



Aan Zijne Excellentie de Minister van Rechtsbescherming
De Weledelgeboren heer F. M. Weerwind

Amersfoort, 8 maart 2022

De Stichting Insolventie Mediation (SIM) heeft kennisgenomen van het consultatiedocument Insolventierecht en maakt graag van de gelegenheid gebruik haar zienswijze ten aanzien van de inzet van mediation in de insolventiepraktijk met u delen.

De SIM is in 2016 opgericht en stelt zich ten doel het bevorderen van een efficiënte geschillenoplossing in pre-insolventie situaties en in insolventiesituaties door mediation. Zie ook www.insolventiemediation.nl.

De aandacht van SIM is in het bijzonder uitgegaan naar het gestelde onder het kopje "Toezicht door de rechter-commissaris" en de op de bladzijden 15 en 16 van het consultatiedocument gestelde vragen.

- a. Zijn er naar uw mening nog meer mogelijkheden om de positie van de rechter-commissaris en zijn toezichtrol in het faillissement verder te versterken?
- b. 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?
- c. Zouden belanghebbenden gehoord moeten worden voordat de rechter-commissaris een beslissing neemt over een verzoek tot machtiging, goedkeuring of toestemming van de curator ten behoeve van bijvoorbeeld het starten van een juridische procedure. Zo ja, wie zouden dan bij voorkeur gehoord moeten worden?

Wij beginnen bij **vraag b**, die volgens ons zonder meer bevestigend beantwoord moet worden.

Een faillissement is een vat vol tegenstrijdige belangen. En dus van conflicten. Curatoren zijn in staat om voor de meeste geschillen een tussenpartijdige oplossing te bereiken. Er blijven echter geschillen, in veel gevallen vorderingen van de boedel op derden, waarbij de curator er niet in slaagt in der minne betaling te krijgen. Een gang naar de rechter lijkt dan vaak de enige remedie.

Afgezien van de argumenten die voor ieder juridisch geschil gelden, te weten dat procederen geld en tijd kost en de uitkomst van een procedure per definitie onzeker is, zijn er in faillissementen bijkomende omstandigheden, die met zich meebrengen dat de afweging door de curator om te gaan procederen zeer zorgvuldig gemaakt moet worden.

1. Een procedure wordt gevoerd in het belang van de boedel {lees: de (boedel-)crediteuren}. Indien de lasten hoger zijn dan de baten gaat dat ten koste van die belanghebbenden. De curator dient de optie om te gaan procederen dan ook zorgvuldig af te wegen en daarbij alle relevante belangen (waaronder maatschappelijke belangen) en een kosten/baten analyse mee te wegen.
2. Het faillissement kan lopende een procedure niet worden afgewikkeld. Onderzoek bij Rechtbank Midden Nederland heeft aan het licht gebracht dat bij faillissementen waarin geprocedeerd wordt de doorlooptijd oploopt ongeveer verdubbeld wordt. Dat betekent extra werk voor de curator, langere belasting voor het rechtelijke apparaat en dat de crediteuren langer op hun geld moeten wachten.

Onderhandelingen in insolventiesituaties kunnen worden bemoeilijkt door onder andere de volgende factoren:

- a. In de ogen van de partij waarmee de curator een geschil heeft is er sprake van machtsongelijkheid. De curator is door de rechtbank aangesteld en heeft daarmee een openbare functie. De toezichthoudende taak van de rechter-commissaris is voor veel mensen onduidelijk. Dat maakt dat wederpartijen van curatoren veelal zeer terughoudend zijn en niet in staat zijn tot een open uitwisseling van standpunten.
- b. In zogenaamde rechtmatigheidsclaims (bestuurdersaansprakelijkheid, pauliana, onregelmatige verrekening, onrechtmatige daad), is de grondslag van de vordering gelegen in de overschrijding van een norm en over normen en waarden is het moeilijk onderhandelen. Dat speelt aan beide kanten. De curator die een rechtmatigheidsvordering instelt is er over het algemeen werkelijk (met de kennis achteraf) van overtuigd dat het pre- faillissements- handelen van de aangesproken partij niet door de beugel kan. Net zoals de aangesproken partij in het merendeel van de gevallen meent dat hij/zij geen enkele norm heeft geschonden.
- c. De impact voor de wederpartij van de curator is vaak groot, om het even of het nu gaat om door de curator aangesproken handelsdebiteuren of een bestuurder en om het even hoe verwijtbaar het handelen van die bestuurder is geweest.
- d. Een curator is tevens advocaat. Het is daarom voor hem of haar een natuurlijke reflex om, als de onderhandelingen niet direct het gewenst resultaat opleveren, het gelijk bij de rechter te halen.

Om een aantal redenen heeft onderhandelen onder leiding van een onpartijdige procesbegeleider, zoals een mediator een grotere slagingskans dan onderhandelingen zonder die begeleiding.

1. De aanwezigheid van een onafhankelijke en neutrale derde creëert een “level playing field”
2. De mediator kan de vicieuze cirkel van uitwisselen van haaks op elkaar staande standpunten doorbreken door met partijen belangen en opties te bespreken.
3. Een mediator kan – als neutrale buitenstaander – partijen in vertrouwen afzonderlijk bevragen over hun (onderhandelings-)strategie en schikkingsbereidheid om na te gaan

In de in het consultatiedocument genoemde bronnen en onderzoek door de Rechtbank Rotterdam is te vinden dat niet alleen aangetoond is dat de slagingskans van mediation in de insolventiepraktijk groot is, maar ook dat alleen het voorstellen van mediation door de RC (in het kader van de behandeling van een machtigingsverzoek ex artikel 68 Fw) er al toe leidt dat partijen toch met elkaar in gesprek gaan en tot een minnelijke regeling komen. Uit de pilot van de Rechtbank Rotterdam bleek dat 19% van de voor mediation aangemelde zaken alsnog geschikt zijn voor de start van de mediation en dat 12% van de door de curator aangemelde zaken zijn niet gestart omdat de wederpartij niet mee wilde werken, maar dat voor de 69% gestarte mediations is 75% geslaagd met een vaststellingsovereenkomst. In totaal leidt aansporing tot mediation door de RC dus in ruim 70% van de gevallen tot een minnelijke regeling.

Op de vraag hoe de inzet van mediation in de insolventiepraktijk bevorderd moet worden, hebben wij twee antwoorden.

Ten eerste zouden – meer nog dan nu gebeurt – curatoren ervan overtuigd moeten worden dat de boedel baat heeft bij de inschakeling van een onpartijdige procesbegeleider, zoals een mediator. Dat de onderhandelingen op enig moment niet tot overeenstemming geleid hebben, ligt niet per definitie aan de curator of de wijze waarop die zich van zijn taak kwijt, maar veelal aan het feit dat partijen zich niet kwetsbaar willen opstellen uit angst dat openheid wordt afgestraft. Kortom, het inschakelen van een

mediator is voor de curator die werkelijk een schikking wil treffen geen brevet van onvermogen, maar een verstandige inzet van middelen en professionele wijze van afwikkeling.

Ten tweede zouden RC's zich bij de beoordeling van een machtigingsverzoek ex 68 Fw moeten laten voorlichten, niet alleen over de juridische merites en de verhaalsmogelijkheden, maar ook over de redenen dat er geen minnelijke regeling tot stand is gekomen. De hierboven genoemde cijfers tonen het effect daarvan aan.

Dat brengt ons automatisch op de beantwoording van **vraag c**.

Er zijn goede gronden om de positie van de RC te versterken door het beginsel van hoor en wederhoor in artikel 68 Fw op te nemen, zoals door Frima en De Vos bepleit in "Het Machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?".

In het huidige systeem baseert de RC zijn beslissing volledig op de informatie die de curator in het machtigingsverzoek verschaft. De curator wordt geacht om het verweer ook juist en volledig weer te geven, maar het blijft eenzijdige informatie, die verstrekt wordt door iemand die er zijn beroep van gemaakt heeft anderen van zijn gelijk te overtuigen. Zie de door Frima/de Vos aangehaalde literatuur.

Het voeren van kostbare procedures heeft daarenboven een maatschappelijk effect. Onnodige – althans vermijdbare – procedures zijn niet alleen slecht voor de crediteuren, maar ook voor het imago van het instrument "insolventie" en de professionals die er een rol in spelen.

Het horen van partijen moet ertoe leiden dat door de RC vastgesteld kan worden of het voeren van een procedure werkelijk de aangewezen weg is om een impasse te doorbreken. De RC zal immers hoor – en wederhoor niet alleen gebruiken om meer inzicht te krijgen in de feiten en de rechtsvragen, maar ook onderzoeken of daadwerkelijk een minnelijke regeling onderzocht is en wat – afgezien van een verschil in inschatting van de uitkomst van een procedure – aan het bereiken van een schikking in de weg heeft gestaan. Daarbij zouden RC's op grond van hun toezichthoudende taak ervoor kunnen kiezen om in situaties waarin een minnelijke regeling onvoldoende is beproefd, partijen actief naar mediation te verwijzen. Door een actievere rol van de RC kunnen de hiervoor genoemde bezwaren die er aan de zijde van curatoren kunnen bestaan, worden verminderd.

Aldus beantwoordt de SIM de vraag c eveneens in positieve zin. Daarbij past wel de kanttekening dat van de verplichting om de belanghebbenden te horen door de RC moet kunnen worden afgeweken.

Voorbeelden van situaties waarin hoor en wederhoor niet zinvol is, zijn die waarin er sprake is van ernstige fraude of ander strafrechtelijk te vervolgen gedrag van belanghebbenden (zoals geweld of drieging met geweld) of wanneer de belanghebbende onvindbaar is of ieder (inhoudelijk) contact met de curator uit de weg gaat.

Wel zou in artikel 68 lid 3 Fw kunnen worden opgenomen dat de curator alvorens een machtiging tot procederen te vragen een minnelijke regeling en alternatieve geschillenbeslechting beproefd moet hebben. In de Memorie van Toelicht zou tot uitdrukking moeten worden gebracht dat de curator niet kan volstaan met de mededeling dat een poging tot schikken ondernomen is, maar zal moeten toelichten wat daartoe gedaan is en waarom het niet gelukt is.

Tot slot **vraag a**

Ter versterking van de positie van de rechter-commissaris is het denkbaar om nog twee andere kleine wetswijziging door te voeren.

1. Zo zou in artikel 66 lid 1 Fw kunnen worden vastgelegd dat de rechter-commissaris niet alleen bevoegd is ter opheldering van alle omstandigheden, het faillissement betreffende, getuigen te horen of een onderzoek van deskundigen te bevelen, maar ook belanghebbenden te horen.
2. De groep belanghebbenden die ex artikel 69 Fw bij de RC kan "opkomen" zou uitgebreid moeten worden met de boedelschuldeisers. Het hoeft geen betoog dat een even groot, zo niet vaak een groter belang hebben dan de nu in de wet genoemde crediteuren en de failliet. Er is dus ook geen enkel argument te vinden om die groep van belanghebbenden de toegang tot de RC te ontzeggen die de andere twee groepen van belanghebbende nu hebben.

Tot een nadere toelichting van onze zienswijze zijn wij gaarne bereid.

Met vriendelijke groet,

Edward Dijkhoorn
Secretaris

www.insolventiemediation.nl

secretariaat@insolventiemediation.nl

tel: 06 51 121 725

