

Curator en mediation

You can lead a horse to water, but can you make it drink?

mr. B.J. Tideman¹

1. Inleiding

(Dreigende) insolventies gaan niet zelden gepaard met juridische geschillen. Nadat een faillissement is uitgesproken ontstaan regelmatig conflicten, veelal tussen de curator enerzijds en de (bestuurder van de) gefailleerde of een of meer schuldeisers anderzijds. Hun belangen zijn doorgaans tegengesteld en niet zelden is er sprake van botsende rechten waartussen de curator een keuze moet maken.

Gezien de aard van een insolventie, zal de kern van het geschil meestal onenigheid over de verdeling van schaarse middelen betreffen. Daarnaast spelen er ook rechtmatigheidsvraagstukken, zoals bestuurdersaansprakelijkheid of benadeling van schuldeisers. Ook geschillen tussen schuldeisers onderling of schuldeisers en de bestuurder komen voor. Deze laatste categorieën laat ik in deze bijdrage overigens buiten beschouwing. In dit artikel concentreer ik mij uitsluitend op geschillen, waarbij een curator partij is.

De ervaring leert dat insolventiegeschillen regelmatig aanleiding geven tot rechtszaken door (of tegen) curatoren.² Het voeren van kostbare en langdurige rechtszaken lijkt op gespannen voet te staan met de opdracht waar een curator voor staat. De rechtspraak³ hanteert de volgende kritieke prestatie indicatoren voor curatoren:

1. Realisatie boedelactief. De curator probeert het boedelactief te maximaliseren ...
2. Boedelkosten ... tegen zo laag mogelijke kosten ...
3. Tijdigheid ... in een zo kort mogelijke tijd ...
4. Procedurele compliance ... conform de procedures die de wet voorschrijft.

Procederende curatoren leggen niet alleen een beslag op de rechtspraak, maar handelen ook niet altijd in het belang van de faillissementsboedel.

-
1. Bruno Tideman is advocaat, curator en mediator en partner bij Cees advocaten N.V. te Delft
 2. In dit artikel spreek ik uitsluitend over de faillissementscurator, maar in plaats hiervan kan ook de bewindvoerder in de surseance gelezen worden.
 3. 'KEI Toezicht: Rapport stuurinformatie insolventie' d.d. 11 november 2014, versie 1.1 (niet gepubliceerd).

Rechtszaken zijn vaak kostbaar, tijdrovend en hun uitkomst is niet altijd goed te voorspellen. Dit roept de vraag op of het niet verstandig is om te zoeken naar andere, minder tijdrovende en kostbare methodes om insolventiegeschillen op te lossen. Welke andere methodes zijn denkbaar?

2. Methodes van geschiloplossing

In de literatuur⁴ wordt een onderscheid gemaakt tussen bovenpartijdige en tussenpartijdige geschiloplossing. Een kenmerkend onderscheid tussen de tussenpartijdige en bovenpartijdige geschiloplossing is de autonomie van partijen.

Bij een tussenpartijdige procedure vinden partijen zelf een oplossing waarmee zij vrede hebben. Daarmee komt aan hun onenigheid een (definitief) einde. In een bovenpartijdige variant wordt de beslissing genomen door een derde, zoals een rechter of arbiter. Indien de laatste één van beide partijen (in overwegende mate) in het gelijk stelt, blijft de onenigheid vaak bestaan, want de in het ongelijk gestelde partij zal het er doorgaans niet mee eens zijn. In dat geval wordt soms gekozen voor het instellen van hoger beroep met nog meer kosten en tijdsverloop.

De tussenpartijdige oplossing is doorgaans (veel) minder kostbaar en tijdrovend.⁵

De aspecten boedelkosten en tijdigheid die een curator dient te bewaken, lijken dus gediend met een tussenpartijdige geschiloplossing. Kiest een curator voor deze variant, dan moet hij echter wel zijn

4. A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek mediaton*, 2013, p.15.

5. Een tussenpartijdige oplossing komt meestal neer op correspondentie en/of gesprekken tussen de strijdende partijen en een bemiddelaar gevolgd door een vaststellingsovereenkomst. De totale kosten daarvan zijn vaak een stuk lager dan de totale juridische kosten die gemoeid zijn met een gerechtelijke procedure, waar advocaten veel tijd besteden aan het opstellen van processtukken en waarvoor griffierecht betaald moet worden. Daar moet wel aan toegevoegd worden dat als partijen er onderling niet uitkomen, er vaak alsnog een gerechtelijke procedure gevoerd moet worden.

taak op het vlak van de opbrengstmaximalisatie in de gaten blijven houden, alsmede de procedurele voorschriften volgen (dit geldt met name voor de goedkeuring van de rechter commissaris die hij nodig heeft⁶ voor een schikking).

Veel voorkomende vormen van tussenpartijdige geschiloplossing zijn onderhandelen en mediation. Wat zijn de mogelijkheden daarvan bij insolventiegeschillen?

2.1. Onderhandelen

Een conflict over verdeling van schaarse middelen is rationeel van aard en onderhandelen wordt als de passende aanpak daarvan gezien.⁷ Onderhandelen wordt in de praktijk dan ook vaak toegepast door een curator bij insolventiegeschillen en leidt regelmatig tot een oplossing. Hierbij moet worden aangekend dat bij deze geschillen vaak gekozen wordt voor de vorm van distributieve⁸ onderhandeling. Bij deze onderhandelingsmethode leidt de winst van de een tot het verlies van de ander (win-lose). Distributief onderhandelen geeft daardoor aanleiding tot competitief gedrag. Dit kan leiden tot verharding van het conflict. Door deze insteek lopen de onderhandelingen nog wel eens spaak. Een veel voorkomend probleem bij distributief onderhandelen is dat er na een aantal concessies over en weer een onoverbrugbaar verschil blijft bestaan en geen van de partijen nog verder wil toegeven. Vanuit deze patstelling ligt – mede gezien de competitieve sfeer – de weg naar de bovenpartijdige oplossing, de juridische procedure, dan snel voor de hand.

2.2. Mediation

Indien partijen er in onderling overleg niet uitkomen wil mediation nog wel eens helpen om de onderhandelingen vlot te trekken en alsnog tot overeenstemming te komen. Daarbij wordt een neutrale bemiddelingsdeskundige (mediator) ingeschakeld om de communicatie en de onderhandelingen tussen partijen te begeleiden. De afgelopen jaren zijn er diverse pilots geweest om mediation in faillissementen te bevorderen.⁹ Ondanks deze initiatieven is mediation echter nog niet erg in zwang geraakt

bij curatoren. Wat zouden hier de oorzaken van kunnen zijn? In het navolgende ga ik op die vraag in. Vervolgens zal ik bezien of deze aspecten te beïnvloeden zijn en of, en zo ja, welke andere mogelijkheden er bestaan om insolventiegeschillen adequaat op te lossen.

Succesfactoren van mediation

Belangrijke voorwaarden voor een succesvolle mediation zijn onderhandelingsbereidheid en onderhandelingsruimte.¹⁰

Voorts kan sterke escalatie van een conflict aan een succesvolle mediation in de weg staan. De escalatielader van Friedrich Glasl¹¹ maakt onderscheid tussen drie fases van een conflict, de rationale fase (win-win), de emotionele fase (win-lose) en de vechtfase (lose-lose). In de laatste fase is de relatie meestal al zo beschadigd dat mediation niet goed meer mogelijk is. Mediation dient dus in een zo vroeg mogelijk stadium van het conflict beproefd te worden.

Onderhandelingsbereidheid zal over het algemeen wel bestaan bij curatoren en hun wederpartijen. In de praktijk wordt ook veel onderhandeld. Zoals hiervoor aangegeven ontstaat daarbij dan wel vaak een competitieve sfeer. Het onderhandelingsklimaat is dus al snel nogal vijandig en het conflict belandt al snel in de emotionele fase. Bovendien is onderhandelingsruimte voor een curator vaak een schaars goed.

Laten we nader inzoomen op de voorwaarden voor een succesvolle mediation, de onderhandelingsbereidheid, de onderhandelingsruimte en de kans op escalatie. Welke factoren beïnvloeden deze aspecten?

3. Knelpunten

Onderhandelingsbereidheid

Een curator gebruikt vaak 'hardball' tactieken.¹² Deze stevige aanpak heeft te maken met de omstandigheden waaronder een curator moet functioneren. De Hoge Raad¹³ beschreef het in een van zijn arresten aldus: 'Een curator bevindt zich in een bijzondere positie, waarin hij vaak tegenstrijdige belangen behartigt en beslissingen neemt die geen uitstel kunnen lijden'. In de literatuur is de curator voorts wel eens vergeleken met 'een goed manager die, voldoende stressbestendig, als een soort verkeersagent op het drukke kruispunt de situatie in goede banen moet leiden en botsingen moet voorkomen'.¹⁴ Zo'n verkeersagent heeft weinig oog voor

6. Art. 104 Fw.

7. E. Giebels en M. Euwema, *Conflictmanagement: analyse, diagnostiek en interventie*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2006, p. 25

8. Hiervan is sprake op het moment dat de onderhandelaar de intentie heeft om van de andere onderhandelaar (of andere partij) te winnen. Het doel is om waarde te claimen, zonder echt rekening te houden met de andere partij. Deze benadering wordt ook aangeduid als zero-sum en is veelal gericht op een eenmalige of kortstondige samenwerking tussen beide partijen (zie Handboek mediatie, p. 71).

9. Zie o.m. J.A.A. Adriaanse en E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'ADR/mediation bij (dreigende) insolventie', *TvA* 2014/51, p. 113-119 en Annet Draaijer en Toni van Hees, 'Pilot mediation in faillissementen', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013/40.

10. Handboek mediation, p. 46

11. Handboek mediation, p. 91.

12. Zie R.H. Mnookin, S.R. Peppet & A.S. Tulumello, *Beyond Winning, Negotiating to create value in deals and disputes*, 2004.

13. HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Maclou/curatoren van Schuppen*).

14. W. Aerts, 'De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2005/3, p. 7.

de persoon van een automobilist, hij zorgt voor het collectieve belang van de verkeersveiligheid. Bij die rol hoort een resolute, dominante en directieve opstelling. Kortom, een curator is niet snel geneigd om te marchanderen en concessies doen. Een curator straalt daarom doorgaans geen onderhandelingsbereidheid uit.

De wederpartij van de curator zal zich vaak geïntimideerd en soms onveilig voelen tegenover de dominante persoon en de tot de tanden bewapende jurist die de curator doorgaans is. De wederpartij zal zich daardoor kwetsbaar kunnen voelen, zich gesloten en terughoudend opstellen en zich niet in haar kaarten willen laten kijken. Dit vermindert ook haar onderhandelingsbereidheid.

BAZO

De onderhandelingsruimte van partijen wordt begrensd door hun beste alternatief zonder onderhandelen (BAZO). Bij insolventiegeschillen is niet zelden sprake van juridische puzzels. Een faillissement is een dogmatische speeltuin met conflicten tussen theoretische leerstukken.¹⁵ Soms zijn het alles of niets-situaties, waarbij het balletje twee kanten op kan rollen. In dat soort gevallen is de kans klein dat een curator vrijwillig veel zal willen afwijken van het hoogst haalbare resultaat.

Bij juridische vraagstukken wordt de BAZO meestal bepaald door de te verwachten uitkomst van een juridische procedure. Indien deze uitkomst ongewis is, omdat in de wet of de jurisprudentie geen eenduidig antwoord te vinden is, is het lastig om de BAZO te bepalen. Dat is een dilemma voor partijen en vooral voor de curator. Een curator zal de BAZO graag willen weten, want hij heeft een taak van opbrengstmaximalisatie en dient zich jegens de rechter-commissaris (en de gezamenlijke schuldeisers) te verantwoorden over de beslissingen die hij neemt. Sterker nog, voor een schikking heeft de curator goedkeuring nodig van de rechter-commissaris.¹⁶ Ook een rechter-commissaris zal graag willen weten wat het alternatief is van het door de curator bereikte onderhandelingsresultaat.

Gedeelde belangen

Strijdende partijen die een wederzijdse afhankelijkheidsrelatie hebben, zoals ouders die in echtscheiding liggen, hebben vaak gedeelde belangen. Beide ouders hechten aan de belangen van hun kinderen en die zijn gediend bij een zekere mate van harmonie tussen de voormalige partners. Die gedeelde belangen bieden mogelijkheden om de 'koek te vergroten' en win-win oplossingen te vinden die verder gaan dan het verdelen van het gemeenschappelijk bezit.

Tussen een curator en zijn wederpartij ontbreekt zo'n relatie. Er is bij insolventiegeschillen meestal sprake van een op zich zelf staand conflict tussen partijen die geen langdurige samenwerking met elkaar voor ogen hebben. Hun belangen zijn bovendien vaak tegengesteld. Het gaat meestal om (de

verdeling van) geld. Hoe meer de een krijgt, des te minder de ander. De mogelijkheden van oplossingen in het gezamenlijk belang en de onderhandelingsruimte worden hierdoor verkleind.

Persoonlijke gevoelens

Een curator zal zijn persoonlijke gevoelens geen rol willen laten spelen. De curator moet de belangen van derden (de gezamenlijke schuldeisers) behartigen en is verantwoording schuldig aan de rechter-commissaris.¹⁷ Een curator dient daarom objectieve criteria ten grondslag te leggen aan het besluit om bepaalde concessies te doen. Een verstandige curator zal ten koste van alles de indruk willen vermijden dat hij wegens persoonlijke, subjectieve redenen een schikking treft. Zijn persoonlijke gevoelens zal hij om die reden geen rol willen laten spelen. De doorsnee curator zal zich daarom niet vatbaar tonen voor medelijden met of sympathie voor zijn wederpartij.

Ook de wederpartij zal niet snel sympathie voor een curator voelen, laat staan medelijden. Niet zelden zal de relatie van de wederpartij met de (onderneming van de) gefailleerde door (de aanloop van) het faillissement tot een nulpunt zijn gedaald en vaak zal de wederpartij zich daardoor benadeeld of teleurgesteld voelen. De curator is voor haar de personificatie van die teleurstelling. In de optiek van sommigen vult de curator zijn zakken ten koste van de schuldeisers. Ook een curator hoeft dus veelal niet op sympathie van zijn wederpartij te rekenen en de gunfactor speelt dus geen rol.

Escalatie

Met het wederzijds ontbreken van empathie ligt escalatie van het geschil op de loer. Een wederpartij zal een curator die geen oog heeft voor haar persoonlijke gevoelens en belangen, al snel als harte-loos, onsympathiek en (soms) onrechtvaardig ervaren. Verder ligt in rechtsmatigheidsvraagstukken vaak een waardeoordeel besloten. De wederpartij van de curator kan bijvoorbeeld worden verweten dat zij 'onbehoorlijk' heeft bestuurd of dat zij een bepaalde zorgvuldigheidsnorm heeft overschreden. Deze negatieve kwalificatie (hoe terecht die in juridisch opzicht ook moge zijn) zal gauw als kwetsend worden ervaren, waardoor het conflict verhardt. Dit kan meebrengen dat een zakelijk geschil voor de wederpartij uitmondt in een persoonlijk en emotioneel conflict. Emoties kunnen de ratio van de wederpartij van de curator vertroebelen, haar minder gevoelig maken voor de risico's en kosten van een rechtszaak en aldus de druppel zijn die de emmer doet overlopen. De emoties van de wederpartij kunnen er tevens toe leiden dat zij zich beklagt over de curator, of hem aanspreekt.

15. Niels Pannevis en Anne Mennens, 'De snoepwinkel van het insolventierecht', *Mr.* 1/2, 2015.

16. Art. 104 Fw.

17. De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 64 Fw) en kan de curator ontslaan als deze zijn taak niet naar behoren uitoefent (art. 73 Fw). De curator heeft voorts voor vaststellingsovereenkomsten en schikkingen de goedkeuring nodig van de rechter-commissaris (art. 104 Fw.) en moet (periodiek) verslag uitbrengen over de toestand van de boedel (art. 73a Fw).

lijk stelt, waardoor de curator zich op zijn beurt onheus bejegend kan voelen. De curator zal menen dat hij doet wat er van hem verwacht wordt en zal een persoonlijke aanval onterecht vinden. Dit kan weer tot negatieve emoties van de curator over de wederpartij leiden (al zal een curator dat niet snel willen toegeven).

Perverse prikkels

De onderhandelingsruimte van een curator is dus beperkt, zeker als hij niet goed kan inschatten wat zijn BAZO is. Daarnaast zijn er wegens het ontbreken van een (langdurige) relatie weinig mogelijkheden van win-win oplossingen. Verder is aan beide zijden de empathie afwezig die bij stroeve onderhandelingen vaak als smeerolie kan werken. Sterker nog, de onpersoonlijke opstelling van een curator en de scepsis over de rol van de curator bij de wederpartij leiden tot een verhoogde kans op escalatie. Door deze factoren wordt enerzijds de kans op het bereiken van een tussenpartijdige oplossing verkleind en anderzijds de drang om een rechtszaak aan te spannen vergroot.¹⁸ Dat geldt zeker voor de curator. Een rechterlijke uitspraak verlost de curator van een beslissing over een complexe aangelegenheid die voor meerdere uitleg vatbaar is. Met een vonnis in de hand kan een curator uitleggen waarom hij concessies moet doen. Het risico dat iemand hem verwijt dat hij zich heeft laten 'inpakken' is daarmee afgewend.

Bovendien kunnen er voor een curator (zelfs perverse) prikkels zijn om juist wel te procederen, zoals:

- procederen levert het advocatenkantoor van de curator doorgaans werk en omzet op;
- een curator kan in de casus een kans zien om naam te maken in de jurisprudentie;
- een curator heeft doorgaans weinig te verliezen met een rechtszaak. Verliest hij de procedure dan heeft dat voor de curator zelf over het algemeen geen financiële gevolgen. De boedel draait voor de advocaatkosten en proceskostenveroordeling op en als de boedel leeg is, vangt de wederpartij bot.

Ook bij de wederpartij kunnen dat soort prikkels bestaan. Zij zal over de feitelijke achtergrond van het conflict vaak een kennisvoorsprong hebben op de curator en gebruik willen maken van het feit dat de curator 'er niet bij geweest is' en onwetend is van bepaalde feitelijke of juridische achtergronden. In de praktijk komt het niet zelden voor dat een wederpartij probeert te profiteren van de situatie door informatie voor de curator achter te houden of aan hem onvolledige c.q. misleidende informatie te presenteren.

Ook kan het zijn dat de wederpartij een aansprakelijkheids- en rechtsbijstandsverzekering heeft.

18. De bereidheid tot gezamenlijk oplossen en het besef van gemeenschappelijke belangen ontbreekt en men belandt in de tweede fase van de escalatielader van Friedrich Glasl (emotionele fase). Het conflict wordt een strijd die gewonnen moet worden, ten koste van de ander (Handboek mediation, p. 92).

Zo'n verzekering verlaagt de drempel voor een juridische procedure niet alleen voor de wederpartij, maar ook voor de curator, want dan weet hij dat de wederpartij verhaal biedt.

4. Tussenconclusie

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat curatoren zichzelf weinig onderhandelingsruimte gunnen, distributief en hard onderhandelen, niet snel geneigd zijn om met de belangen van hun wederpartij rekening te houden en weinig tot geen waarde hechten aan de relatie met de wederpartij. De wederpartij op zijn beurt heeft vaak geen positief beeld van de curator, zal zich defensief en gesloten opstellen en waar mogelijk proberen te profiteren van de kennisachterstand van de curator.

Bij insolventiegeschillen zijn de succesfactoren voor mediation, de onderhandelingsbereidheid en onderhandelingsruimte aan de zijde van een curator beperkt. Daarnaast kan het onderhandelingsklimaat al snel tot escalatie leiden.

Hierdoor lopen onderhandelingen nog wel eens spaak en lijken de mogelijkheden van mediation beperkt. Dit klemmt temeer in alles of niets gevallen of andere situaties waar de BAZO onduidelijk is. In die gevallen heeft de curator soms (te) weinig houvast voor zijn beslissing over de vraag of een onderhandelingsresultaat aanvaardbaar is. Het gevolg is dat er gekozen wordt voor een (kostbare en langdurige) bovenpartijdige geschiloplossing. In de meeste gevallen betekent zulks dat de rechter er aan te pas moet komen.

Zo lijken we dus uit te komen bij het spreekwoord waaraan ondertitel van deze bijdrage refereert: *You can lead a horse to water, but you can't make it drink*. Of is hier iets aan te doen? Kunnen we de curator en zijn wederpartij bewegen om minder vaak geschillen via rechtszaken op te lossen en vaker een buitengerechtelijke oplossing te zoeken? Hierboven kwamen de volgende knelpunten aan de orde. Wat kunnen we daarmee?

5. Beïnvloedbare aspecten

Onderhandelingsbereidheid

Het onderhandelingsklimaat kan worden beïnvloed door het maken van afspraken over de randvoorwaarden van een onderhandelingsproces. Onderhandelingen verlopen doorgaans soepeler als zij plaatsvinden in een vrijblijvende en vertrouwelijke context. Hierover kunnen afspraken worden gemaakt, bijvoorbeeld door het sluiten van een bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 Rv, zodat feiten die tijdens de onderhandeling aan het licht komen, niet als bewijs kunnen worden gebruikt, behoudens voor zover deze feiten ook onafhankelijk van het onderhandelingsproces aan het licht kunnen komen. Ook bemiddeling door een neutrale derde kan bevorderlijk zijn voor het onderhandelingsklimaat. Een conflictbemiddelaar kan onnodige escalatie voorkomen en mogelijke oplos-

singsrichtingen in beeld brengen. Dit moet iemand zijn die enerzijds weet wat een curator beweegt en zich anderzijds begrijpt hoe de wederpartij van de curator diens houding ervaart.

BAZO

Om bij ingewikkelde juridische puzzels of alles of niets situaties een beeld van de BAZO te krijgen is inzicht nodig in de mogelijke uitkomst van een juridische procedure. Omdat de strijdende partijen elkaars oordeel niet zullen vertrouwen, zal dit inzicht gegeven moeten worden door een objectieve en deskundige partij. In deze situatie lijkt een bovenpartijdige (deel)oplossing derhalve aanbevelenswaardig. Indien een derde een deskundig en objectief oordeel kan geven over een of meer rechtsvragen die partijen verdeeld houden, kan hen dat een indicatie geven van de uitkomst van een rechtszaak daarover. Voor de curator kan zo'n deskundigenoordeel bijvoorbeeld net dat steuntje in de rug betekenen dat hij nodig heeft om van een rechtszaak af te zien en de rechter-commissaris daarvan te overtuigen en zich jegens de gezamenlijke schuldeisers te verantwoorden.

Om de vrees weg te nemen dat het advies van de deskundige de juridische positie van een partij verzwakt is het verstandig om tevoren af te spreken dat ook dit advies van het bewijs wordt uitgesloten.¹⁹

Vervolgens kan de conflictbemiddelaar in bilaterale en vertrouwelijke gesprekken met ieder der partijen²⁰ aan de hand van het deskundigenadvies nader van gedachten wisselen over hun mogelijke BAZO en de daaraan verbonden onderhandelingsruimte. Wellicht dat de conflictbemiddelaar middels die gesprekken tevens kan beoordelen of er sprake is van een mogelijke overlap tussen de onderhandelingsruimte van partijen, de zogenaamde ZOPA.²¹ Is dat het geval dan kan hij partijen in het vooruitzicht stellen dat er een goede kans is dat er overeenstemming kan worden bereikt.

Gedeelde belangen

Aan het feit dat er bij insolventiegeschillen meestal sprake is van win-lose situaties is niet veel te veranderen. Hetzelfde geldt voor de beperkte hoeveelheid gemeenschappelijke belangen van een curator en zijn wederpartij. Uiteraard is het zinvol om zoveel mogelijke gedeelde belangen te identificeren en er niet direct van uit te gaan dat die er niet zijn, maar het feit dat de strijdende partijen geen relatie nastreven is een gegeven dat we zullen moeten accepteren. De win-win mogelijkheden zullen dus vaak beperkt zijn. Het lijkt bij insolventiegeschillen weinig zinvol om van partijen te verlangen om meer met elkaars belangen rekening te houden of meer waarde te hechten aan de onderlinge relatie. Een curator zal dit als snel ervaren als appelleren aan zijn persoonlijke gevoelens. Daar is hij allergisch voor. Deze mogen geen rol spelen in zijn af-

weging. Het hameren op de (persoonlijke) belangen van de ander, kan dus zelfs averechts werken.

Persoonlijke gevoelens

Het heeft dus geen zin om van een curator begrip of medelijden voor zijn wederpartij te vragen. Ook het opwekken van sympathie voor de curator bij de wederpartij is geen effectieve methode. Wel nuttig kan zijn om de wederpartij duidelijk te maken waarom de curator zich zo onpersoonlijk c.q. onmenselijk opstelt. Dit kan door de rol en positie van de curator als behartiger van een abstract collectief schuldeisersbelang toe te lichten en duidelijk te maken dat zijn opstelling niet persoonlijk is bedoeld. De eerder genoemde conflictbemiddelaar kan hierbij een rol vervullen.

Escalatie

Uitleg over de rol en houding van de curator kan zowel de onvrede over de persoon van de curator als de daarmee gepaard gaande emoties, waardoor het conflict kan escaleren, doen afnemen. Hierdoor zal de wederpartij zich minder snel door emoties laten leiden en meer gewicht hechten aan rationele aspecten zoals het vermijden van de risico's en kosten van een rechtszaak.

Perverse prikkels

De focus op de rol van de curator kan ook in de richting van hemzelf een nuttig effect hebben. Het kan geen kwaad om een curator (ten overvloede) te herinneren aan het feit dat ook zijn negatieve emoties geen rol mogen spelen. Ook dit lijkt een schone taak voor een conflictbemiddelaar. Daarnaast is het nuttig om de curator te wijzen op de aspecten boedelkosten en tijdigheid die met zijn bovenvermelde opdracht gepaard gaan. In het verlengde daarvan kan van hem worden verwacht dat hij de indruk wegneemt dat zijn persoonlijk belang (omzet als advocaat en naam maken in de jurisprudentie) een rol van betekenis speelt bij het besluit om een rechtszaak te voeren.

Daarnaast kan worden getracht de wederpartij te bewegen om (al dan niet in het vertrouwelijke bilaterale overleg) meer openheid te betrachten over feiten en omstandigheden die de curator mogelijk niet bekend zijn, zodat bij de curator de indruk wordt weggenomen dat de wederpartij daarmee haar voordeel wil doen.

6. Slotconclusie

Rechtszaken zijn vaak kostbaar en tijdrovend. Gezien de taak van een curator lijkt het wenselijk dat insolventiegeschillen waar de boedel in betrokken is, zoveel mogelijk buitengerechtelijk worden opgelost. Een tussenpartijdige geschiloplossing (onderhandelen) is sneller en minder kostbaar dan de bovenpartijdige variant, zoals een rechtszaak. In de praktijk wordt echter nog vaak de gerechtelijke weg bewandeld. Dat komt door verschillende aspecten, zoals de aard en complexiteit van de geschillen en de rol en de opstelling van de betrokken partijen. Een deel van die aspecten valt niet te beïnvloeden, maar bij een aantal andere zie ik wel mogelijkheden, mits dit op methodische wijze gebeurt.

19. Art. 7:900 BW en art. 153 Rv

20. Ook wel 'caucus' genoemd, zie Handboek mediation, p. 278.

21. Handboek mediation, p. 113.

Mijns inziens kan een buitengerechtelijke oplossing van insolventiegeschillen bevorderd worden door een tussenpartijdige methodiek met bovenpartijdige aspecten. Kortom, een hybride vorm van geschiloplossing. Deze methodiek richt zich op het vergroten van de onderhandelingsbereidheid, het identificeren van de onderhandelingsruimte en het bemiddelen bij het onderhandelingsproces.

De onderhandelingsbereidheid kan positief worden beïnvloed door het maken van afspraken over randvoorwaarden van een onderhandelingsproces, zoals vertrouwelijkheid en vrijblijvendheid. Een neutrale conflictbemiddelaar kan dit proces begeleiden. Hij kan escalatie voorkomen en mogelijke oplossingsrichtingen in beeld brengen. Tevens kan hij helderheid scheppen over de rol en opstelling van partijen. Niet zozeer met het oogmerk om daar verandering in te brengen, maar om het wederzijds begrip daarvan bevorderen. Tot slot kan de conflictbemiddelaar trachten om perverse prikkels in de richting van de gerechtelijke weg te neutraliseren door het blootleggen van ongewenste drijfveren van partijen.

Het bovenpartijdige aspect bestaat uit het verschaffen van inzicht door een objectieve en deskundige partij in de mogelijke uitkomst van een juridische procedure over (de kern van) het geschil dat partijen verdeeld houdt. Dit inzicht maakt het eenvoudiger voor partijen om hun alternatief zonder onderhandelen (BAZO) te bepalen en zich te verantwoorden over de keuze om met een bepaald onderhandelingsresultaat genoeg te nemen. Daarmee kan de conflictbemiddelaar vervolgens de wederzijdse onderhandelingsruimte (ZOPA) vaststellen.

Het sluitstuk bestaat dan uit het begeleiden van onderhandeling en het vastleggen van het eventuele onderhandelingsresultaat. Wordt zo'n resultaat niet behaald, dan hebben partijen mogelijk vruchteloos enige tijd en kosten gespendeerd, maar ligt de gerechtelijke weg nog steeds open en is hun juridische positie niet verslechterd. En mogelijk verloopt die weg dan effectiever vanwege de inzichten die partijen tijdens het onderhandelingstraject hebben verworven.