



griph

Ministerie van Justitie & Veiligheid

griph

Haarlem

mr. R. Frankfort
mr. V. Vandersmissen
Kenaupark 15
2011 MR

T: +31 (0) 85 13 06 875

M: +31 (0) 6 129 20 677

E: rfrankfort@griph.nl

Haarlem, 13 maart 2022

Betreft Zienswijze Consultatiedocument Insolventierecht

Ons kenmerk Zienswijze

Uw kenmerk

Geachte heer / mevrouw,

In mijn hoedanigheid van bestuurslid van de Nederlandse Vereniging van Mediation Advocaten (“**NVVMA**”) heb ik namens de NVVMA een zienswijze ingediend.

Naast mediator ben ik advocaat en ook word ik wel door de rechtbank Noord-Holland aangesteld als curator in faillissementen en/of bewindvoerder in surseances van betaling. Voorts ben ik benoembaar als herstructureringsdeskundige of observator in het kader van de WHOA.

Met name vanuit mijn ervaring als curator heb ik een paar ideeën voor bevordering van de inzet van insolventiemediation in geschillen tussen de curator en derden die wat praktischer van aard zijn en verder gaan dan de zienswijze van de NVVMA. Daarom dien ik hierbij op persoonlijke titel eveneens een zienswijze in.

Graag blijf ik betrokken bij en denk ik verder mee over de ontwikkelingen op dit vlak.

Met vriendelijke groet,

Ramon Frankfort
Advocaat | Curator | MfN-registermediator



ZIENSWIJZE

Datum	:	13 maart 2022
Door	:	Ramon Frankfort (advocaat, curator, MfN-mediator)
Aan	:	Ministerie van Justitie en Veiligheid
Dossier	:	Burgerlijk Recht
Betreft	:	Zienswijze Consultatiedocument Insolventierecht

Inleiding

Op pagina 16 van het Consultatiedocument Insolventierecht (het Consultatiedocument') is de vraag geformuleerd op welke manier de inzet van mediation om geschillen tussen de curator en derden in het kader van een faillissement te beslechten, zou kunnen worden bevorderd.

Conflicten hebben de neiging te escaleren. Volgens het bekende fasenmodel van de escalatie van Glasl¹ zijn er drie fasen te onderscheiden, ieder weer onderverdeeld in drie treden naar beneden. Naarmate verder wordt afgedaald langs de treden van het fasenmodel komen partijen meer tegenover elkaar te staan, verharderen de standpunten en wordt het conflict steeds moeilijker oplosbaar. Uiteindelijk resteren volgens dit model niets anders dan totale vernietiging van de ander of, de laagste trede, samen de afgrond in.

Met het fasenmodel van Glasl in gedachten is de kans om middels mediation een conflict succesvol op te lossen, het grootst als de partijen in het conflict in een zo vroeg mogelijk stadium bij een mediator aan tafel komen. De ervaring leert dat dat in conflicten in het kader van een faillissement vaak juist niet het geval is, waardoor de inzet van mediation eigenlijk al een gepasseerd station is dan wel de kans van slagen gering. Door conflictmanagement te introduceren in de afwikkeling van faillissementen zou hier mogelijk een grote winst te behalen zijn.

Conflictmanagement

De curator die heeft geconstateerd dat er bijvoorbeeld sprake is van onbehoorlijk bestuur zal doorgaans, voordat er enige afstemming met de rechter-commissaris heeft plaatsgevonden, daarover met de bestuurders in discussie gaan. Krachtens de INSOLAD-praktijkregel 5.2² zal de curator van een rechtspersoon in het algemeen niet overgaan tot aansprakelijkstelling van bestuurders, commissarissen en/of derden uit hoofde van onbehoorlijk bestuur, alvorens hij die bestuurders, commissarissen en/of derden in de gelegenheid heeft gesteld hun visie te geven op de oorzaken van

¹ Friedrich Glasl, Handboek Conflictmanagement, Uitgeverij SWP Amsterdam, 2015, p. 231 e.v.

² INSOLAD Praktijkregels voor curatoren, herziene versie 2019, regel 5.2:

https://static.basenet.nl/cms/105928/website/2019_INSOLAD_Praktijkregels_april_2019.pdf

het faillissement en hun rol daarbij. Bedoelde uitnodiging door de curator volgt doorgaans op uitgebreide verzoeken van de kant van de curator om informatie en verduidelijking daarvan en discussie daarover met de bestuurders, commissarissen en/of derden, veelal bijgestaan door hun advoca(a)t(-en). De curator kan vervolgens - als hij/zij er van overtuigd is dat de betreffende (rechts)persoon ook daadwerkelijk aansprakelijk is³ - zonder dat machtiging door de rechter-commissaris op de voet van art. 68 lid 3 Fw. is vereist - de bestuurders, commissarissen en/of derden aansprakelijk stellen. Die zullen dan bij monde van hun advocaat en/of verzekeraar uitgebreid reageren en aanvoeren waarom het faillissement niet is veroorzaakt door onbehoorlijk bestuur en/of beargumenteren dat er termen zijn voor disculpatie of matiging. Daarop volgt normaliter een nadere wisseling van standpunten. Als de curator dan volhardt in zijn/haar aansprakelijkstelling terwijl de bestuurder, commissaris en/of derde of diens verzekeraar voet bij stuk houdt, rest de curator niets anders dan een procedure aan te spannen. Daartoe behoeft hij/zij ingevolge het bepaalde in art. 68 lid 3 Fw. voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris. Dat is doorgaans het moment waarop de rechter-commissaris de curator zal vragen of hij/zij aan mediation heeft gedacht.

Als de curator de rechter-commissaris verzoekt om een machtiging om te procederen, zal het conflict veelal zijn geëscaleerd tot hoofdfase 2 in het model van Glasl: een conflict is een strijd die gewonnen moet worden. Het is een kwestie van winnen of verliezen, de standpunten hebben zich verhard en het wederzijds wantrouwen is sterk toegenomen. De onderhandelingsbereidheid van partijen is sterk afgenomen en daarmee is ook de kans op een succesvolle mediation sterk gereduceerd.

In het bovenstaande voorbeeld ging het om bestuurdersaansprakelijkheid. Bij andere geschillen tussen de curator en derden - zoals (boedel)schuldeisers of dwangcrediteuren - is een vergelijkbare escalatie denkbaar. Conflicten komen veelal in een dusdanig laat stadium ter sprake - bijvoorbeeld pas op het moment dat de curator machtiging ex art. 68 lid 3 Fw. vraagt om te mogen procederen - dat de inzet van mediation niet zinvol meer is. Aanbeveling is om na te gaan of het mogelijk is om op structurele basis het moment waarop aan beslechting van een geschil wordt gedacht, naar voren te halen.

Een curator is gehouden om op de voet van art. 73a lid 1 Fw. telkens na verloop van drie maanden openbaar verslag uit te brengen over de toestand van de boedel en aan te geven hoe hij/zij zich heeft gekweten van zijn/haar taak (art. 73a lid 3 Fw.).

In het kader van conflictmanagement wordt hierbij het idee geopperd dat de curator periodiek, bijvoorbeeld gelijktijdig met het uitbrengen van verslag als bedoeld in art. 73a Fw., aangeeft welke conflicten er dreigen of spelen en daarbij kort uiteenzet wie de partijen daarbij zijn en wat de inzet is. Daarbij kan worden aangegeven in welke fase het conflict zich bevindt, welke stappen de curator heeft gezet om tot een oplossing te komen en of daarbij aan mediation is gedacht. Vanzelfsprekend zal zo'n conflictenverslag niet openbaar zijn, dat is vanuit strategisch oogpunt niet handig. Rechters-commissaris en curatoren communiceren digitaal via 'Mijn Rechtspraak - Toezicht Faillissementen'. Daarin worden verzoeken gedaan, vindt verslaglegging plaats, kan een rechter-commissaris machtigingen verlenen en kunnen rechters-commissaris en curatoren corresponderen over al hetgeen

³ INSOLAD Praktijkregels voor curatoren, herziene versie 2019, regel 5.4.

in het kader van de afwikkeling van een faillissement speelt. Voor zo'n niet-openbaar periodieke 'conflictenverslag' valt te denken aan een extra tabblad in dit digitale toezichtssysteem.

Deze module zou er bijvoorbeeld als volgt kunnen uitzien:

(Dreigende) conflicten

Is er sprake van (dreigende) conflicten met derde partijen zoals bestuurders, commissarissen of schuldeisers

Beantwoord per (dreigend) conflict de volgende vragen:

a) Wat is de aard van het (mogelijke) conflict?

b) Wie is /zijn de betrokken partij(-en)?

c) Hoe groot is het financieel belang?

d) Welke stappen heeft u gezet in het conflict?

Hoe heeft het zich ontwikkeld sinds het vorige verslag?

e) Heeft u mediation overwogen? Licht uw antwoord toe

Door op deze of een vergelijkbare manier verslag te doen van mogelijke conflicten die spelen bij de afwikkeling van een faillissement, wordt de curator aangespoord om van tijd tot tijd na te gaan of en zo ja, welke conflicten er spelen of te verwachten zijn. De vragen maken dat hij/zij in een vroeg stadium actief na moet denken hoe met een (dreigend) conflict om te gaan en welke stappen daarin verstandig zijn. Daarnaast zal een curator zo in een vroeg stadium worden aangespoord om te overwegen of de inzet van mediation zinvol is om een (dreigend) conflict te beslechten en te motiveren waarom hij/zij mediation in een voorkomend geval niet aangewezen acht.

Voor de rechter-commissaris heeft een dergelijke verslaglegging het voordeel van eerdere en betere informatie over de kwesties die spelen dan thans langs de weg van het openbare verslag mogelijk is

(evt. aangevuld met de conflicten waar al om machtiging is gevraagd). Een rechter-commissaris kan volgen wat er gebeurt en desgewenst pro-actief met de curator en mogelijk vervolgens ook met de wederpartij in overleg treden.

Als nadeel van het hanteren van een ‘conflictenverslag’ zou kunnen worden aangevoerd dat het een extra belasting voor curatoren vormt, die door de tijd die de curator en/of diens medewerkers aan het verslag moeten besteden, leidt tot extra kosten en daarmee een lagere opbrengst voor de schuldeisers. De vraag is of dat daadwerkelijk zo is. In de meeste MKB-faillissementen is er maar een handvol conflicten; het zal doorgaans niet een enorme lijst worden. Tegelijkertijd zal het conflictmanagement er mogelijk toe leiden dat conflicten minder snel escaleren en met succes middels mediation of een andere alternatieve wijze van geschillenbeslechting kunnen worden beslecht. Dat maakt dat het voeren van langdurige en kostbare procedures minder vaak nodig zal zijn waardoor het faillissement sneller en tegen lagere kosten kan worden afgewikkeld.

Om het hiervoor beschreven ‘conflictenverslag’ in het leven te roepen is aanpassing van de geldende wet- en regelgeving niet noodzakelijk. De Recofa, het landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen en surseances van betaling, zou dit binnen een kort tijdsbestek kunnen invoeren door aanpassing van de Recofa richtlijnen voor faillissementen en surseances.

Aanpassing van de Faillissementswet

Naast conflictmanagement als middel om de inzet van insolventiemediation te bevorderen, valt te denken aan het doorvoeren van enkele wijzigingen in de Faillissementswet, die er toe strekken dat er een meer expliciete rol voor insolventiemediation wordt opgeëist en tevens er toe kunnen leiden dat partijen eerder bij een mediator aan tafel komen.

In dat kader zou aan de volgende wijzigingen van de Faillissementswet kunnen worden gedacht:

Art. 6 lid 1 Fw.: horen van de schuldenaar op het verzoek om faillietverklaring

De inzet van (insolventie-)mediation kan ook plaatsvinden in de fase voorafgaand aan de faillietverklaring. Het komt vaak voor dat de aanvraag van een faillissement wordt gedaan als pressiemiddel in een lopend geschil tussen schuldeiser en schuldenaar, zonder dat er sprake hoeft te zijn van de toestand dat de schuldenaar tegen wie het verzoek zich richt, heeft opgehouden te betalen. Een faillissementszitting, die bedoeld is om summierlijk vast te stellen of de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij/zij heeft opgehouden te betalen, leent zich niet voor vaststelling welke partij in een uitgebreider geschil gelijk heeft en of de vordering moet worden toegewezen. Alvorens de faillissementsaanvraag toe of af te wijzen, zou het goed zijn als de rechtbank de mogelijkheid heeft om, met aanhouding van de procedure, partijen naar een mediation te verwijzen. De facto is die mogelijkheid er natuurlijk al maar als het wordt geïnstitutionaliseerd door het in de wet op te nemen, leidt dat tot grotere bewustwording bij partijen en rechtbank en geeft het partijen misschien ook wel een impuls om voorafgaand aan de faillissementsaanvraag een mediation te beproeven.

Art. 68 lid 3 Fw.: machtiging om in rechte op te treden

Ingevolge het bepaalde in art. 68 lid 3 Fw. behoeft de curator machtiging van de rechter-commissaris alvorens in rechte op te treden. Om het moment waarop een afweging over de inzet van mediation wordt gemaakt, naar voren te halen en om de rechter-commissaris de mogelijkheid te geven om zelf na te gaan of er onderhandelingsbereidheid is bij partijen, valt te overwegen om art. 68 lid 3 Fw. te wijzigen in die zin dat de rechter-commissaris de gevraagde machtiging pas zal geven na partijen te hebben gehoord of in ieder geval daarover een afweging heeft gemaakt.

Art. 122 lid 1 Fw.: verwijzing naar de renvoiprocedure

Bij betwisting door de curator van ingediende vorderingen zal de rechter-commissaris ingevolge art. 122 lid 1 Fw. eerst een schikking beproeven en als hij partijen niet kan verenigen, hen verwijzen naar de renvoiprocedure. De tweede volzin van art. 122 lid 1 Fw. zou in die zin kunnen worden gewijzigd dat de rechter-commissaris de mogelijkheid heeft om partijen naar een mediationprocedure te verwijzen en pas nadat gebleken is dat zij daarin geen schikking hebben kunnen bereiken, doorverwijzen naar de renvoiprocedure.

Samenvattend

Om te voorkomen dat de partijen in een (dreigend) insolventie-gerelateerd conflict verder naar beneden afglijden langs de escalatieladder van Glasl en daarmee een oplossing van het conflict onmogelijk maken, is het zaak om hen zo vroeg mogelijk bij een insolventiemediator aan tafel te brengen. De introductie van een 'conflictenverslag' zoals beschreven in deze zienswijze, zou daar een goed hulpmiddel bij kunnen zijn. Daarnaast zijn er een paar mediation-bevorderende wijzigingen van de Faillissementswet denkbaar.

Overveen, 13 maart 2022