



Aan de Minister van Veiligheid en Justitie
De Weledelgestreng Heer Mr. G.A. van der Steur,

Geachte heer van der Steur,

De Stichting Insolventie Mediation heeft kennisgenomen van het ter consultatie voorgelegde concept van de Wet bevordering mediation en maakt gaarne gebruik van de haar geboden gelegenheid daarop – vanuit haar perspectief van voorvechter van het gebruik van mediation in de insolventiepraktijk – een paar kanttekeningen bij te plaatsen en suggesties te doen.

1. Inleiding

De Stichting Insolventie Mediation (SIM) stelt zich ten doel het bevorderen van een efficiënte geschillenoplossing in pre-insolventie situaties en bij faillissementen, surseances van betaling en schuldsaneringen door mediation.

Zij tracht dit doel onder meer te bereiken door het faciliteren van de bedoelde mediations, het geven van voorlichting en informatie over insolventie mediation, het publiceren over insolventie mediation, het organiseren van studiebijeenkomsten en/of het verlenen van medewerking daaraan, het bieden van een platform voor uitwisseling van kennis en ervaring en het stimuleren van wetenschappelijk onderzoek en ontwikkelen van kennis op het gebied van insolventie mediation. Zie verder: www.insolventiemediation.nl.

De SIM heeft het concept voorstel vooral beschouwd vanuit de insolventiepraktijk.

2. Mediation bij de faillissementsaanvraag

In de praktijk blijkt dat faillissementen soms zinloos of oneigenlijk worden aangevraagd.

Bijvoorbeeld door concurrente schuldeisers, die vermoeden of weten dat zij geen enkele uitkering uit het faillissement kunnen verwachten, vaak mede omdat het enige actief wordt besteed aan het salaris van de curator en andere boedelschulden of aan preferente schulden. Het faillissement is veelal zinloos voor de concurrente crediteuren. Zij hebben er veel meer

baat bij dat het bescheiden actief wordt benut voor een financiële oplossing buiten faillissement.

Faillissementen worden ook wel eens oneigenlijk aangevraagd. Er spelen heel andere geschillen, bijvoorbeeld tussen aandeelhouders. Die geschillen lopen zo hoog op, dat de aandeelhouders het faillissement uitlokken van hun gezamenlijke onderneming, en daarmee de onderneming te gronde richten en de crediteuren schaden.

Faillissementsaanvragen vallen onder gedingen als bedoeld in artikel 22a Rv.

De SIM adviseert de Minister om in de Faillissementswet op te nemen dat bij de behandeling van een faillissementsaanvraag wordt onderzocht of er achterliggende geschillen zijn en mediation niet zinvol kan zijn ter oplossing van die geschillen.

Als alternatief adviseert de SIM om in de Memorie van Toelichting bij de nieuwe wet op te nemen dat de wetgever beoogt dat de zittingsrechter bij de behandeling van de faillissementsaanvraag onderzoekt of mediation zinvol kan zijn:

- a) indien aannemelijk is dat de verzoeker geen belang heeft bij de faillissementsaanvraag, bijvoorbeeld omdat zijn vordering niet geheel of gedeeltelijk uit het boedelactief voldaan zal kunnen worden;
- b) indien aannemelijk is dat er een ander probleem of geschil achter het verzoek tot faillietverklaring schuil gaat;
- c) indien één van de betrokken partijen daarom verzoekt.

2. Mediation tijdens faillissement

Het is voor de schuldeisers onwenselijk dat de afwikkeling van faillissementen jaren wordt vertraagd door één of meer gerechtelijke procedures. Indien dergelijke procedures zich aandienen is het daarom wenselijk om mediation te beproeven.

De curator heeft op grond van art. 68 Fw de machtiging nodig van de rechter-commissaris voor het in rechte optreden

De SIM beveelt aan om artikel 68 Fw te wijzigen in die zin dat de rechter – commissaris, alvorens te besluiten over de machtiging, partijen voorstelt eerst mediation te beproeven. Slaagt de mediation dan is het geschil van de baan. Slaagt de mediation niet, dan is de noodzaak van een lange gerechtelijke procedure aangetoond.

De SIM beoogt niet om de beleidsvrijheid van de rechter-commissaris als toezichthouder in te perken. De SIM verwacht echter wel dat een actieve inzet van de rechter-commissaris gericht op mediation strookt met de stimulerende werking die de Minister met het wetsvoorstel beoogt. En dat daardoor vele procedures kunnen worden vermeden.

De curator heeft geen machtiging nodig voor renvooioprocedures als bedoeld in art. 122 Fw. Dat artikel bepaalt echter dat de rechter-commissaris een schikking zal beproeven, voordat hij partijen verwijst naar een zitting van de rechtbank.

In de praktijk komt het daar niet van. Tijdens de verificatievergadering, waar vorderingen van alle crediteuren aan de orde zijn, is geen geschikte gelegenheid om een schikking tussen één van de crediteuren en de curator te beproeven.

In lijn met de gedachte dat een snelle afwikkeling de voorkeur verdient, stelt de SIM voor om in art. 122 Fw, dan wel in de toelichting bij de nieuwe wet, op te nemen dat de rechter-commissaris een schikking ook kan beproeven door partijen te verwijzen naar mediation.

3. Verschoningsrecht

Het is voor betrokkenen in mediation van groot belang dat de vertrouwelijkheid en daarmee het verschoningsrecht van de mediator wordt gewaarborgd. In het onderhavige wetsvoorstel is artikel 165 Rv, lid 3, waarin het verschoningsrecht van de mediator was opgenomen, geschrapt. Dit zal betekenen dat de beantwoording van de vraag of een mediator verschoningsrecht heeft aan de rechter zal worden overgelaten. Dat zal leiden tot onnodige rechtsonzekerheid.

De Hoge Raad heeft vooralsnog het verschoningsrecht voor mediators afgewezen (HR 10 april 2009 ECLI:NL:2009:BG 9470). Voor grensoverschrijdende mediatons daarentegen is wel wettelijk vastgelegd dat de mediator een verschoningsrecht heeft (art. 5 lid 1 Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende mediation). Om rechtsonzekerheid op dit punt te voorkomen zouden wij we er voor willen pleiten het verschoningsrecht van de mediator wettelijk vast te leggen, met name nu die gelegenheid zich daartoe aandient.

4. Toelichting

Het bestuur van de SIM is gaarne beschikbaar voor nader overleg en toelichting.

In afwachting van uw berichten,

Met vriendelijke groet,

E.E.A.Dijxhoorn
Secretaris

WWW.INSOLVENTIEMEDIATION.NL

POSTBUS 1214. 3800 BE AMERSFOORT
secretariaat@insolventiemediation.nl