspunten voor de rechtspraktijk

Nu een aantal rechtbanken mediation bespreken bij een machtigingsverzoek, zullen steeds meer praktijkjuristen te maken krijgen met insolventiemediation. Daarom bespreek ik op deze plaats een aantal vragen waar een praktijkjurist mogelijk mee te maken krijgt als insolventiemediation op zijn pad komt.

### 5.1 Het verloop van een mediationstraject

Volgens Schutte hebben mediations doorgaans een eenduidig verloop.<sup>41</sup> Hoewel variaties mogelijk zijn, neem ik op deze plaats ter illustratie de fase-indeling van Schutte over.

De mediation begint na de doorverwijzing met een intakefase, waarin procesafspraken worden gemaakt. De intakefase eindigt wanneer de mediationovereenkomst wordt opgesteld. Een mediationovereenkomst is een driehoeks-overeenkomst: partijen committeren zich over en weer aan mediation, en geven gezamenlijk opdracht aan de mediator. Na de intakefase begint de exploratiefase, waarin de aard en omvang van het geschil worden verkend. Bij deze fase kan ook worden ingegaan op eventuele emoties bij partijen. Daarna begint de onderhandelingsfase, waarin de opties voor een oplossing worden geformuleerd. Als overeenstemming ontstaat over de oplossingsrichting wordt in de slotfase de gekozen oplossing vastgelegd en wordt de vaststellingsovereenkomst getekend. De pilots laten zien dat voor insolventiemediation doorgaans enkele bijeenkomsten nodig zijn, verspreid over enkele weken tot enkele maanden.

### 5.2 De keuze voor mediation

Wanneer kiezen voor mediation? Richtsnoer voor de curator is zijn streven om een zo hoog mogelijke boedelopbrengst te genereren. Dat geldt ook voor de beslissing om al dan niet tot mediation over te gaan en voor de beslissing om de vaststellingsovereenkomst aan te gaan die in het kader van mediation wordt gesloten. Dat betekent dat mediation met name in aanmerking komt als de uitkomst van het geschil bij een rechter onzeker is. Wanneer de curator een (zeer) sterke zaak heeft, ligt een proces meer voor de hand: het moet worden vermeden dat een curator die evident gelijk heeft, in het kader van mediation toch een schikking aangaat. Dat geldt overigens ook voor de wederpartij: als de wederpartij evident gelijk heeft, verdient het de voorkeur dat de rechter-commissaris het verzoek om een procesmachtiging afwijst.

De bandbreedte voor een vaststellingsovereenkomst wordt idealiter bepaald aan de hand van een inschatting van de proceskansen, vermenigvuldigd met het procesbelang. Daarnaast dient de curator rekening te houden met de verhaalsmogelijkheden.<sup>42</sup>

Voor de wederpartij geldt dat hij vrij is in zijn beslissing om te participeren in mediation en om de vaststellingsovereenkomst al dan niet aan te gaan.

### 5.3 De kosten voor mediation

De kosten voor mediation worden normaal gesproken bij helfte verdeeld over beide partijen,<sup>43</sup> hoewel een afwijkende kostenverdeling ook mogelijk is. Van belang is dat de kosten van de curator kwalificeren als boedelschuld. De mediationsovereenkomst is immers door de curator in zijn hoedanigheid aangegaan.<sup>44</sup>

Indien de mediation betrekking heeft op een onderwerp dat binnen de reikwijdte van de Garantstellingsregeling curatoren 2012 valt, kan de curator voor de kosten van mediation een beroep doen op de garantstellingsregeling.<sup>45</sup> Het gaat daarbij om geschillen op grond van onbehoorlijk bestuur of een actio pauliana (zie art. 2 Garantstellingsregeling curatoren 2012).

### 5.4 Aandachtspunten voor de mediationovereenkomst

#### 5.4.1 Mediationovereenkomst

Mediation kent geen wettelijke regeling. Na verschillende pogingen om een mediationwet in te voeren, heeft de minister voor Rechtsbescherming inmiddels definitief

40 Frima & De Vos 2019.

41 E. Schutte, 'Mediation in ondernemings(rechtelijke) geschillen', in: C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijsen, *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI (Serie Onderneming & recht, nr. 113)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 297.

42 Boeve 2019, p. 180.

43 Vgl. de MFN model-mediationclausule op [www.mfnregister.nl](http://www.mfnregister.nl).

44 Vgl. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), JOR 2013/224, m.nt. G.A.J. Boekraad, r.o. 3.7.1.

45 Factsheet garantstelling curatoren, Justis, [https://www.justis.nl/binaries/Factsheet%20Garantstelling%20curatoren%20juli%202021\\_tcm34-475105.pdf](https://www.justis.nl/binaries/Factsheet%20Garantstelling%20curatoren%20juli%202021_tcm34-475105.pdf); zie ook Van Gruijthuisen & Van Spengen 2018, p. 42.

afgezien van een wetsvoorstel.<sup>46</sup> Een specifieke uitzondering is grensoverschrijdende mediation in burgerlijke en handelszaken, waarvoor een wettelijke regeling geldt ter uitvoering van de Europese Mediationrichtlijn.<sup>47</sup> Deze Mediationrichtlijn en zijn uitvoeringswet zijn alleen van toepassing op mediations als een van de partijen zijn gewone verblijfplaats heeft in een andere EU-lidstaat.

Omdat geen wettelijke regeling bestaat, dienen de uitgangspunten van de mediation in de mediationovereenkomst te worden opgenomen. Als de betrokken mediator geregistreerd is in het register van de Mediatorsfederatie Nederland (het MfN), wordt doorgaans het MfN-Mediationreglement van toepassing verklaard in de mediationovereenkomst. Dit reglement bevat bepalingen om de uitgangspunten van mediation juridisch te verankeren. Het gaat om zelfbeschikking, vrijwilligheid en vertrouwelijkheid (zie par. 2.1). Ik verwijz in deze paragraaf naar het MfN-Mediationreglement als voorbeeld. In het geval van insolventiemediation verdient de mediationovereenkomst extra aandacht, omdat standaardovereenkomsten – zoals het MfN-Mediationreglement – niet voorzien in voorschriften voor situaties die zich specifiek in het faillissement voordoen.

#### 5.4.2 Vormvereisten

De vrijwilligheid van mediation wordt gewaarborgd door een bepaling die inhoudt dat elke partij en de mediator de mediation op elk moment mogen beëindigen (art. 5.1 MfN-Mediationreglement). Daarnaast bevat het reglement een vormvoorschrift. Alleen een schriftelijke en getekende overeenkomst kan tot bindende afspraken leiden (art. 5.2 MfN-Mediationreglement). Zo kunnen partijen verschillende opties verkennen zonder dat door aanbod en aanvaarding overeenkomsten in het leven worden geroepen (art. 6:217 BW). Mediation moet leiden tot een *package deal*. Zo wordt het uitgangspunt van zelfbeschikking in de mediationovereenkomst gewaarborgd.

In het geval van insolventiemediation moet een vaststellingsovereenkomst worden goedgekeurd door de rechter-commissaris (art. 104 Fw). In dat kader verdient het aanbeveling om het vormvoorschrift uit te breiden met de bepaling dat de vaststellingsovereenkomst gesloten zal worden onder de opschortende voorwaarde dat de rechter-commissaris toestemming verleent voor het sluiten van die vaststellingsovereenkomst. Als deze opschortende voorwaarde bij de intakefase wordt besproken, draagt eraan bij dat voor de wederpartij van begin af aan duidelijk is wat de status van de vaststellingsovereenkomst zal worden.

#### 5.4.3 Vertrouwelijkheid

Ten aanzien van de vertrouwelijkheid bevat de mediationovereenkomst doorgaans een geheimhoudingsbeding en

een bewijsovereenkomst (art. 7 MfN-Mediationreglement). Partijen komen overeen dat zij geen mededelingen doen over het verloop van de mediation en dat de informatie die uitgewisseld is in het kader van de mediation niet met derden wordt gedeeld. Dat geldt uitdrukkelijk ook voor het delen van informatie met rechters en arbiters. De bewijsovereenkomst houdt in dat partijen overeenkomen dat zij hetgeen in de mediation naar voren is gekomen, niet als bewijs gebruiken in een gerechtelijke procedure. Ook komen partijen in de regel overeen elkaar, de mediator of andere betrokkenen niet als getuige op te roepen (art. 7.4 MfN Mediationreglement).<sup>48</sup> Het is belangrijk aandacht te besteden aan de precieze bewoording van deze bepaling, omdat de Hoge Raad heeft overwogen dat uitdrukkelijk uit de tekst van de overeenkomst moet blijken dat partijen hebben beoogd een bewijsovereenkomst te sluiten:

“Het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling, welk belang mede ten grondslag ligt aan de in art. 165 lid 1 [Rv, JvM] neergelegde getuigplicht, brengt mee dat niet spoedig mag worden aangenomen dat een overeenkomst zonder een uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling, een bewijsovereenkomst is die ertoe strekt de verklaring van de mediator als getuige in een rechtsgeding als bewijsmiddel uit te sluiten”.<sup>49</sup>

Het belang van deze bewijsovereenkomst wordt daarnaast versterkt doordat de Hoge Raad in dezelfde beschikking een verschoningsrecht voor mediators heeft afgewezen.<sup>50</sup> Wie wil voorkomen dat de mediator een getuigenverklaring moet afleggen, dient dat dus expliciet overeen te komen, bijvoorbeeld door het MfN-mediationreglement van toepassing te verklaren.<sup>51</sup>

Deze afspraken leiden tot aandachtspunten in de specifieke context van het faillissement. De tekst van de MfN-Mediationreglement zou ertoe leiden dat de curator geen inlichtingen kan verschaffen aan de rechter-commissaris. Ik ben van mening dat de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris meebrengt dat de curator de rechter-commissaris moet kunnen informeren over de mediation. Daartoe dient een uitzondering op de geheimhoudingsovereenkomst te worden opgenomen.

Een dergelijke uitzondering moet in ieder geval mogelijk maken dat de curator de rechter-commissaris inlichtingen verschaft over het feit dat mediation heeft plaatsgevonden en of overeenstemming is bereikt. Daarnaast spreekt voor

46 Brief van de minister voor Rechtsbescherming van 25 juni 2021 inzake Mediation en het rechtsbestel, *Kamerstukken II 2020/21*, 29528, nr. 13.

47 Wet van 15 november 2012, *Stb.* 2012, 570; Richtlijn nr. 2008/52/EG.

48 Zie ook Tideman 2017, p. 148.

49 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ 2010/471*, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.3.

50 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ 2010/471*, m.nt. C.J.M. Klaassen r.o. 3.6.1-3.6.2.

51 Dit is anders indien de Mediationrichtlijn van toepassing is. Art. 5 van de Implementatiewet voorziet in een verschoningsrecht van de mediator en anderen die bij de mediation zijn betrokken. Zie ook HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:274, *JOR 2021/140*, m.nt. J. van Mourik.

zich dat de curator een eventuele vaststellingsovereenkomst met de rechter-commissaris moet kunnen delen.

Vanuit de beginselen van mediation ligt het gevoelig om een verdergaande uitzondering op de vertrouwelijkheid te aanvaarden. Toch denk ik dat dat wenselijk is. De rechter-commissaris heeft een toezichthoudende taak. De mate waarin de rechter-commissaris zijn toezichthoudende taak kan invullen, zou niet moeten afhangen van de gekozen werkwijze om een geschil op te lossen. Juist bij mediation, waar de curator met één partij om de tafel zit, is van belang dat de rechter-commissaris de belangen van de gezamenlijke crediteuren bewaakt. Als de mediation tot overeenstemming leidt, moet de curator daarom in het kader van de toestemming ex art. 104 Fw kunnen uitleggen waarom de vaststellingsovereenkomst te verkiezen is boven een juridische procedure.

Ook als de mediation niet tot overeenstemming leidt en de curator alsnog een procesmachtiging verzoekt, mag de rechter-commissaris mijns inziens verwachten dat de curator een toelichting geeft op de mediation. Dat geldt vooral als de mediation geïnitieerd is door de rechter-commissaris in het kader van een voorafgaand verzoek aan een procesmachtiging. In dat geval moet de rechter-commissaris kunnen beoordelen of de curator zich voldoende heeft ingezet voor het bereiken van een oplossing.

De tekst van de geheimhoudingsbepaling moet dus mogelijk maken dat de curator inhoudelijk ingaat op hetgeen tijdens de mediation is besproken. Vanzelfsprekend is daarbij van belang dat de informatie niet verder wordt gedeeld en tussen de curator en de rechter-commissaris blijft. Zo wordt toch recht gedaan aan het vertrouwelijk karakter van mediation.

De tekst van de geheimhoudingsbepaling dient verder mogelijk te maken dat de curator in zijn faillissementsverslag opmerkt dat mediation heeft plaatsgevonden, al dan niet met succes. Ook kan het in voorkomende gevallen nodig zijn dat andere stakeholders worden geïnformeerd, zoals doorstarters.

De voorlichting van de curator aan de rechter-commissaris vergt een balanceeroefening tussen enerzijds de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris en anderzijds de vertrouwelijkheid als uitgangspunt van mediation. Het zou voor de praktijk behulpzaam zijn als betrokken organisaties, zoals mediationverenigingen, Insolad en Recofa, een standaardclausule opstellen voor een vertrouwelijkheidsbepaling met de nodige uitzonderingen. Dat is des te meer van belang indien het inderdaad tot een landelijke pilot insolventiemediation komt, zoals ik hierboven bepleit.

### 5.5 Verjaring

Een ander aandachtspunt is de verjaring van de vordering waarop de mediation ziet. De Hoge Raad heeft recent geoordeeld over de stuitende werking van grensoverschrijdende

mediation. De Hoge Raad overwoog dat een grensoverschrijdende mediation stuitende werking heeft op basis van de implementatiewet van de Europese mediationrichtlijn.<sup>52</sup> In de conclusie bij dit arrest gaat A-G De Bock er vanuit dat nationale mediation geen stuitende werking heeft, omdat mediation geen daad van rechtsvervolgning is in de zin van art. 3:316 BW.<sup>53</sup> Het is dus aan te bevelen dat de eisende partij de vordering stuit. Een formele stuitingshandeling kan onderdeel uitmaken van de intakefase van de mediation.

### 5.6 Derde betrokkenen bij faillissement

Bij een faillissement zijn verschillende belanghebbende partijen betrokken. Deze belanghebbenden kunnen onder omstandigheden interveniëren om het handelen van de curator te beïnvloeden. Om teleurstellingen te voorkomen, acht ik het raadzaam dat de curator met zijn wederpartij bespreekt of te verwachten valt dat derden zich tegen de vaststellingsovereenkomst verzetten.<sup>54</sup>

Een schuldeiser kan verzoeken om een bevel van de rechter-commissaris aan de curator (art. 69 Fw). Een dergelijk verzoek kan worden gebruikt om het sluiten van een vaststellingsovereenkomst te voorkomen.<sup>55</sup> Overigens is het vernietigen van een vaststellingsovereenkomst op grond van art. 69 Fw niet mogelijk na de goedkeuring van de rechter-commissaris.<sup>56</sup>

Als de mediation betrekking heeft op een verifieerbare faillissementsvordering doet zich een specifieke moeilijkheid voor. De Hoge Raad heeft overwogen dat een vaststellingsovereenkomst waarin de curator zich ertoe verbindt een vordering (gedeeltelijk) te erkennen, de overige faillissementsschuldeisers niet bindt.<sup>57</sup> Dat betekent dat als de curator en een schuldeiser een geschil hebben over een verifieerbare vordering en over die vordering in een mediation een vaststellingsovereenkomst sluiten, die inhoudt dat de curator de vordering (gedeeltelijk) erkent, een andere schuldeiser de vordering alsnog kan betwisten (ex art. 119 Fw). Het is in een dergelijk geval dus raadzaam om eerst af te wachten of ook andere schuldeisers de vordering betwisten. Is dat niet het geval, dan kan alsnog mediation worden betracht. Is dat wel het geval, dan zal van de omstandigheden afhangen of meerpartijenmediation een oplossing kan bieden of een renvooiprocedure alsnog is aangewezen (art. 122 Fw). Het

52 HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:274, NJ 2021/126, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, JOR 2021/140, m.nt. J. van Mourik, r.o. 4.2.5.

53 Conclusie A-G de Bock 25 september 2020, ECLI:NL:PHR:2020:845, bij HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:274, NJ 2021/126, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, JOR 2021/140, m.nt. J. van Mourik, r.o. 4.2.5.

54 Zie uitgebreid: Boeve 2019.

55 Bijv. rechtbank Midden-Nederland 11 februari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:502.

56 HR 9 april 1943, ECLI:NL:HR:1943:115, NJ 1943/351; HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2076, NJ 2014/152, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Nationale Borg-Maatschappijen/Van Leeuwen*), r.o. 3.4; Boeve 2019, p. 185.

57 HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684, NJ 2005/95 (*Lunderstädt/De Kok-Neptunus*); HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Sobi/Hurks II*); HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2076, NJ 2014/152, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Nationale Borg-Maatschappijen/Van Leeuwen*), r.o. 3.4. Zie ook Boeve 2019, p. 184.

zou immers zonde zijn als de tijd en kosten van een mediationstraject voor niets zouden zijn, omdat een andere schuldeiser de vordering alsnog betwist.

## 6. Conclusie

Mediation is in opkomst als wijze van geschilbeslechting in de insolventierechtspraktijk. Steeds meer curatoren en hun wederpartijen zullen in aanraking komen met mediation, bijvoorbeeld doordat de rechter-commissaris mediation voorstelt als de curator om een procesmachtiging verzoekt. Voorop staat dat mediation mogelijk is in een faillissement. Niets staat eraan in de weg dat de curator of de wederpartij zelf het initiatief nemen tot mediation. De positieve resultaten van insolventiemediation laten zien dat het de moeite waard is om mediation te betrachten.

De pilots in Amsterdam, Den Haag en Rotterdam laten zien dat procesdeelnemers tevreden zijn en dat mediation sneller en goedkoper is dan de gerechtelijke procedure. De positieve resultaten kunnen ertoe leiden dat insolventiemediation ook door andere rechtbanken worden omarmd. Tegelijkertijd is de basis voor insolventiemediation nog fragiel, omdat het gaat om een laag absoluut aantal mediations. Ik pleit daarom voor een landelijke, uniforme pilot, zodat grotere aantallen mediations worden gegenereerd. Dat is nodig om eenduidige conclusies te verbinden over het verloop van insolventiemediation. Deze pilot dient vooral gericht te zijn op een snelle en goedkope procedure.

Daarnaast heb ik enkele aandachtspunten geschetst voor de praktijkjurist die met insolventiemediation te maken krijgt. Daarbij is met name van belang dat de standaard-mediation-overeenkomst niet op alle punten geschikt is voor insolventiemediation. Met name de geheimhoudingsbepaling verdient aanvullende aandacht. Zo dient een uitzonderingsbepaling te worden opgenomen, zodat de curator de rechter-commissaris kan informeren over de voortgang van de mediation.

Tot slot zij opgemerkt dat de mogelijkheden niet beperkt zijn tot mediation op initiatief van de rechter-commissaris. In verschillende gevallen kan mediation aangewezen zijn en kan mediation een snel en goedkoop alternatief zijn voor de juridische procedure. De positieve ervaringen van deelnemers aan de pilots van de genoemde rechtbanken onderstrepen dat. Als de curator of zijn wederpartij denkt dat een geschil zich leent voor mediation, staat niets eraan in de weg om zelf het initiatief te nemen tot insolventiemediation.