



TOELICHTING BESLISMODEL VOOR OPLOSSING VAN INSOLVENTIEGESCHILLEN

De curator heeft machtiging nodig van de rechter-commissaris om in rechte op te treden (behoudens enkele uitzonderingen¹). Bij het verlenen van de machtiging dient de rechter-commissaris zich ervan te vergewissen of het belang van de failliete boedel gediend is met de betreffende rechtszaak.

Van een curator mag worden verwacht dat hij het faillissement binnen bekwame tijd afwikkelt met inachtneming van de wettelijke voorschriften en daarbij de maximale opbrengst voor de boedel nastreeft. Juridische procedures zijn vaak langdurig en kostbaar en de uitkomst ervan is vaak lastig te voorspellen. De rechter-commissaris dient daarom te onderzoeken of de duur, de kosten en het procesrisico verbonden aan de rechtszaak in verhouding staan tot het de door de curator verwachte resultaat ervan. Daarbij dient de rechter-commissaris ook na te gaan of eenzelfde resultaat kan worden behaald via een vorm van alternatieve geschillenbeslechting, zoals mediation, die minder kostbaar en tijdrovend is dan een rechtszaak.

Mediation komt in de kern neer op een gestructureerd onderhandelingsproces waarbij partijen met behulp van een deskundige (mediator) in een vrijblijvende en vertrouwelijke setting de mogelijkheden van een minnelijke oplossing verkennen.

Om de curator, diens wederpartij en de rechter commissaris van dienst te zijn is een beslismodel opgesteld dat kan worden gebruikt om de mogelijkheden van alternatieve geschillenbeslechting te onderzoeken in een situatie waarin een curator of diens wederpartij zich bewust wordt van een geschil dat kan uitmonden in een juridische procedure. Ook kan het beslismodel worden gebruikt als de curator aan de rechter-commissaris op de voet van art. 68 lid 3 Fw. om een procesmachtiging verzoekt.

Het beslismodel bestaat uit 12 vragen, die hieronder worden toegelicht.

1 Is er sprake van ernstige fraude?

Als de curator meent dat er sprake is van ernstige fraude lijkt mediation niet snel voor de hand te liggen, gezien de fraudebestrijdings taak van de curator ex art. 68 lid 2 Fw.

2 Is de wederpartij onvindbaar of onbereikbaar?

Als de wederpartij onvindbaar of onbereikbaar is, is mediation uiteraard nog niet mogelijk. Dit kan later uiteraard veranderen, als betrokkene zich meldt.

3 Weigert de wederpartij pertinent aan mediation mee te werken?

¹ 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 (zie art 68 lid 2 Fw.)

Mediation vindt plaats op vrijwilligheid. Indien vast staat dat iemand pertinent niet wil meewerken heeft mediation geen zin. Indien de wederpartij weigert om te onderhandelen zonder dat daar een goede reden voor lijkt te zijn, is een haalbaarheidsonderzoek naar mediation geïndiceerd om te zoeken welke bezwaren men heeft tegen mediation en of die kunnen worden weggelaten door middel van voorlichting over de procedure van mediation (en principes van vrijwilligheid en vertrouwelijkheid). Zo'n haalbaarheidsonderzoek kan eventueel worden uitbesteed aan een neutrale persoon, zoals een mediator.

4/5 Heeft de curator goede redenen om niet te onderhandelen?

Als een curator goede redenen heeft om (nog) niet met zijn wederpartij te onderhandelen, heeft mediation geen zin. Wat onder goede redenen moet worden verstaan, is op voorhand lastig aan te geven, maar het bestaan hiervan moet niet lichtvaardig worden aangenomen. Indien blijkt dat de curator scepsis heeft tegenover het fenomeen mediation is het verstandig dat hem door een mediator voorlichting wordt gegeven over de procedure van mediation (en principes van vrijwilligheid en vertrouwelijkheid).

Zijn er andere redenen in het spel, dan verdient het aanbeveling de curator te bevragen de eventuele onderliggende motieven daarbij. In het bijzonder is het goed om na te gaan of de onderhandelingsbereidheid van de curator ontbreekt vanwege het juridisch principiële karakter van de zaak, onduidelijkheid over de feiten, standpunten, de BATNA. In dat geval dienen eerst de vragen 6/m 12 te worden doorlopen voordat kan worden vastgesteld wat de aanbevolen actie is.

6 Is het een juridische principezaak?

Indien een juridisch oordeel van groot belang is voor de rechtspraak of de boedel kan dat een reden zijn om de rechter in te schakelen. Vaak is het dan nog steeds nuttig om procesafspraken te maken om tijd en kosten te besparen en onnodige nevendiscussies te voorkomen. Indien het voor partijen lastig is om daar onderling afspraken over te maken, verdient het aanbeveling om op een mediation aan te sturen welke het maken van procesafspraken als doel heeft.

7/8 Bestaat er voldoende inzicht in de feiten? Zijn partijen het eens over de feiten?

Onduidelijkheid over de feiten hoeft geen belemmering te zijn voor een mediation, maar als die onduidelijkheid het voor de curator onmogelijk maakt om de BATNA te bepalen (en de uitkomst van een juridische procedure in te schatten) lijkt het beter eerst opheldering over de feiten te verkrijgen alvorens een rechtsvordering in te stellen of onderhandelingen te starten. De rechter-commissaris zou er in dit geval voor kunnen kiezen om de betrokken partijen te horen, al dan niet op de voet van art. 66 of 105 Fw. Ook kan een voorlopig getuigenverhoor uitkomst bieden. Mediation kan in zo'n situatie worden benut om afspraken te maken over een voor beide partijen aanvaardbare wijze van factfinding.

9 Zijn de wederzijdse standpunten onduidelijk?

Onduidelijkheid over de standpunten hoeft geen belemmering te zijn voor een mediation, maar als die onduidelijkheid het voor de curator onmogelijk maakt om de BATNA te bepalen (en de uitkomst van een juridische procedure in te schatten) lijkt het beter (om via onderzoek of voorlopig getuigenverhoor) eerst opheldering over de standpunten te verkrijgen alvorens een rechtsvordering in te stellen of onderhandelingen te starten. Ook kan mediation worden benut om duidelijkheid te verkrijgen over de kern van het geschil en (eventueel) afspraken te maken over de beslechting daarvan (zie ook vraag 5).

10 Is wet of rechtspraak over rechtsvraag duidelijk?

Onduidelijkheid over de uitkomst van een procedure hoeft geen belemmering te zijn voor een mediation, maar omdat die onduidelijkheid het voor de curator onmogelijk maakt om de BATNA te bepalen (en de uitkomst van een juridische procedure in te schatten) lijkt het beter (om via een legal opinion) eerst opheldering over mogelijke uitkomst te verkrijgen alvorens een rechtsvordering in te stellen of onderhandelingen te starten.

11 Heeft de curator zijn BATNA berekend?

Van een curator mag worden verwacht dat hij voorafgaande aan een verzoek om een proces machtiging een analyse heeft gemaakt van de proceskansen. Dat betekent dat er aan factfinding is gedaan, hoor en wederhoor is toegepast en een met feiten en (juridische) argumenten onderbouwde inschatting is gemaakt van de wederzijdse proceskansen en proceskosten. Deze inschatting maakt het tevens mogelijk om in te schatten of er een zone is van mogelijke wederzijdse overeenstemming (ZOPA: Zone of Possible Agreement) voor onderhandelingen, al dan niet via mediation. Indien een curator zich niet voldoende van deze taak gekweten heeft, dient hij dit alsnog te doen, voordat er wordt onderhandeld of geprocedeerd.

12 Zijn de persoonlijke verhoudingen tussen partijen gespannen?

Indien blijkt dat er naast zakelijk geschil ook sprake is van een persoonlijk/emotioneel conflict en een lose/lose opstelling, kan een mediation vaak nuttig zijn om die emoties (angst, woede, wantrouwen) weg te nemen en te zoeken naar een oplossing in het wederzijds belang. In dat geval lijkt als eerste stap een haalbaarheidsonderzoek naar mediation gewenst. Een neutrale mediator kan in persoonlijke gesprekken proberen te achterhalen welke emoties er spelen en of de onderhandelingsbereidheid van partijen daardoor negatief wordt beïnvloed. Tevens kan een daarbij aan partijen voorlichting worden gegeven over de procedure van mediation (en principes van vrijwilligheid en vertrouwelijkheid).