

56. Conflictbemiddeling in faillissement

Een pleidooi voor het aanstellen van een onderhandelingsdeskundige ex art. 66 Fw

MR. B.J. TIDEMAN

Door een aantal ontwikkelingen¹ neemt het toezicht van de rechter-commissaris op de curator in conflictsituaties gestaag toe. Dit zal ertoe leiden dat een rechter-commissaris vaker en in een eerder stadium wordt betrokken bij (dreigende) geschillen tussen de curator en derden. Dit geeft de rechter-commissaris de gelegenheid om interventies te doen teneinde (onnodige) escalatie van het conflict te voorkomen en de mogelijkheden van een minnelijke regeling te verkennen. Maar betekent dat ook dat de rechter-commissaris een (actieve) bemiddelende rol moet spelen bij conflicten tussen de curator en derden? Is de rechter-commissaris wel zo geschikt om als bemiddelaar op te treden? Zo nee, hoe kan een bemiddelingspoging het beste worden vormgegeven? Kan het zinvol zijn om daarvoor een (onderhandelings)deskundige aan te stellen op de voet van art. 66 Fw?

1. Inleiding

Enige tijd geleden is de praktijk uitgenodigd om mee te denken over de toekomst van het insolventierecht. Dit is geschied aan de hand van een consultatiedocument waarin een aantal onderwerpen, waaronder de rol van de rechter-commissaris aan de orde werd gesteld. Daarbij is de vraag gesteld of belanghebbenden door de rechter-commissaris gehoord moeten worden voordat deze een beslissing neemt over een verzoek tot machtiging voor het starten van een juridische procedure. Ook werd gevraagd of mediation vaker moet worden ingezet om geschillen tussen de curator en derden in het kader van een faillissement te beslechten en zo ja, op welke manier de inzet van mediation zou kunnen worden bevorderd. Dit consultatietraject heeft de nodige reacties opgeleverd.²

Kort samengevat beogen de meeste reacties geen grote verandering of versterking van de positie van de rechter-commissaris en zijn of haar toezichtrol in het faillissement. Men staat verder overwegend positief tegenover het horen van de wederpartij op een verzoek van de curator om machtiging tot het starten van een juridische procedure, zoals dat al in diverse arrondissementen wordt toegepast. Daarnaast zijn de meeste consultatiereacties positief over

mediation of nader onderzoek daarnaar. Ook de Raad voor de Rechtspraak onderkent in zijn consultatiereactie³ het belang van het horen van partijen in het kader van de procesmachtiging en doet een aantal concrete aanbevelingen om mediation te bevorderen, waar ik hieronder nader op terug zal komen. De Raad breekt bovendien uitdrukkelijk een lans voor de rechter-commissaris als onafhankelijk, onpartijdig en belangeloos toezichthouder.⁴

Ook buiten de consultatie om wordt aangedrongen op alternatieve geschilbeslechting van insolventieconflicten, zoals mediation. Zo stelt Van Mourik in het Insolad jaarboek 2023⁵ dat het stimuleren van mediation door rechters-commissarissen aansluit bij hun toezichthoudende taak en zij erop toe dienen te zien dat de curator mediation (of andere vormen van ADR) overweegt. In hun bijdrage in hetzelfde jaarboek stellen Aukema en Steverink⁶ de (kenmerkende retorisch bedoelde) vraag of de rechter-commissaris niet vaker zelf een bemiddelende rol moet spelen. Als toezichthouder kent hij of zij het geschil en de partijen (de curator vaak zelfs erg goed) en als hij of zij mogelijkheden

1 Zoals het invoeren van hoor en wederhoor bij de procesmachtiging (art. 68 lid 3 Fw) en het Landelijk mediationprotocol insolventieprocedures van Recofa.

2 Zie voor de consultatiereacties: <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie/reacties>. Zie ook: M. Mouthaan en R.M. Leeuwenburgh, 'Toezicht op de curator, de rol van de rechter-commissaris en de crediteuren: hier geen crisis', *FIP* 2023/44 (afl. 2).

3 Zie <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2022-24-advises-consultatiedocument-insolventierecht.pdf>, deze reactie staat niet tussen de overige consultatiereacties en wordt ook niet besproken door Mouthaan c.s.

4 Citaat: 'De onafhankelijke positie van de Rechtspraak maakt dat de rechters bij uitstek geschikt zijn om toezicht te houden op curatoren en bewindvoerders.'

5 J. van Mourik, 'Sneller en goedkoper? Mediation en de taak van de curator' (*De Taak van de Curator*, Insolad Jaarboek 2023, p. 336).

6 J.H. Steverink en M. Aukema, 'De curator en efficiënt afwikkelmanagement' (*De Taak van de Curator*, Insolad Jaarboek 2023, p. 144).

ziet om te bemiddelen tussen de partijen (zoals de wettelijke taak ex art. 122 Fw om verificatiegeschillen door bemiddeling te proberen op te lossen) zou het nalaten volgens hen een gemiste kans zijn op een snelle en efficiënte afwikkeling van de insolventieprocedure.

Al jaren wordt de nodige kritiek gegeven op het feit dat de rechter-commissaris naast toezicht ook invloed heeft op de benoeming van de curator en diens besluitvorming en de symbiotische samenwerking die daaruit voortkomt

Dat roept de vraag op in hoeverre de rechter-commissaris een (actieve) bemiddelende rol moet spelen bij conflicten tussen de boedel/curator en derden. Wat is de verhouding tot de procesmachtiging? Is de rechter-commissaris wel zo geschikt om als bemiddelaar op te treden? Hoe kan een bemiddelingspoging het beste worden vormgegeven? Kan het zinvol zijn om daarvoor een (onderhandelings)deskundige aan te stellen op de voet van art. 66 Fw?

Laat ik eerst beginnen bij de wettelijke taak van de rechter-commissaris en vervolgens een antwoord zoeken op deze vragen.

2. De taak van de rechter-commissaris

De rechter-commissaris houdt op grond van art. 64 Fw permanent toezicht op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator.⁷

Het toezicht vindt niet uitsluitend plaats via de (openbare) faillissementsverslagen en de (vertrouwelijke) toelichting die de curator daarbij verstrekt aan de rechter-commissaris, maar is een stuk intensiever. De curator en rechter-commissaris hebben (zeker in de aanvangsfase van het faillissement) nauw contact in de vorm van (telefoon)gesprekken, berichten en machtigingsverzoeken. De curator heeft namelijk in een aantal specifieke, in de Faillissementswet aangeduide situaties machtiging, toestemming of goedkeuring van de rechter-commissaris nodig voor bepaalde (rechts) handelingen.⁸

Bovendien bestaat de mogelijkheid dat één of meer schuldeisers, de schuldeiserscommissie of de gefailleerde door het indienen van een verzoek tegen een handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen, of van deze een bevel uitlokken dat de curator een bepaalde handeling verricht of nalaat.⁹ Via deze weg kan de rechter-commissaris

zo nodig actief ingrijpen in het beheer van de boedel en de curator 'overrulen'.¹⁰

Daar komt nog bij dat de curator de rechter-commissaris als zijn of haar 'broodheer' beschouwt. De rechters-commissarissen worden – zeker bij grote of complexe faillissementen – doorgaans bij de aanstellingsbeslissing van de rechtbank betrokken. De rechter-commissaris is dus nauw betrokken bij de selectie van de curator. Daarnaast voeren rechtbanken ook zogeheten kantoorgesprekken. Dit betreft het overleg van de rechters-commissarissen met de curatoren van een bepaald curatorenkantoor, over de wijze waarop de betrokken curatoren in faillissementen functioneren. De rechter-commissaris beoordeelt dus ook het functioneren van de curator en kan daarmee grote impact hebben op diens carrière in die hoedanigheid.

In dat verband wil ik niet onvermeld laten dat al jaren de nodige kritiek gegeven wordt¹¹ op het feit dat de rechter-commissaris naast toezicht ook invloed heeft op de benoeming van de curator en diens besluitvorming en de

10 Dit voorschrift is in beginsel niet gegeven om degenen die in het artikel genoemd worden in de gelegenheid te stellen op deze eenvoudige wijze aan hen persoonlijk toekomende rechten tegenover de boedel geldend te maken. Het is overigens niet per se noodzakelijk dat de door een schuldeiser aan de orde gestelde belangen stroken met het belang van de boedel; voldoende is dat het een door de curator te behartigen belang betreft. Vgl. HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6164, NJ 2000/577 (Durmaz/Kramer q.q.).

11 Zie bijv. H.S. Mensonides & P.C. Voûte, 'Good bankruptcy governance: "checks and balances"', *Tvl* 2004/23; B. Wessels, 'Toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Toetsing door de R-C', *MvV* 2007/12, p. 264; W. Aerts, 'Het toezicht op de integriteit van de faillissementscurator', *Tvl* 2007/31, par. 11; F.H.E. Boerma, 'Krijgt het rechterlijk toezicht nog enig krediet?', *Tvl* 2007/38, afl. 6, p. 191-193; R.D. Vriesendorp, 'De R-C bij insolventies: onpartijdige rechter of betrokken commissaris?', in: *Faillissement, Justitiële verkenningen*, jaargang 26, 2000, nr. 2, p. 55 e.v., zie ook B.J. Engberts, 'Toezicht in insolventies in ontwikkeling', *Tvl* 2005/40, p. 171-179; R.J. van Galen, 'Waarheen met de R-C?', *Tvl* 2021/36; T.B. de Clerck & R.J. van Galen, 'Artikel 67 Fw: een kansloze exercitie?', in: *De curator en het Faillissementsproces(recht)*, Insolad jaarbundel 2020, p. 225 e.v.; R.J. van Galen, 'Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement', *WPNR* 2001/6463, p. 905-911; met name onder 3. 'Het interne appel' en 4. 'Het getuigenverhoor van artikel 66 Fw'. R.J. van Galen, 'Knelpunten in ons insolventierecht', *Ondernemingsrecht* 2014/81, v.a. 6. 'Structurele herziening'. R.J. van Galen, 'Toezicht op de curator in faillissement', in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, 2006, p. 137 e.v. Vgl. M.C. van Genugten, 'Kort commentaar bij twee procedures over de curator en het EVRM: Wie is de onafhankelijke rechter bij een verzoek tot ontslag van de curator en welke rechten heeft de failliet op inzage in het faillissementsdossier?', *TvCu* 2021/3, p. 70-74. A. van Hees, 'Toezicht op de R-C', *Tvl* 2010/25, p. 159; R.D. Vriesendorp, 'De R-C als trendvolger', *Tvl* 1995/5; R. Mulder, 'Verdere professionalisering van het benoemingsbeleid en toezicht op de kwaliteit van curatoren', *Tvl* 2005/41; W.A.H. Melissen, 'Toezicht op toezicht?', *Tvl* 2011/5; P.J. Neijt, 'De curator: een octopus, de R-C: een kwal?', in: J.J. Reiziger & A. van der Schee (red.), *De Curator en Informatie*, Insolad jaarboek 2013, p. 79-88. Ph.W. Schreurs, 'Op weg naar transparant toezicht', *Tvl* 2018/26; J.W.M. Tromp, 'Werk aan de winkel voor de wetgevingsjurist', *WPNR* 2001/6463, p. 911 e.v.; J.J. van Hees, 'De schone schijn van toezicht in het insolventierecht', in: T. Havinga, P. Verbruggen & H.C.F.J.A. de Waele (red.), *Toezicht tegen het licht*, 2015, p. 157-171, par. 11.5; H.H. Dethmers, 'Het toezicht van de R-C op curatoren', *Tvl* 2004/5.

7 Van der Feltz II, p. 2.

8 Zie o.a. art. 68 lid 3 jo. 37, 39, 40, 58 en 60 Fw.

9 Art. 69 Fw.

symbiotische samenwerking die daaruit voortkomt.¹² Deze bundeling van taken en bevoegdheden maakt dat de rechter-commissaris volgens sommigen ongeschikt zou zijn om als onpartijdige en onafhankelijke rechter op te treden in geschillen rond het faillissement.¹³

Deze kritiek wordt van de zijde van de Rechtspraak¹⁴ en de minister van J&V¹⁵ weersproken, maar lijkt door hen tegelijkertijd ook ter harte te worden genomen, blijkens het initiatief om over te gaan tot hoor en wederhoor in het kader van de procesmachtiging.¹⁶ Een ander voorbeeld is het door de minister van J&V in de kamerbrief van 15 april 2024¹⁷ geopperde mogelijkheid om ook boedelschuldeisers de kans te geven een verzoek ex art. 69 Fw. te doen. Tot slot wijs ik op de door de Raad van de Rechtspraak in diens consultatiereactie bepleite invoering van de verplichting voor de curator om (onderbouwd) toestemming te vragen aan de rechter-commissaris voordat hij iemand (lees: een bestuurder) aansprakelijk kan stellen.¹⁸ Met al deze maatregelen wordt getracht tegemoet te komen aan de bescherming van de belangen van derden met wie de curator in aanraking (of beter: in aanvaring) komt.

3. Verzoek procesmachtiging

Eén van de gevallen waarin de curator de machtiging van de rechter-commissaris nodig heeft, is het optreden in rechte (art. 68 lid 3 Fw). De machtiging beoogt de boedel te beschermen tegen gerechtelijke procedures die niet of onvoldoende in het belang van de faillissementsboedel zijn, zo volgt uit de toelichting op het tegelijk en in samenhang tot stand gekomen art. 41 lid 2 Fw.¹⁹

Blijkens de parlementaire geschiedenis dient de rechter-commissaris het beleid van de curator in volle omvang te toetsen.²⁰

De curator kan op de voet van art. 67 Fw hoger beroep instellen tegen een afwijzing van het verzoek om een procesmachtiging. Degene tegen wie de curator gemachtigd is een procedure aan te spannen wordt echter niet als partij bij de beschikking aangemerkt, omdat de beschikking niet tot hem is gericht.²¹ De partij tegen wie de curator een procedure aanspant, is daarom niet ontvankelijk in zijn hoger beroep tegen het verlenen van de procesmachtiging.²²

Het ontbreken van een machtiging heeft overigens ingevolge art. 72 eerste zin Fw geen invloed op de geldigheid van de door de curator verrichte ‘handelingen’ in de zin van genoemde bepaling, en de curator is deswege alleen aansprakelijk jegens de gefailleerde en de schuldeisers.²³ Laatstgenoemde bepaling brengt mee dat schuldeisers de curator aansprakelijk kunnen stellen voor een door hem verrichte, niet door de vereiste machtiging gedekte handeling, indien door die handeling de belangen van de boedel, en daarmee de verhaalsmogelijkheden van de desbetreffende schuldeisers, zijn geschaad.²⁴ Een curator kan dus een gerechtelijke procedure starten zonder voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris en zolang door die procedure de belangen van de boedel en daarmee de verhaalsmogelijkheden van de desbetreffende schuldeisers niet zijn geschaad, hoeft hij in beginsel niet te vrezen voor aansprakelijkheid. Uiteraard zal dit eigenmachtig handelen wel ten koste gaan van het vertrouwen dat de rechter-commissaris in de curator stelt of er zelfs toe leiden dat de laatste door de rechter-commissaris wordt voorgedragen voor ontslag.²⁵ Het komt in de praktijk dan ook eigenlijk niet voor dat curatoren (opzettelijk) zonder procesmachtiging een procedure starten.

Inmiddels hebben meerdere rechtbanken beleid gemaakt van het horen van de curator en diens wederpartij alvorens op het verzoek te beslissen

Inmiddels hebben meerdere rechtbanken er hun beleid van gemaakt om de curator en diens wederpartij²⁶ te horen alvorens op het verzoek te beslissen. De ervaring hiermee

12 A. van Hees, ‘Toezicht op de rechter-commissaris’, *Tvl* 2010/25.

13 R.J. van Galen, ‘Waarheen met de R-C?’, *Tvl* 2021/36.

14 Zie p. 10 e.v. in voorweld consultatiereactie van de Raad voor de Rechtspraak <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2022-24-advies-consultatiedocument-insolventierecht.pdf>.

15 Minister J&V, 15 april 2024: ‘Ik denk dat Wij trots mogen zijn op de wijze waarop de rechter-commissaris invulling geeft aan zijn rol als snelle en kwalitatief hoogstaande geschiloplosser’ Kamerbrief over ontwikkelingen in het insolventierecht | Kamerstuk | Rijksoverheid.nl.

16 J.C.A.T. Frima en A.E. de Vos, ‘Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord’, *FIP* 2019/258 (afl. 7).

17 Zie Kamerbrief over ontwikkelingen in het insolventierecht | Kamerstuk | Rijksoverheid.nl.

18 Zie p. 15 <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2022-24-advies-consultatiedocument-insolventierecht.pdf>.

19 die verwijst naar Van der Feltz II, p. 10 (regeringsantwoord) en Van der Feltz I, p. 431-432 (regeringsantwoord), waar staat dat deze bepalingen zijn ingevoerd ter verzekering dat er geen handelingen van de curator ‘tegen het belang des boedels’ plaatsvinden.

20 HR 10 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5014, *NJ* 1985/793, m.nt. Van der Grinten (*Brink/Keulingfreks*), r.o. 3.2.2. Zie r.o. 4.4 van de conclusie van Snijders bij ECLI:NL:PHR:2022:384.

21 HR 18 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5694 (*Benedik/Udo q.q.*)

22 Rb. Noord-Holland zp. Haarlem 4 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3033, «JOR» 2023/10, m.nt. De Groot, en HR 3 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1503. In haar annotatie bij het vonnis van de rechtbank in de «JOR» stelt De Groot dat de wederpartij ook geen verbod (ex art. 69 Fw) tot het voeren van een procedure tegen hem kan vragen, nadat de rechter-commissaris hiervoor reeds een procesmachtiging aan de curator heeft verleend. Dit zou strijdig zijn met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in de Faillissementswet omdat dit zou neerkomen op een verkapt hoger beroep.

23 Art. 72 Fw (tweede zin).

24 Zie HR 26 november 1983, ECLI:NL:PHR:1982:AG4487, *NJ* 1983, 442 m.nt. Wachter (*Bouchar/Dekker*), r.o. 4.1.

25 Art. 73 Fw.

26 J.C.A.T. Frima en A.E. de Vos, ‘Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord’, *FIP* 2019/258 (afl. 7).

is dat partijen in aanwezigheid van de rechter-commissaris bereidheid aan de dag leggen om (alsnog) te schikken.²⁷ Soms wordt het horen ook benut om partijen mediation in overweging te geven (zie volgende paragraaf).

Het primaire doel van het horen is het verkrijgen van informatie die kan bijdragen aan een goed besluit (wel of geen toestemming verlenen om te procederen), maar in de praktijk wordt regelmatig een minnelijke oplossing bereikt of komt er nieuwe informatie boven tafel die een ander licht op de zaak werpt. De wederpartij van een curator, zeker als die geen ervaring heeft met (het opereren van curatoren in) faillissementen, houdt de kaarten vaak tegen de borst en stelt zich ontwijkend of afwerend op tegen de curator. Daarnaast zijn er ook de nodige curatoren die zich autoritair opstellen en hun communicatie juridisch geharnast insteken. Dit kan leiden tot weerstand en communicatiestoornis. De rechter-commissaris kan deze impasse met het verhoor proberen te doorbreken of verkleinen. Als een dergelijk gesprek niet tot een schikking leidt, kan de rechter-commissaris in ieder geval tot een meer weloverwogen beslissing komen over de gevraagde toestemming voor de procedure. Ook krijgt de wederpartij van de curator, voordat hij in een procedure verzeild raakt, de kans zijn kant van de zaak toe te lichten (en zich gehoord te voelen).

Het horen van partijen werkt dus positief, maar er zijn ook kanttekeningen te plaatsen bij deze methode. Zo bestaat er geen wettelijke basis voor het verhoor,²⁸ hetgeen bij betrokkenen tot onduidelijkheid kan leiden over het doel van het verhoor of de rol van de rechter-commissaris daarbij. Rechter-commissarissen moeten mijns inziens voor ogen houden dat het hier om een vorm van toezicht gaat op het (voorgenomen) handelen van de curator en er voor waken dat zij noch op de stoel van de curator, noch op die van de (handels)rechter gaan zitten of dat bij (een van) de partijen de indruk ontstaat dat dit het geval is. Ook vind ik dat de rechter-commissaris dient te voorkomen dat het horen van de wederpartij in het kader van een procesmachtiging het karakter van een verhoor ex art. 105 Fw of 69 Fw krijgt, want het gaat om de toetsing van een verzoek van de curator en niet om de inlichtingenplicht van diens wederpartij.

Dit alles vraagt de nodige stuurmanskunst van de rechter-commissaris. Tot slot leent niet elke zaak zich voor het horen van partijen. Er moet een discretionaire bevoegdheid blijven van de rechter-commissaris om bijvoorbeeld in evidente of spoedeisende gevallen niet te horen.²⁹

Overigens lijken de (meeste) rechtbanken die dit beleid in de praktijk brengen zich bewust van deze problematiek. Om die reden vindt het verhoor door de rechter-commissaris bij die rechtbanken doorgaans toga-loos plaats in een spreekkamer (geen zittingszaal) om de indruk te vermijden dat het een rechtszitting onder leiding van een rechter betreft.

Tot slot wijs ik op de consultatiereactie van de Raad voor de Rechtspraak, waarin gepleit wordt voor het feit dat er financiering komt voor de Rechtspraak voor deze werkwijze, die de rechter-commissaris substantieel meer tijd kost.³⁰

4. Landelijk mediationprotocol

Vanaf het moment dat de rechtbank Amsterdam in 2012 met een pilot³¹ begon, zijn steeds meer rechtbanken een beleid gaan hanteren om het gebruik van mediation door de curator te stimuleren.³² Dit heeft uiteindelijk (eind 2023) geleid tot het Landelijk mediationprotocol insolventieprocedures van Recofa.³³

Dit protocol faciliteert een (belanghebbende) partij, de curator of de rechter-commissaris als deze wil aansturen op mediation. Van de curator wordt daarbij een proactieve opstelling verwacht. De curator moet telkens de kansen van het voorkomen of oplossen van een (dreigend of bestaand) geschil door middel van mediation afwegen tegen andere vormen van geschiloplossing. De curator dient de rechter-commissaris op de hoogte te houden van zijn of haar afwegingen. Als een belanghebbende partij of de curator zelf op mediation aan wil sturen, zal de curator dat initiatief samen met een eigen visie bekend maken aan de rechter-commissaris.

De rechter-commissaris kan ook initiatief nemen en kan de mogelijkheden van en de bereidheid om een mediation te beproeven vertrouwelijk met de curator bespreken. Dit gesprek zal ook kunnen worden gevoerd op de hoorzitting die in de praktijk soms wordt georganiseerd voorafgaand aan het besluit om al dan niet machtiging te verlenen aan de curator om te gaan procederen (zie vorige paragraaf). Tenslotte kan de rechter-commissaris met dit doel op verzoek van partijen of op eigen initiatief een gesprek tussen de betrokken partijen organiseren.

Het protocol bevat bepalingen over de rol die het mediationbureau van de betreffende rechtbank kan vervullen en

27 J.H. Steverink en M. Aukema, 'De curator en efficiënt afwikkelmanagement' (*De Taak van de Curator*, Insolad Jaarboek 2023).

28 Hier wordt al enige tijd voor gepleit, zie bijv.: J.C.A.T. Frima en A.E. de Vos, 'Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord', *FIP* 2019/258 (afl. 7).

29 In gelijke zin, zie de consultatiereactie van de Raad voor de Rechtspraak: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2022-24-advies-consultatiedocument-insolventierecht.pdf>

30 Zie <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2022-24-advies-consultatiedocument-insolventierecht.pdf>

31 Zie J.J. Draaijer en A. van Hees, 'Pilot mediation in faillissementen', *TvI* 2013/40.

32 J. van Mourik, 'Mediation in het insolventierecht: langzaam maar zeker in opkomst', *TvI* 2021/45.

33 Zie <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Landelijk-mediationprotocol-insolventie.pdf>

de criteria waaraan de mediators moeten voldoen.³⁴ In alle gevallen dient de curator vóór het aangaan van een mediationovereenkomst en het sluiten van een vaststellingsovereenkomst machtiging te vragen aan de rechter-commissaris. Ook zijn er bepalingen opgenomen over de inhoud van de mediationovereenkomst, waaronder die betreffende vrijwilligheid en geheimhouding. Een model mediationovereenkomst is als bijlage aan het protocol gehecht. Belangrijke clausule daarin is dat de geheimhouding voor de curator ten opzichte van de rechter-commissaris beperkt geldt en de curator de rechter-commissaris mag informeren voor zover dit nodig is voor de uitoefening door de rechter-commissaris van diens wettelijke toezichthoudende taken.

5. De rechter-commissaris als bemiddelaar?

De rechter-commissaris kan het beleid van de curator in volle omvang toetsen en in specifieke gevallen doorslaggevende invloed uitoefenen op de handelwijze van de curator, zeker in conflictsituaties waar de curator in betrokken raakt. In de afgelopen jaren zien we het toezicht van de rechter-commissaris op de curator in conflictsituaties toenemen (o.a. door voornoemde hoorzitting en het mediationprotocol). Gezien de positieve evaluaties van de pilots mediation en de praktijk van het horen, mogen we aannemen dat deze hebben geleid tot de nodige minnelijke regelingen tussen curatoren en hun wederpartijen. Dat gezegd hebbende, is er de afgelopen jaren geen sprake geweest van een tsunami aan mediations in insolventieland. Als ik mijn oor te luisteren leg bij de insolventiemediators die ik met enige regelmaat spreek, is het aantal insolventiemediations per jaar is op één hand te tellen. Dit kan uiteraard te maken hebben met het feit dat er tijdens het verhoor door de rechters-commissarissen een schikking wordt bereikt. Een andere veronderstelling is dat het kleine aantal mediations samenhangt met het feit dat ook het aantal procedures dat door curatoren wordt aangespannen laag is, hetgeen weer verband zou kunnen houden met de daling in het aantal faillissementen gedurende de coronacrisis.

Paradoxaal genoeg lijkt er de afgelopen drie jaar daarentegen wel sprake van een significante toename te zijn van het aantal juridische procedures dat verband houdt met het (al dan niet) verlenen van de procesmachtiging. Het betreft achtereenvolgens: (niet succesvol) hoger beroep en cassatie door de curator tegen de afwijzing van de procesmachtiging door de rechter-commissaris,³⁵ (succesvol) hoger beroep door een andere curator tegen een afwijzing,³⁶ (niet succesvol) hoger beroep en cassatie van de wederpartij tegen door de rechter-commissaris aan de curator verleende

procesmachtiging,³⁷ (niet succesvol) wrakingsverzoek ten aanzien van een rechter-commissaris die de wederpartij niet hoorde voor het verlenen van de procesmachtiging³⁸ en een (in hoger beroep succesvol) bevel van de rechtbank aan een curator om een rechtszaak aan te spannen op verlangen van een derde.³⁹

Sinds 2023 neemt het aantal faillissementen weer toe, dus als voornoemde veronderstelling juist is, kunnen we de komende periode ook een toename van het aantal geschillen verwachten waar curatoren bij betrokken zijn. Dat brengt ons weer terug bij de vraag in hoeverre de rechter-commissaris een (actieve) bemiddelende rol moet spelen bij conflicten tussen de boedel/curator en derden.

In de afgelopen jaren zien we het toezicht van de rechter-commissaris op de curator in conflictsituaties toenemen

Het mediationprotocol spoort de curator aan telkens de kansen van het voorkomen of oplossen van een (dreigend of bestaand) geschil door middel van mediation af te wegen tegen andere vormen van geschiloplossing en de rechter-commissaris daarin te betrekken. Dit zal ertoe leiden dat rechters-commissarissen vaker en in een eerder stadium worden betrokken bij (dreigende) conflicten van de curator. Recente signalen uit de rechtspraak en van de wetgever nodigen uit tot de verwachting dat deze tendens sterker zal worden. Hierboven⁴⁰ stipte ik reeds een aantal suggesties van de Raad voor de Rechtspraak en de minister van J&V aan. Dit betreft het invoeren van de verplichting van de curator om toestemming van de rechter-commissaris te vragen om iemand aansprakelijk te stellen en de mogelijkheid dat ook boedelschuldeisers zich met een verzoek ex art. 69 Fw tot de rechter-commissaris kunnen wenden. Hier voeg ik nog aan toe de suggestie van de Raad voor de Rechtspraak⁴¹ om art. 68 lid 3 Fw te wijzigen in die zin dat de rechter-commissaris de taak krijgt om bij de beoordeling van een verzoek procesmachtiging een schikking te beproeven en de mogelijkheden van mediation te verkennen.⁴²

34 Verwezen wordt naar een lijst met daarop de namen, gegevens, achtergronden en tarieven van mediators, die publiekelijk kan worden geraadpleegd via <https://www.rechtsbijstand.nl/mediation-rechtsbijstand/register-mediators>. De op deze lijst genoemde mediators die onder de categorie zakelijke conflicten staan, zijn a) MfN geregistreerd; of b) staan ingeschreven bij de Raad voor Rechtsbijstand.

35 HR 17 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:868.

36 Rb. Den Haag 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:11288.

37 Rb. Noord-Holland zp. Haarlem 4 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3033, «JOR» 2023/10, en HR 3 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1503.

38 Rb. Noord Nederland zp. Leeuwarden 15 juli 2024, «JOR» 2024/272.

39 Rb. Gelderland zp. Zutphen 21 december 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:7121, «JOR» 2024/123.

40 Zie het slot van par. 2.

41 Zie <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2022-24-advises-consultatiedocument-insolventierecht.pdf>

42 Art. 68 lid 3 Fw zou volgens de Raad voor de Rechtspraak kunnen worden aangevuld met de gecursiveerde delen: 'Alvorens in rechte op te treden, behalve waar het verificatiegeschillen betreft, alsmede in de gevallen van de artikelen 37, 39, 40, 58, tweede lid, 60, tweede en derde lid, en 60a, eerste lid, beproeft de curator de mogelijkheden van een minnelijke regeling en behoeft de curator machtiging van de rechter-commissaris, die in zijn beoordeling van de machtiging de mogelijkheid van horen van de curator en de wederpartij betreft, en in dat verband mede de mogelijkheid van een minnelijke regeling of mediation.'

Dit zal de rechter-commissaris enerzijds de gelegenheid geven om vaker en in een eerder stadium interventies te doen om (onnodige) escalatie van het conflict te voorkomen en het bereiken van een minnelijke regeling te bevorderen. Anderzijds kan de rechter-commissaris met zijn of haar optreden hierdoor ook in de vuurlinie belanden, zoals blijkt uit de bovengenoemde procedures over de procesmachtiging. Ik memoreer in dit verband de poging om de rechter-commissaris te wraken die de wederpartij niet hoorde voor het verlenen van de procesmachtiging⁴³ en de zaak waarin een derde verzocht een curator te bevelen om een rechtszaak aan te spannen.⁴⁴ Vooral die laatste zaak was curieus. In eerste instantie verleende de rechter-commissaris aan de curator toestemming om een procedure te starten. Omdat de boedel leeg was, had een derde (de bestuurder) toegezegd het griffierecht en de deurwaarderskosten voor de procedure te voldoen. Echter, begin 2024 liet de rechter-commissaris aan de curator weten dat, ondanks de in 2019 reeds verleende machtiging, het verzoek om een procedure te starten alsnog moest worden afgewezen. De bestuurder was het daarmee niet eens en heeft de rechter-commissaris daarop op grond van art. 69 Fw verzocht om de curator te bevelen de reeds voorbereide procedure op te starten. De rechter-commissaris heeft dit verzoek vervolgens afgewezen. Tegen de afwijzing is de bestuurder ex art. 67 Fw in hoger beroep gegaan bij de rechtbank. De rechtbank draaide daarop de beslissing van de rechter-commissaris terug en heeft de curator alsnog bevolen de voorgenomen procedure te starten.⁴⁵

Uiteraard betreft het hier ‘exoten’ in de rechtspraak waar je geen algemene conclusies uit kunt trekken, maar zij illustreren wel het spanningsveld waarbinnen de rechter-commissaris moet opereren. Als in de toekomst ook de boedel-schuldeisers tegen een handeling van de curator kunnen opkomen bij de rechter-commissaris en van deze een bevel kunnen uitlokken, zou dat spanningsveld kunnen toeneemen, zeker als de rechter-commissaris tegelijkertijd actief zou moeten bemiddelen bij conflicten. Als bemiddeling een ‘taak’ voor de rechter-commissaris wordt, is niet ondenkbeeldig dat deze taak op enig moment kan knellen met zijn andere taken op het vlak van (proces)machtigingen, goedkeuringen of het geven van bevelen aan de curator.

In dit krachtenveld zal de rechter-commissaris mijns inziens de neiging moeten onderdrukken om zelf al te nadrukkelijk op een schikking aan te sturen. Dat kan bovendien ten

coste gaan van de partijautonomie. Zowel een curator (als die zich afhankelijk voelt van de gunst van zijn ‘broodheer’) als diens wederpartij (als die veronderstelt dat de ‘rechter’-commissaris het uiteindelijke rechterlijke oordeel kan beïnvloeden) kunnen vatbaar zijn voor onbedoelde beïnvloeding.

De veelzijdige rol van de rechter-commissaris en diens symbiotische relatie met de curator vallen ook niet goed te verenigen met die van een ‘klassieke’ bemiddelaar of mediator. Een bemiddelaar fungeert als neutrale vertrouwenspersoon via wie partijen met elkaar kunnen onderhandelen. Partijen voeren de onderhandeling dan indirect via de bemiddelaar, die als tussenpersoon met beide zijden moet onderhandelen. Een bemiddelaar houdt zich meer met de issues bezig dan met verbetering van de relaties, zoals bij mediation.⁴⁶ Mediation vraagt om een neutrale gespreksleider die communicatiestoornis wegneemt en partijen faciliteert bij het gezamenlijk zoeken naar een win-win oplossing.

De bijzondere positie van de rechter-commissaris verdraagt zich met name niet goed met de rol van vertrouwenspersoon, dat wil zeggen iemand die je in vertrouwen neemt over datgene wat je beweegt en wat je daarmee wilt bereiken. De rechter-commissaris moet immers een zekere distantie bewaren en boven de partijen blijven staan, voor het geval er beslissingen genomen moeten worden. Hij kan zich dus beter niet ‘tussen’ de strijdende partijen manoeuvreren.

Onderhandelingen komen vaak niet op gang omdat partijen de kaarten tegen de borst houden en daardoor mogelijk relevante informatie achterhouden en/of geen concessies durven te doen, althans niet als eerste. Daardoor kan de indruk ontstaan dat de wederzijdse standpunten mijlver uit elkaar liggen, terwijl dat in werkelijkheid veel minder het geval is. Er moet dan veel moeite gedaan worden om partijen in beweging te krijgen. In zo’n situatie kan een rechter-commissaris tegen zijn beperkingen als bemiddelaar aanlopen. Omdat de rechter-commissaris doorgaans nauw samenwerkt met de curator, uiteindelijk beslist over het verzoek om procesmachtiging of een bevel aan de curator en onderdeel uitmaakt van de rechtspraak, zal de rechter-commissaris doorgaans aan de zijde van degene die met de curator in aanvaring is gekomen niet het vertrouwen genieten dat nodig is om gevoelige informatie te delen en het achterste van de tong te laten zien. Dat maakt de rechter-commissaris minder geschikt voor (en minder effectief als) minnelijk geschiloplosser dan een bemiddelaar of mediator.

6. Haalbaarheidsonderzoek door een onderhandelingsdeskundige

Als het geschil niet eenvoudig op te lossen is en het op ‘serius’ bemiddelen aankomt, dient de rechter-commissaris dat daarom naar mijn mening niet zelf te doen. Beter is om

43 Rb. Noord-Nederland zp. Leeuwarden 15 juli 2024, «JOR» 2024/272.

44 Rb. Gelderland zp. Zutphen 21 december 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:7121, «JOR» 2024/123.

45 Ik vraag me af of dit een juist oordeel is. Zie de annotatie bij rb. Noord-Holland zp. Haarlem 4 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3033, «JOR» 2023/10, m.nt. De Groot. Hierin betoogt De Groot dat de wederpartij geen verbod (ex art. 69 Fw) tot het voeren van een procedure tegen hem kan vragen, nadat de rechter-commissaris de curator hiervoor reeds een procesmachtiging heeft verleend. Dit zou strijdig zijn met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in de Faillissementswet omdat dit zou neerkomen op een verkapt hoger beroep.

46 Zie F. Glassl, *Handboek Conflictmanagement*, p. 412 e.v.

daarvoor een externe bemiddelaar of mediator in te schakelen.

Echter, niet alle gevallen lenen zich direct voor doorverwijzing naar mediation, zeker als de partijen daar geen ervaring mee hebben. Bovendien is deelname aan mediation vrijwillig en kan de rechter-commissaris partijen daartoe niet dwingen. Naar mijn mening is het bovendien in de meeste gevallen nuttig om eerst een onderzoek te doen naar de onderhandelingsbereidheid en juridische positie van partijen alvorens te gaan onderhandelen. Dat kan ook het draagvlak voor de mediation vergroten en draagt bij aan een goede voorbereiding daarvan.

Als het geschil niet eenvoudig op te lossen is en het op 'serieus' bemiddelen aankomt, dient de rechter-commissaris dat naar mijn mening niet zelf te doen. Beter is om daarvoor een externe bemiddelaar of mediator in te schakelen

Dit 'dilemma' kan worden verholpen door (eerst) een neutrale (onderhandelings)deskundige⁴⁷ in te schakelen, die als 'tussenpersoon' met partijen afzonderlijk en in vertrouwen van gedachten wisselt om meer duidelijkheid te krijgen over hun opstelling en uitgangspositie voor onderhandelingen en de redenen daarvan.⁴⁸ Deze deskundige kan op de voet van art. 66 Fw door de rechter-commissaris worden aangesteld. Dit artikel geeft de rechter-commissaris immers de bevoegdheid een deskundige benoemen voor zover dit nodig is voor de goede en effectieve vervulling van het toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De kosten van de deskundige komen dan ten laste van de boedel.

Deze deskundige onderzoekt of er nog relevante feiten onbekend of onderbelicht zijn, hoe partijen aankijken tegen hun kansen in een juridische procedure, wat hun 'bottomline' in de onderhandelingen is en of er nog andere mogelijkheden of belemmeringen zijn voor een succesvol onderhandelings-

traject. Daarbij maakt ook de deskundige een zelfstandige inschatting van de proceskansen⁴⁹ van beide partijen, zodat hij daarover met hen kan 'sparren'. Dit gebeurt (uiteraard) in een vrijblijvende en strikt vertrouwelijke setting.⁵⁰ De informatie die partijen aan de deskundige bekend maken, wordt zonder hun toestemming niet gedeeld met de andere partij of de rechter-commissaris.

Aan de hand van de verzamelde informatie kan de deskundige vervolgens beoordelen of er sprake is van een zone van mogelijke overeenstemming.⁵¹ Na afloop van zijn onderzoek laat de deskundige partijen en de rechter-commissaris (zonder in detail te treden) weten of hij of zij verwacht dat er een gereede kans bestaat dat partijen via een gestructureerd onderhandelingstraject (zoals mediation) tot een vergelijk kunnen komen. Als dat het geval is, kan de rechter-commissaris erop aandringen dat zo'n traject wordt gestart, al dan niet onder begeleiding van een mediator (of de deskundige, als partijen dat wensen). Als de deskundige geen mogelijkheden voor een schikking ziet, zal de rechter-commissaris zich moeten buigen over het verzoek om een procesmachtiging. Voor het geval die mocht worden verleend, kunnen er wellicht nog wel procesafspraken gemaakt worden om onnodige juridische schermutselingen te voorkomen.

Uiteraard is ook denkbaar dat partijen reeds tijdens het haalbaarheidsonderzoek tot het inzicht komen dat zij er gezamenlijk uit moeten kunnen komen en (al dan niet met behulp van de deskundige) een onderhandelingsresultaat bereiken. Dat is dan mooi meegenomen.

7. Conclusie

In de afgelopen jaren zien we het toezicht door de rechter-commissaris op de curator in conflictsituaties toenemen. Dit zal ertoe leiden dat rechters-commissarissen vaker en in een eerder stadium worden betrokken bij (dreigende) conflicten van de curator. Recente signalen uit de hoek van de rechtspraak en wetgever bevestigen deze tendens. Dit zal de rechter-commissaris enerzijds de gelegenheid geven om interventies te doen om (onnodige) escalatie van het conflict te voorkomen en de mogelijkheden van een minne-

47 Hierbij denk ik aan een jurist met kennis en ervaring op het vlak van insolventierecht en onderhandelingsvaardigheden. Het hoeft niet per se een Mfn-mediator te zijn; belangrijk is dat deze deskundige zich een (zelfstandig) oordeel kan vormen van de proceskansanalyse die partijen hebben gemaakt, of behulpzaam kan zijn bij het maken daarvan, zie ook voetnoot 53.

48 Sommige mediators zijn terughoudend met afzonderlijke sessies (caucus), maar naar mijn mening kunnen deze in de beginfase juist nuttig zijn om te bevorderen dat partijen het achterste van hun tong laten zien. Dit geldt zeker in de insolventiepraktijk, vanwege het 'machtsverschil' dat vaak bestaat (althans wordt gepercipieerd) tussen de curator en diens wederpartij, zeker als dat de bestuurder is. Dat leidt er enerzijds toe dat de wederpartij de kaarten tegen de borst houdt in het bijzijn van de curator en anderzijds dat de curator als de professionele, door de rechtbank aangestelde, partij gevoelig is voor gezichtsverlies en dus niet snel zijn ongelijk zal toegeven of concessies zal doen.

49 De realistische bottomline van partijen dient te worden bepaald door hun BAZO: wat is het betere alternatief van het (mogelijke) onderhandelingsresultaat, meestal bestaande uit de inschatting van de kansen in een gerechtelijke procedure of arbitrage? Als blijkt dat partijen geen (grondige) proceskansanalyse hebben gemaakt, dienen zij gestimuleerd te worden om deze te maken voordat ze gaan onderhandelen. Zie ook B.J. Tideman, 'You can lead a horse to water, but can you make it drink?', *Tijdschrift voor curatoren* 2017/4, en B.J. Tideman, 'De curator die wil procederen: bezint eer ge begint', *FIP* 2020/356.

50 Dit zal (net zoals bij mediation) tussen partijen schriftelijk moeten worden vastgelegd, wat als een bewijsovereenkomst in de zin van de wet kwalificeert, zie art. 7:900 BW jo. art. 153 Rv. Partijen hebben de bedoeeling om daarmee op onderdelen af te wijken van het wettelijk geldende bewijsrecht om daarmee de gewenste vertrouwelijkheid te waarborgen.

51 Ofwel de ZOPA, 'the Zone of Possible Agreement is the range in a negotiation in which two or more parties can find common ground', zie <https://online.hbs.edu/blog/post/understanding-zopa>

lijke regeling te verkennen. Anderzijds kan de rechter-commissaris hierdoor ook in de vuurlinie belanden.

Als bemiddeling een wettelijke ‘taak’ voor de rechter-commissaris wordt, is niet ondenkbeeldig dat deze taak op enig moment kan gaan knellen met zijn andere taken op het vlak van (proces)machtigingen of het geven van bevelen aan de curator.

In dit krachtenveld zal de rechter-commissaris mijns inziens de neiging moeten onderdrukken om al te nadrukkelijk op een schikking aan te sturen. Als het op ‘serieus’ bemiddelen aankomt, moet de rechter commissaris dit niet zelf gaan doen, maar het er toe leiden dat daarvoor een professionele bemiddelaar, zoals een mediator, wordt ingeschakeld. Niet alle gevallen lenen zich echter direct voor doorverwijzing naar mediation, zeker als de partijen daar geen ervaring mee hebben. Bovendien is deelname aan mediation vrijwillig en kan de rechter-commissaris partijen daartoe niet dwingen.

Naar mijn mening is het in die gevallen goed dat de rechter-commissaris eerst een onderhandelingsdeskundige op de voet van art. 66 Fw aanstelt om (op kosten van de boedel) een haalbaarheidsonderzoek te doen. Daarbij maakt de deskundige ook een zelfstandige inschatting van de proceskansen van beide partijen, zodat hij daarover met hen kan

‘sparren’. Als hieruit blijkt dat er voldoende onderhandelingsruimte en -bereidheid is om te verwachten dat een minnelijke regeling mogelijk is (of mogelijk kan worden als gevolg van informatie die nog niet tussen partijen is gedeeld) is er een basis voor onderhandelingen en kan de rechter-commissaris op mediation aansturen. Is er geen zicht op een schikking, dan is een beslissing van de rechter-commissaris over de procesmachtiging vereist en kunnen er wellicht nog procesafspraken gemaakt worden.

Zo’n haalbaarheidsonderzoek bevordert de kansen op een minnelijke regeling. Een belangrijk pluspunt is dat de rechter-commissaris zelfstandig kan besluiten tot het aanstellen van de deskundige en de strijdende partijen zich dat moeten laten welgevalen. Het onderzoek hoeft verder geen tijdrovend en kostbaar proces te zijn, zal de rechter-commissaris ontlasten en verkleint de kans op rolverwarring aan zijn of haar zijde. Ook neemt het risico af dat de rechter-commissaris in de vuurlinie terechtkomt van partijen die ontevreden zijn over zijn of haar optreden of menen dat hun belang daar niet mee is gediend.

Dit artikel is afgesloten op 30 januari 2025.

Over de auteur

Mr. B.J. (Bruno) Tideman

Advocaat en curator bij Cees Advocaten te Den Haag.