

# 44. Toezicht op de curator, de rol van de rechter-commissaris en de crediteuren: hier géén crisis

MR. M. MOUTHAAN EN MR. R.M. LEEUWENBURGH

De consultatie insolventierecht is afgerond en nu is het ministerie aan zet om de balans op te maken: quo vadis? Wij geven een voorzet wat betreft (i) de positie en toezichtrol van de rechter-commissaris (geen wijziging nodig), (ii) horen van belanghebbenden door de rechter-commissaris bij verzoeken van de curator (kan al en hoeft geen regel te worden; we formuleren wel gezichtspunten voor de beslissing te horen of niet), (iii) mediation (nader onderzoek nodig) en (iv) schuldeisers (crediteurencommissie moet beter en boedelschuldeisers moeten kunnen 'klagen'). Alleen wat betreft de crediteurencommissie en boedelschuldeisers is volgens ons de wetgever aan zet. Recofa is goed geëquipeerd voor het overige.

## 1. Inleiding

De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator.<sup>1</sup> Het consultatiedocument insolventierecht<sup>2</sup> vermeldt een aantal bevoegdheden van de rechter-commissaris en pilots die raken aan de uitoefening daarvan, zoals de pilots met betrekking tot mediation en het horen van belanghebbenden.<sup>3</sup> In het consultatiedocument worden in dit kader drie vragen opgeworpen waarop wij in dit artikel ingaan.

De eerste vraag is of er naast de bestaande bevoegdheden nog meer mogelijkheden worden gezien om de positie van de rechter-commissaris en zijn toezichtrol in het faillissement verder te versterken. De tweede vraag is of vaker mediation zou moeten 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. De derde vraag is of

belanghebbenden moeten worden gehoord 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 en, zo ja, wie dan bij voorkeur zouden moeten worden gehoord.

Wij zullen eerst de hoofdlijn van de reacties op deze vragen weergeven en vervolgens onze visie geven. Kort gezegd zien wij geen aanleiding de positie of toezichtrol van de rechter-commissaris wettelijk te versterken of veranderen. De wet biedt de rechter-commissaris volgens ons voldoende handvatten om goed toezicht te houden. Wel zien wij de ervaring binnen de teams insolventie en beschikbare tijd per faillissementsdossier als aandachtspunten.

Naast de rechter-commissaris kunnen schuldeisers,<sup>4</sup> als vergadering of individueel, in door de wet bepaalde gevallen invloed uitoefenen op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator.<sup>5</sup> Het consultatiedocument gaat niet in het bijzonder in op de invloed van schuldeisers, de consultatiereacties wel. Wij zullen ook daarvan de hoofd-

1 Art. 64 Fw.

2 Consultatiedocument, p. 15. Waar wij in dit artikel verwijzen naar het consultatiedocument en reacties bedoelen wij het consultatiedocument betreffende het insolventierecht en de reacties daarop, steeds zoals te downloaden via <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie>

3 T.a.p.: 'Bij de rechtbank Rotterdam en de rechtbank Amsterdam loopt mede daarom een pilot waarbij in geval van een verzoek om een machtiging tot het starten van een aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders van de failliete vennootschap, de desbetreffende bestuurders eerst door de rechter-commissaris worden gehoord alvorens deze een beslissing neemt over het verzoek. De ervaringen met de pilot zijn positief en er gaan stemmen op om deze methode wettelijk te verankeren.'<sup>(\*)</sup> Bij de rechtbank Rotterdam loopt momenteel ook een pilot waarbij mediation wordt ingezet om geschillen tussen de curator en derden in het kader van een faillissement te beslechten en een juridische procedure te voorkomen. De resultaten van deze pilot zijn ook positief.'

4 Tenzij anders vermeld bedoelen wij daarmee in dit artikel prefaillissementschuldeisers.

5 De wet kent vijf soorten vergaderingen van schuldeisers: de verificatievergadering (art. 108 Fw), de vergadering ter raadpleging en beslissing over een akkoord (art. 141 Fw), de vergadering waaraan kan worden voorgesteld dat het bedrijf van de gefailleerde wordt voortgezet (art. 173a Fw), de vergadering die, nadat de boedel insolvent is geworden, kan worden geraadpleegd over de wijze van vereffening van de boedel (art. 178 Fw) en de 'buitengewone' vergadering van schuldeisers (art. 84 Fw). Individueel kan iedere schuldeiser door het indienen van een verzoek tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen, of van deze een bevel uitlokken, dat de curator een bepaalde handeling verricht of een voorgenomen handeling nalaat (art. 69 lid 1 Fw).

lijn weergeven en onze visie geven. Wij menen dat boedelschuldeisers niet langer uitgesloten kunnen blijven van het zogenoemde ‘klachtrecht’ van art. 69 lid 1 Fw en dat de regeling van de schuldeiserscommissie moet worden gemoderniseerd, waarbij kan worden geanticiperd op komend Europees recht.

## 2. De rol van de rechter-commissaris

### 2.1 Consultatieacties

De meeste consultatiereacties staan geen grote verandering of versterking voor in de positie van de rechter-commissaris en zijn toezichtrol in het faillissement.

#### 2.1.1 Kritische reacties van INSOLAD, de NVB en NautaDutilh

INSOLAD, de NVB en vooral NautaDutilh zijn kritischer, met name over de structuur van het toezicht. De verschillende rollen van de persoon van de rechter-commissaris worden als problematisch gezien. Zo is deze persoon in voorkomende gevallen (dit verschilt per arrondissement) rechter (unus) in de rechtbank die de curator aanstelt en die die persoon bij hetzelfde vonnis benoemt als rechter-commissaris<sup>6</sup> en waarmee deze bevoegd wordt klachten tegen de curator in behandeling te nemen.<sup>7</sup> Ook Houthoff meent dat dit laatste onwenselijk is gelet op de betrokkenheid van de rechter-commissaris – als toezichthouder<sup>8</sup> – bij de beleidsvorming door de curator; Houthoff stelt voor de rechtbank klachten ex art. 69 Fw te laten behandelen, in plaats van de rechter-commissaris.<sup>9</sup> INSOLAD geeft de wetgever in overweging om fundamenteel te beoordelen of het huidige systeem van toezicht nog wel passend is, gezien de uitgangspunten van de Richtlijn herstructurering en insolventie<sup>10</sup> en het huidige tijdsgewricht.<sup>11</sup> Anders dan NautaDutilh en de NVB (zie hierna) stellen INSOLAD en Houthoff evenwel geen concrete fundamentele wijzigingen voor. NautaDutilh dus wel.<sup>12</sup> Zij meent dat de rechter-commissaris door zijn betrokkenheid als toezichthouder en de aard van zijn werkrelatie met de curator, ongeschikt is als onpartijdige en onafhankelijke rechter op te treden in geschillen rond het faillissement. Zij oppert als mogelijke oplossing dat de rechtbank de beslissingen van de curator op rechtmatigheid toetst en dat een schuldeiserscommissie

of Autoriteit Faillissement (of een combinatie van beide) toezicht houdt op doelmatigheid en mogelijk de bevoegdheid krijgt curatoren aan te stellen. De NVB oppert dit ook.<sup>13</sup> Als minder verstrekkende oplossing ziet NautaDutilh het versterken van de positie van zowel boedelschuldeisers als faillissementsschuldeisers. Wij komen daarop terug in paragraaf 5.2.

#### 2.1.2 Suggesties tot aanvulling van bevoegdheden

Suggesties tot aanvulling van de bevoegdheden van de rechter-commissaris doen de Nederlandse orde van advocaten en Boels Zanders. De orde stelt voor de informatieplicht van de curator wettelijk te regelen.<sup>14</sup> Boels Zanders oppert invoering van de zogenoemde maatwerkbepaling in faillissement.<sup>15</sup>

#### 2.1.3 Toerusting van de rechter-commissaris, EU-insolventierichtlijn

Meerdere partijen vragen aandacht voor de toerusting van de rechter-commissaris. De NVB meent dat de rechter-commissaris een te hoge werklast heeft omdat er onvoldoende rechters-commissarissen zijn en zij vraagt te bezien of de zittingsduur van rechters-commissarissen kan worden verlengd.<sup>16</sup> Volgens Boels Zanders is het de moeite waard om, in overleg met de stakeholders in het insolventierecht, een professionele standaard op te stellen voor insolventierechters, met inbegrip van opleidingseisen voor rechters-commissarissen en een regeling van de zittingsduur.<sup>17</sup> INSOLAD doet ook suggesties voor de opleiding van rechters-commissarissen (in hun eerste jaar in functie de Grotius/INSOLAD specialisatieopleiding) en zittingsduur (minder roulatie en steeds in elk geval één rechter-commissaris met minimaal vier jaar ervaring in het team).<sup>18</sup> Zowel INSOLAD als Boels Zanders plaatsen hun kritische kanttekeningen in het kader van de Richtlijn herstructurering en insolventie. De richtlijn schrijft in titel IV maatregelen voor ‘*ter verhoging van de efficiëntie van de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld*’. De eerste bepaling van die titel (art. 25) luidt, voor zover relevant, als volgt:

‘Onverminderd de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en onverminderd eventuele verschillen in de organisatie van de rechterlijke macht in de Unie, zorgen de lidstaten ervoor dat:

*a) leden van de rechterlijke en de administratieve instanties die procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld behandelen, een adequate oplei-*

6 Art. 14 lid 1 Fw.

7 Art. 69 Fw.

8 Vgl. de uitspraak van de meervoudige kamer voor wrakingszaken in de rb. Rotterdam van 25 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9334, r.o. 3.4: ‘De rechter-commissaris is eerst en vooral toezichthouder, die zich niet actief bemoeit met de feitelijke afwikkeling van het faillissement.’

9 Houthoff, al. 6.5.

10 Richtlijn (EU) nr. 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie).

11 INSOLAD, al. 27.

12 NautaDutilh, par. 3.2.

13 NVB, al. 100.

14 NOvA, p. 15.

15 Boels Zanders, p. 17. De maatwerkbepaling kennen we uit de surseance van betaling (art. 225 Fw) en de besloten of openbare akkoordprocedure buiten faillissement (art. 379 Fw).

16 NVB, al. 99.

17 Boels Zanders, p. 15-16.

18 INSOLAD, al. 32.

*ding krijgen en beschikken over de voor hun taken vereiste deskundigheid; (...)*

INSOLAD meent dat de wetgever deze titel IV groten-deels heeft weggeschreven.<sup>19</sup> Boels Zanders meent dat het implementatievoorstel<sup>20</sup> niet voldoet aan de expliciete eis van de hiervoor aangehaalde bepaling dat de lidstaten zorgen dat de (insolventie)rechters een adequate opleiding krijgen en beschikken over de benodigde deskundigheid.<sup>21</sup> Als wij het goed zien, trekt Boels Zanders deze lijn door naar rechters-commissarissen. Volgens KienhuisHoving zou overwogen kunnen worden gespecialiseerde rechters voor langere tijd aan de afdelingen insolventie van de rechtbanken te verbinden.<sup>22</sup>

## 2.2 Eigen visie

### 2.2.1 Doelmatigheid weegt zwaar

De balans tussen toezicht en doelmatige afwikkeling van het faillissement is delicaat. Enerzijds moet het faillissement voortvarend kunnen worden afgewikkeld, anderzijds moet door de rechter-commissaris in het belang van de gezamenlijke schuldeisers toezicht op de curator worden uitgeoefend en dienen belanghebbenden via de rechter-commissaris invloed te kunnen uitoefenen op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator. De balans schiet wat ons betreft door naar de waarborgfunctie als de positie van de rechter-commissaris fundamenteel zou worden versterkt.

### Uiteraard gaat er wel eens wat mis in het toezicht, maar voor een stelselwijziging zien wij onvoldoende aanleiding

Het huidige toezichtmodel functioneert naar onze mening namelijk in de basis goed, ondanks de inherente spanning die de verschillende rollen van de persoon van de rechter-commissaris meebrengen. Voor een stelselwijziging of aanvullende bevoegdheden van de rechter-commissaris zien wij dan ook onvoldoende concrete aanleiding. Wij wegen daarbij mee dat bij het beheer en de vereffening van de boedel snelheid van belang is. Juist doordat de rechter-commissaris kennis heeft van het betreffende faillissement, kan deze in beginsel eerder recht doen aan de regel – die het belang bij voortvarendheid onderstreept – dat op een klacht binnen drie dagen uitspraak moet worden gedaan.<sup>23</sup> De mate waarin het risico van rolvermenging bij de rechter-commissaris zich in concreto realiseert moet tegen het belang bij voortvarendheid worden afgewogen. Wij hebben

wel begrip voor de door INSOLAD<sup>24</sup> geuite opvatting dat hoger beroep van beslissingen van de rechter-commissaris open zou moeten staan bij een andere rechtbank dan die van de rechter-commissaris zelf. Dit kan een bijdrage leveren aan een zichtbaar grotere distantie bij de beoordeling.<sup>25</sup> Het gaat ons dan dus om de *perceptie* van onafhankelijkheid. Wij menen echter dat er desondanks onvoldoende aanleiding bestaat voor een andere appelregeling, gezien de – ook door INSOLAD gememoreerde – huidige praktijk dat het hoger beroep van een beschikking van de rechter-commissaris wordt behandeld door een andere afdeling of ander team binnen de rechtbank dan de afdeling of het team insolventie van de rechter-commissaris. Wijziging specifiek ten aanzien van het hoger beroep van art. 69 Fw-beschikkingen zou bovendien de vraag opwerpen of niet ook voor het hoger beroep van andere in voorkomend geval door de rechter-commissaris te wijzen beschikkingen, zou moeten worden ‘overgestoken’ naar een ander arrondissement.<sup>26</sup> Naarmate het toezicht op de doelmatigheidsaspecten van het handelen van de curator meer op de voorgrond treedt en de vraag naar de rechtmatigheidstoets minder in het geding is, is de meerwaarde van betrokkenheid van de – reeds met de voorliggende problematiek bekende – rechter-commissaris in het kader van art. 69 Fw onzes inziens groter. Wanneer het vragen naar de rechtmatigheid van het handelen van de curator betreft, is het minder bezwaarlijk wanneer de beoordeling daarvan op afstand (te weten bij een andere rechtbank dan de rechtbank van de rechter-commissaris) zou worden geplaatst, maar het onderscheid tussen beide aspecten zal naar onze verwachting in de praktijk (te) lastig te maken zijn en voor de opkomende partij (zoals een schuldeiser of de failliet) praktisch veelal van weinig betekenis.

### 2.2.2 Aandacht voor toerusting maar met gepaste distantie

Wat de toerusting van rechters-commissarissen betreft, lijkt ons nieuwe wetgeving evenmin opportuun. We denken wel dat het goed is dat zo nodig vanuit het ministerie van Justitie en Veiligheid, via Recofa dan wel de Raad voor de rechtspraak, aandacht wordt gevraagd voor de suggesties die in dit verband worden gedaan door INSOLAD en Boels Zanders, in het bijzonder het ontwikkelen van een professionele standaard met concrete opleidingseisen en richtlijnen voor ervaringsjaren van rechters-commissarissen. Nieuwe

19 INSOLAD, al. 28.

20 *Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 2*

21 Boels Zanders, p. 13.

22 KienhuisHoving, p. 7.

23 Art. 69 lid 2 Fw. Wij beseffen overigens dat de deze ordetermin vaak niet wordt gehaald.

24 INSOLAD, al. 30.

25 Verwacht mag worden dat dit niet tot materiële vertraging zal leiden, nu reeds in de huidige praktijk het hoger beroep van een beschikking van de rechter-commissaris wordt behandeld door een andere afdeling binnen de rechtbank dan de afdeling insolventie van de rechter-commissaris. Het dossier bij een andere rechtbank laten bezorgen zal dan, als dat al niet digitaal kan plaatsvinden, slechts voor beperkte vertraging zorgen.

26 Voor het in het leven roepen van een afzonderlijke appelregeling voor het hoger beroep van op voet van art. 69 Fw gewezen beschikkingen zou kunnen pleiten dat sprake kan zijn van een ‘cumulatie’ van gepercipieerde onvoldoende onafhankelijkheid: in eerste instantie vanwege de overleg- en toezichtrelatie tussen rechter-commissaris en curator en vervolgens, wanneer de op voet van art. 69 Fw opkomende schuldeiser van een afwijzende beschikking in eerste aanleg in hoger beroep wil komen, vanwege de behandeling van het hoger beroep binnen dezelfde rechtbank.

wetgeving lijkt ons bij gebreke van structurele problemen een stap te ver. Wij onderkennen wel dat art. 25 van de Richtlijn herstructurering en insolventie vereist dat ook Nederland ervoor zorgdraagt dat insolventierechters en rechters-commissarissen adequaat zijn opgeleid en over de vereiste deskundigheid beschikken, maar wij zien niet in dat deze zorgplicht zonder meer met wetgeving moet worden ingevuld, te meer nu de rechtspraak een onafhankelijke staatsmacht is die, onzes inziens, in beginsel baas in eigen huis moet zijn. Terughoudendheid is hier dus volgens ons gepast.

### 3. Horen

#### 3.1 Consultatiedocument

Het consultatiedocument vermeldt de pilot bij de rechtbank Rotterdam en de rechtbank Amsterdam, waarbij in geval van een verzoek om een machtiging tot het starten van een aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders van de failliet, de bestuurders eerst door de rechter-commissaris worden gehoord voordat deze een beslissing neemt op het verzoek.<sup>27</sup>

**Wij zien wél ruimte voor horen van belanghebbenden door de R-C, maar niet als regel. Daarmee wordt de curator onnodig voor de voeten gelopen**

De ervaringen met deze pilots zijn volgens het consultatiedocument positief en er gaan stemmen op om deze methode wettelijk te verankeren. Daarbij wordt verwezen naar een publicatie in dit tijdschrift.<sup>28</sup> Daarop wordt in het consultatiedocument de vraag gesteld of 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. En, zo ja, wie zouden dan bij voorkeur moeten worden gehoord?

#### 3.2 Consultatiereacties

De meeste reacties staan positief tegenover horen van de bestuurder op een verzoek om machtiging tot het starten van een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure.<sup>29</sup> Meer kritische geluiden komen van KienhuisHoving en ons kantoor.<sup>30</sup> We lezen weinig steun voor het horen door de rechter-commissaris in andere gevallen, zoals bijvoorbeeld op het verzoek om machtiging het bedrijf van de gefail-

leerde voort te zetten,<sup>31</sup> behalve dat FNV en CNV het een goed idee vinden werknemers en/of hun vakbondsvertegenwoordigers te horen wanneer een gevraagde beschikking werknemers betreft.<sup>32</sup> Daarnaast noemt INSOLAD het ‘niet meer van deze tijd dat een curator toestemming verkrijgt voor bijvoorbeeld een transactie of een schikking zonder dat de belanghebbenden daarover hun zienswijze hebben kunnen geven’.<sup>33</sup>

### 3.3 Eigen visie

#### 3.3.1 Niet in de regel horen

Ook na het lezen van de diverse reacties zien wij onvoldoende reden om een algemene regel aan te nemen voor het horen van belanghebbenden door de rechter-commissaris. Wij blijven bij ons standpunt in de reactie op het consultatiedocument.<sup>34</sup> Ook hier hechten wij veel gewicht aan het belang bij voortvarendheid van het beheer en de vereffening van de boedel. Niet alleen de planning van een zitting kan tot enige vertraging leiden; wij wijzen ook op de ongewenste prikkel die kan uitgaan van de wetenschap of verwachting dat de rechter-commissaris in alle gevallen zal gaan horen. De wederpartij (zoals een bestuurder) kan daarop calculerend gedrag vertonen door pas tijd in de zaak te steken als hij ziet dat de curator de zaak doorzet door indiening van een machtigingsverzoek. Tot het zover is kan de (onwillige) bestuurder dan geneigd zijn ‘de kaarten tegen de borst’ te houden. Bovendien zal het horen niet zelden betrekking hebben op de merites van de zaak, terwijl de verzoekschriftprocedure voor de rechter-commissaris zich daartoe niet leent en daar niet voor is bedoeld. Horen zal ook extra kosten met zich brengen<sup>35</sup> die, is onze inschatting, niet in alle gevallen zullen worden ‘terugverdiend’, met name niet als horen de standaard wordt. Aan de opvatting van de curator over de doelmatigheid van het horen, afgewogen tegen de hier genoemde mogelijke nadelen, dient in onze optiek een belangrijke plaats toe te komen. Wij menen dat verzoeken van de curator tot het horen van voorgenomen gedaagden als belanghebbenden, in beginsel zouden moeten worden gevolgd. We juichen toe dat rechters-commissarissen (in sommige arrondissementen) daaraan meewerken. De ervaring leert dat de ogen van de rechter-commissaris vaak meer kunnen dwingen dan die van de curator.

#### 3.3.2 Horen op initiatief van de rechter-commissaris zien wij in beginsel als geïntensiveerd toezicht

In uitzonderingsgevallen kan het echter goed zijn als de rechter-commissaris op eigen initiatief beslist de wederpartij of andere belanghebbenden te horen. Scherp gesteld menen wij dat de rechter-commissaris daartoe alleen over zou moeten gaan als er gerede twijfel bestaat of de cura-

27 Consultatiedocument, p. 15. De pilots zijn overigens breder dan vermeld in het consultatiedocument. Zo kan bijv. ook worden gehoord als de curator wenst te procederen tegen een schuldenaar van de failliet.

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

29 Houthoff, al. 6.4; NVB, al. 103; Pensioenfederatie, p. 11; Stichting Insolventie Mediation, p. 3; JIRA, p. 12; INSOLAD, al. 38; NOVVA, al. 10.5, en Boels Zanders, p. 18.

30 KienhuisHoving, p. 7-8 en WGL, p. 5-6.

31 Art. 98 Fw.

32 FNV en CNV, p. 3.

33 INSOLAD, al. 42.

34 WGL, par. 2.2-3..

35 Vgl. KienhuisHoving, p. 8.

tor de rechter-commissaris voldoende heeft geïnformeerd. Ook kan horen aangewezen zijn als de rechter-commissaris de indruk heeft dat, bij een machtigingsverzoek procederen, de curator een schikkingsmogelijkheid of mediation onvoldoende heeft onderzocht. Maar in beide gevallen is in wezen sprake van uitoefening van (geïntensiveerd) toezicht door de rechter-commissaris. De curator dient immers, voordat een toestemming, goedkeuring of machtiging wordt gevraagd, over een behoorlijk dossier te beschikken waarin alle relevante afwegingen navolgbaar zijn gemaakt, ook met betrekking tot een schikking. Dit sluit aan bij de INSOLAD Praktijkregels die meebrengen dat de curator de rechter-commissaris tijdig, gevraagd en ongevraagd, alle informatie verstrekt waarvan de curator in redelijkheid kan vermoeden dat deze informatie van belang is voor een correcte uitoefening van de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris.<sup>36</sup> In dat kader, van toezicht op de curator, zien wij dan ook het horen door de rechter-commissaris. Wij menen dus niet dat horen wenselijk is om de rechter-commissaris een actieve rol te geven bij de beslechting of bemiddeling van geschillen tussen de curator en betrokkenen, of bij het verzamelen van informatie die relevant is voor de van de rechter-commissaris gevraagde beslissing. Daarmee zou immers het primaat van de curator worden miskend.

### 3.3.3 Gezichtspunten horen

Bij de beoordeling door de rechter-commissaris of horen op een machtigingsverzoek procederen verstandig lijkt, kunnen de volgende gezichtspunten een rol spelen (gemakshalve gaan wij ervan uit dat de wederpartij bestuurder is):

- Heeft de curator de bestuurder gehoord en doet de curator daarvan behoorlijk verslag?
- Stelt de curator voor de bestuurder te horen en, zo niet, motiveert de curator dit voldoende?
- Als de curator de bestuurder niet heeft gehoord, heeft de curator de bestuurder daartoe dan wel voldoende gelegenheid geboden? Als de curator dat heeft gedaan menen wij dat als uitgangspunt niet gehoord dient te worden (om calculerend gedrag te voorkomen).
- Is er een concrete aanleiding te twijfelen aan de wijze waarop de curator de bestuurder heeft gehoord? Hierbij kan worden meegewogen (i) of de curator de bestuurder voldoende heeft geïnformeerd over zijn intenties, (ii) of de curator de bestuurder voldoende tijd heeft geboden zich voor te bereiden, (iii) of de curator de bestuurder op de mogelijkheid heeft gewezen van juridische bijstand, (iv) hoeveel tijd is besteed aan het horen, en (v) of de relatie tussen de curator en de bestuurder dermate lijkt te zijn verstoord (escalatie) dat dit een professionele bejegening belet. Juist in dit laatste geval kan de curator de mogelijkheid van een schikking onvoldoende hebben onderzocht of onderkend. De ervaring leert dat horen in dit soort situaties wel (vaak) tot schikkingen kan leiden.

- Is het verzoek van de curator overigens voldoende onderbouwd? In het eerdergenoemde artikel van Frima en De Vos is een aantal onderdelen geformuleerd aan de hand waarvan een machtigingsverzoek kan worden beoordeeld.<sup>37</sup> Als het verzoek onvoldoende is onderbouwd, lijkt het ons overigens eerder verstandig de informatie bij de curator op te vragen en pas tot horen van de bestuurder over te gaan als duidelijk is dat de informatie in het domein van de bestuurder ligt en de curator in het betreffende geval niet goed lijkt toegerust deze informatie in te winnen.

De wet laat volgens ons reeds voldoende ruimte om over te gaan tot horen. Wel menen wij dat het wenselijk is dat het hoorbeleid in de verschillende arrondissementen binnen Recofa wordt afgestemd, ten behoeve van de rechtseenheid. Recofa heeft zich al op meerdere insolventierechtelijke beleidsterreinen bewezen.<sup>38</sup> Mogelijk zou een lijst van gezichtspunten kunnen worden geformuleerd aan de hand waarvan in een voorkomend geval de rechter-commissaris kan beslissen om te horen of niet, waarvoor in het bovenstaande een aanzet kan worden gevonden.

## 4. Mediation

### 4.1 Consultatiereacties

In het algemeen zijn de consultatiereacties positief over mediation<sup>39</sup> of nader onderzoek daarnaar.<sup>40</sup> Voorstellen tot wetswijziging worden evenwel niet gedaan, op één uitzondering na. Frankfort stelt voor (i) dat uitdrukkelijk in de wet wordt opgenomen dat de rechtbank bevoegd is om, met aanhouding van een faillissementsverzoek, partijen naar mediation te verwijzen, (ii) dat van de rechter-commissaris zal worden verlangd dat hij partijen hoort over de inzet van mediation of in ieder geval daarover een afweging maakt voordat hij beslist op een verzoek van de curator om machtiging tot procederen en (iii) te bepalen dat de rechter-commissaris voorafgaand aan doorverwijzing naar de renvooiprocedure de mogelijkheid heeft partijen naar mediation te verwijzen en pas nadat gebleken is dat zij daarin geen schikking hebben kunnen bereiken door te verwijzen naar de renvooiprocedure.<sup>41</sup> Van Mourik doet in zijn reactie een tweetal nuttige en concrete aanbevelingen<sup>42</sup> om te komen tot landelijke standaardisatie op het gebied van (door)verwijzing naar mediation en geheimhouding en vraagt bovendien aandacht voor de vertekening die ontstaat door het relatief grote aantal succesvolle mediations, waardoor de mogelijke nadelen van mediation, die vooral naar

37 Frima en De Vos, p. 33.

38 Bijv. met de separatistenregeling en de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances.

39 Houthoff, al. 6.3; NVB, al. 102; JIRA, p. 11-12; NOVA, al. 9.1; Boels Zanders, p. 17.

40 J. van Mourik, p. 3; INSOLAD, al. 41.

41 Hij stelt hiertoe voor te wijzigen resp. art. 6 lid 1, art. 68 lid 3 en art. 122 lid 1 Fw.

42 J. van Mourik, p. 3.

36 Art. 15.2 INSOLAD Praktijkregels voor curatoren, april 2019.



voren komen als mediation niet tot overeenstemming leidt, onderbelicht blijven.<sup>43</sup>

#### 4.2 Eigen visie

Wij sluiten ons aan bij Van Mourik dat nader onderzoek naar mediation nodig is.<sup>44</sup> De nadelen van mediation nopen wat ons betreft tot behoedzaamheid. Als mediation immers niet slaagt, kan daarmee wel (veel) tijd zijn verloren en zijn in voorkomende gevallen, achteraf gezien, onnodige kosten gemaakt.<sup>45</sup> Verder menen wij dat, net als ten aanzien van het horen, een actieve rol van de rechter-commissaris bij mediation alleen gepast is als onderdeel van het toezicht dat de rechter-commissaris houdt op de curator. Hieruit volgt dat het in beginsel aan de curator is de mogelijkheid van mediation te onderzoeken. De rechter-commissaris kan hier uiteraard naar vragen, maar zou wat dat betreft pas een actievere rol moeten willen spelen als gerede twijfel rijst of de curator de mogelijkheid van mediation wel voldoende heeft onderzocht of als de curator daar zelf om vraagt. Verder ligt het onzes inziens in de rede dat, net als wat betreft hoorbeleid, Recofa hierin qua beleidsvorming het voortouw neemt en niet (eerst) de wetgever.

### 5. Crediteuren

#### 5.1 Consultatiedocument en reacties

Het is opvallend dat het consultatiedocument niet specifiek ingaat op de invloed die schuldeisers hebben op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator en het toezicht daarop door de rechter-commissaris. Het onderwerp komt in consultatiereacties wel aan de orde. Diverse reacties menen dat de schuldeiserscommissie vaker zou moeten worden benoemd (als daarom wordt verzocht).<sup>46</sup> NautaDutilh<sup>47</sup> en de NVB menen, zoals hiervoor al genoemd, zelfs dat idealiter een schuldeiserscommissie toezicht houdt op de curator. INSOLAD meent dat schuldeisers *'feitelijk nauwelijks invloed kunnen uitoefenen op het beleid en de gang van zaken in faillissement'*.<sup>48</sup>

#### 5.2 Eigen visie

##### 5.2.1 Schuldeisers hebben te weinig invloed

Ook wij menen dat schuldeisers in de huidige wet te weinig invloed hebben tijdens faillissement. De NOvA doet wat dit aangaat goede suggesties:<sup>49</sup> de kosten van de schuldeiserscommissie dienen (als uitgangspunt) door de boedel te worden gedragen en als schuldeisers instelling van een schuldeiserscommissie wensen, dan zou in beginsel aan die wens tegemoet moeten worden gekomen, behoudens geval-

len van evident misbruik. Het onderscheid tussen de voorlopige en definitieve schuldeiserscommissie zou moeten vervallen.

**Schuldeisers hebben te weinig invloed tijdens faillissement; de crediteurencommissie moet beter worden gefaciliteerd**

Voor uitbreiding van de bevoegdheden van de schuldeiserscommissie zien wij vooralsnog onvoldoende aanleiding.<sup>50</sup> Een curator zal naar onze verwachting een advies van de schuldeiserscommissie niet licht in de wind slaan en bovendien mag worden verwacht dat de rechter-commissaris het toezicht zal intensiveren als de curator een advies van de schuldeiserscommissie naast zich neerlegt, althans zonder overtuigende motivering. Indien modernisering van de regeling van de schuldeisers in overweging wordt genomen, ligt het in de rede te bezien of het opportuun is te anticiperen op het onlangs gepubliceerde richtlijnvoorstel van de Europese Commissie, dat ook ziet op de schuldeiserscommissie.<sup>51</sup>

##### 5.2.2 Boedelschuldeisers komen er bekaaid vanaf

Boedelschuldeisers komen er momenteel bekaaid vanaf. Zo kunnen alleen faillissementsschuldeisers bij de rechter-commissaris bezwaar maken tegen een handelen of nalaten door de curator.<sup>52</sup> Wij menen dat ook boedelschuldeisers dit recht moeten hebben. Gelet op de met faillissementsschuldeisers vergelijkbare positie die zij hebben, valt het niet te billijken dat boedelschuldeisers niet op die wijze kunnen opkomen voor hun belangen terwijl faillissementsschuldeisers dat wel kunnen. Het verschil tussen faillissementsschuldeisers en boedelschuldeisers dat laatstgenoemden hun vordering in beginsel kunnen instellen op de normale wijze en dus, anders dan faillissementsschuldeisers, niet zijn aangewezen op verificatie,<sup>53</sup> doet daar niet aan af. De financiële belangen van boedelschuldeisers kunnen namelijk net zo goed als die van faillissementsschuldeisers meer zijn gediend bij het bewerkstelligen van een bepaalde beslissing van de curator (handelen of nalaten) dan bij het instellen van een eis tot nakoming. Om het 'klachtenloket' te openen voor boedelschuldeisers, ligt het in de rede art. 69 Fw te wijzigen. Wij pleiten daarvoor en verwijzen voor een passend wijzigingsvoorstel naar een consultatiereactie van INSOLAD uit 2016, toen gedaan in het kader van

43 J. van Mourik, p. 2 onder 2.

44 Zie zijn bij zijn reactie gevoegde artikel J. van Mourik, 'Mediation in het insolventierecht: langzaam maar zeker in opkomst', *TvI* 2021/45.

45 Vgl. Van Mourik (de consultatiereactie), p. 2.

46 Houthoff, al. 6.6; JIRA, p. 13; NOvA, al. 8.7-8.11.

47 NautaDutilh, p. 9 en NVB, al. 100-101.

48 INSOLAD, al. 21.

49 NOvA, al. 8.10-8.11.

50 Anders NautaDutilh, p. 11.

51 Zie Title VII (*Creditors' Committee*) van het *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law* van 7 december 2022, COM(2022) 702 final, 2022/0408 (COD).

52 Art. 69 lid 1 Fw.

53 Art. 25 lid 1 Fw.

het consultatiedocument van het wetsvoorstel voor de Wet modernisering faillissementsprocedure.<sup>54</sup>

Ook kan een boedelschuldeiser in de praktijk de curator vaak niet tot nakoming dwingen omdat uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat pas nakoming door de curator kan worden gevorderd als voldoende aannemelijk is dat de boedel toereikend is.<sup>55</sup> Dit brengt volgens ons zelfs in algemene zin mee dat boedelschuldeisers qua bevoegdheden in dit kader feitelijk gelijkgesteld dienen te worden met faillissementsschuldeisers.<sup>56</sup>

### Boedelschuldeisers komen er momenteel bekaaid vanaf; zij moeten kunnen ‘klagen’

Bovendien wordt, door het klachtrecht en de andere schuldeisersbevoegdheden te beperken tot faillissementsschuldeisers, ook de functie van het klachtrecht en de uitoefening van andere bevoegdheden als belangrijke bron van toezichtinformatie, uitgehold. In veel faillissementen kunnen faillissementsschuldeisers, zowel preferente als concurrente schuldeisers, immers geen of slechts een beperkte uitkering verwachten. Daardoor hebben faillissementsschuldeisers veelal weinig tot geen belang bij de klachtenprocedure ex art. 69 Fw (*out of the money*). Om die reden zullen van hun zijde, langs die weg, weinig tot geen signalen komen waarop de rechter-commissaris kan acteren, in het betreffende faillissement of anderszins door tussenkomst van de rechtbank als toezichthouder, bijvoorbeeld tijdens jaarlijkse kantoorgesprekken e.d. Op de achtergrond mist de rechtbank zo ook eerder signalen die zij op haar beurt kan meewegen bij de selectie van aan te stellen curatoren (de ‘curatorenlijst’). Al met al dus meerdere goede redenen om boedelschuldeisers dezelfde bevoegdheden toe te kennen als faillissementsschuldeisers.

## 6. Conclusie

Voor een stelselwijziging zien wij onvoldoende aanleiding. Wij onderkennen dat het huidige stelsel risico’s kent door de verschillende rollen verenigd in de persoon van de rechter-commissaris, zoals die van ex ante toezichthouder en ex post klachtbehandelaar. Daartegenover staat evenwel het voordeel dat de rechter-commissaris het faillissement kent en daardoor sneller kan beslissen op een klacht. Wel denken wij dat op onderdelen de wet voor modernisering vatbaar is. Zo menen wij dat het instellen van een schuldeiserscommissie dient te worden gefaciliteerd. Verder menen wij dat het op initiatief van de rechter-commissaris horen van de bestuurder door de rechter-commissaris bij een machtigingsverzoek procederen<sup>57</sup> niet het uitgangspunt zou moeten zijn en gezien dient te worden als een middel van de rechter-commissaris om, bij een concrete aanleiding daartoe, het toezicht op de curator te intensiveren door zelf poolhoogte te nemen door te horen. Een wettelijke regeling van insolventiemediation achten wij bij gebreke aan voldoende empirisch onderzoek prematuur. Ten slotte menen wij dat het klachtrecht<sup>58</sup> ook moet openstaan voor boedelschuldeisers en dat in het algemeen qua bevoegdheden het door de rechtspraak en de geringe omvang van boedels achterhaalde onderscheid tussen boedelschuldeisers en faillissementsschuldeisers, dient te vervallen.

*Dit artikel is afgesloten op 27 januari 2023.*

#### Over de auteurs

##### Mr. M. (Mark) Mouthaan

Advocaat te Rotterdam bij Windt Le Grand Leeuwenburgh.

##### Mr. R.M. (Ruben) Leeuwenburgh

Advocaat te Rotterdam bij Windt Le Grand Leeuwenburgh.

54 Zie <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-810447.pdf>, p. 6, onder J: ‘INSOLAD stelt voor om de voorgestelde tekst te wijzigen in: “Ieder der schuldeisers, boedelschuldeisers, ontstaan voor of na faillissementsdatum, et cetera” (...)’.

55 Zie bijv. ECLI:NL:HR:2021:1994, r.o. 3.2.5.

56 Vgl. NautaDutilh, p. 11.

57 Art. 68 lid 3 Fw.

58 Art. 69 lid 1 Fw.