

Conflictmanagement in faillissementen

(Hoofdstuk 5 uit “De curator en de Failliet” Insolad Jaarboek 2019)

MR. E.E.A. DIJXHOORN¹

1. Inleiding

Een faillissement² is een vat vol tegenstrijdige belangen. Welbeschouwd ontleent de curator daaraan zijn bestaansrecht. De wetgever heeft willen vermijden dat vermogensbestanddelen van de schuldenaar die niet meer kan betalen door alle schuldeisers beslagen en geëxecuteerd worden en vraagt de curator namens het collectief van schuldeisers het proces in goede banen te leiden en de activa te verkopen en de opbrengst met in achtneming van de wettelijke voorrangregels te verdelen.

Door het uitspreken van het faillissement worden de tegengestelde belangen niet weggenomen. De wetgever geeft de curator wel handvatten (bijvoorbeeld in artikel 37, 39 en 40 Fw), maar het is de curator die met de wet in de hand de keuzes moet maken. Of in de woorden van de Hoge Raad in het Maclou-arrest:³ “Een curator bevindt zich in een bijzondere positie waarin hij vaak tegenstrijdige belangen behartigt en beslissingen neemt die geen uitstel dulden.”

Echter, aan de door de curator in acht te nemen belangen van separatisten, preferente en concurrente schuldeisers, de failliet, het personeel, opdrachtgevers en opdrachtnemers, aandeelhouders, bestuurders etc., wordt een nieuw belang toegevoegd, namelijk dat van de curator zelf bij een vergoeding voor zijn werkzaamheden.

Een tegenstrijdig belang is nog geen conflict. Er is sprake van een conflict indien ten minste een van de partijen (of groepen van partijen) zich ergert of gehinderd voelt door de ander.⁴ Veel tegenstrijdige belangen in faillissementen lossen zich op omdat betrokkenen zich neerleggen bij de wettelijke verdelings- regels en de wijze waarop die door de curator zijn respectievelijk worden toegepast.

Maar er blijven nog voldoende conflicten over. Conflicten tussen boedel en contractpartijen van de failliet, waaronder de bank, tussen Belastingdienst en bank (waar de curator tussen zit), tussen crediteuren onderling en niet in de laatste plaats tussen curator en failliet respectievelijk bestuurder. In de literatuur, onderzoek en opleiding van curatoren en rechters-commissarissen wordt desalniettemin weinig tot geen aandacht aan conflictmanagement besteed. Terwijl daar toch alle aanleiding toe bestaat. Het oplossen van conflicten, zeker als daaraan de rechter te pas komt, kost nu eenmaal veel tijd en geld en langslappende procedures staan in de weg aan een afwikkeling van het faillissement binnen een redelijke termijn.

Dit artikel besteedt aandacht aan conflictmanagement en in het bijzonder de conflicten tussen curator en failliet en de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon voortvloeiend uit het prefaillissementsgedrag van laatstgenoemde.

Schrijver bepleit meer aandacht voor de rol die curator en bestuurders, bewust en onbewust, in dergelijke conflicten spelen, doet handreikingen voor slimmer tussenpartijdig oplossen (waaronder mediation) en alternatieven buiten de civiele rechter (arbitrage, bindend advies) en belicht tot slot de toegevoegde waarde die rechters-commissaris kunnen hebben bij het vinden van een oplossing.

2. Conflictdiagnose

Zoals hierboven gesteld is een conflict meer dan een juridisch geschil. Curatoren, de advocaten van failliet respectievelijk bestuurder en de rechters- commissaris zijn allemaal getrainde en ervaren juristen en hebben met de analyse van het juridisch geschil niet zoveel moeite. Zij hebben alleen andere verwachtingen van de uitkomst van een civiele procedure. Ieder dispuut tussen curator en failliet en iedere claim van de curator op de bestuurder hindert en ergert de failliet of de bestuurder. Er is dus

sprake van een conflict. Om het conflict te kunnen oplossen moet je echter niet alleen het juridisch geschil analyseren, maar het gehele – meeromvattende – conflict.

Giebels en Euwema gebruiken in hun standaardwerk 'Conflictmanagement en Mediation' voor de analyse van conflicten het 7i-model. Wat zijn de issues, welke individuen zijn betrokken, in welke relatie staan zij tot elkaar (independentie), welke interacties komen op gang, wat zijn de implicaties, binnen welke context speelt het conflict zich af (instituties) en wat zijn de interventiemogelijkheden.⁵

In het navolgende zullen de relatie tussen curator en failliet en meer in het bijzonder geschillen tussen curator en bestuurder over rechtmatigheidsvragen aan de hand van dit model onder de loep worden genomen.

3. Issues

De conflicten tussen curator en failliet zijn zeer verschillend van aard, maar hebben met elkaar gemeen dat de onderwerpen de failliet direct raken in zijn dagelijkse bezigheden en zijn bestaan. Denk aan vrij te laten deel van het inkomen, verkoop van woning, afkoop verzekeringspolissen en dergelijke.

De conflicten tussen curator en bestuurder spelen zich hoofdzakelijk af in het hoofdstuk rechtmatigheid van het standaard Refoca-verslag. Bestuurdersaansprakelijkheid, pauliana en verrekening te kwader trouw.

Het kenmerkende van deze geschillen is dat de beoordeling van de curator over de (rechts)handelingen van de bestuurder, die bestuurder niet alleen direct in de portemonnee kan raken, maar bovendien altijd een waardeoordeel inhoudt. Dat heeft twee, in elkaars verlengde liggende, gevolgen, die het onderhandelen over het geschil er niet makkelijker op maken.

Over geld is te onderhandelen, maar over normen en waarden niet. Daarenboven is het vrijwel onmogelijk om de rechtshandelingen van de bestuurder bespreekbaar te maken, zonder die bestuurder een verwijt te maken. Ook als de curator de boodschap dat een bepaalde handeling strijd oplevert met de faillissementswet op de meest neutrale wijze brengt, zal de bestuurder zich aangesproken voelen en het standpunt van de curator als een verwijt over zijn integriteit opvatten. Over de gevolgen van deze vaststelling kom ik nader te spreken.

4. Individuen

Elders in dit boek besteedt Tamara Madern aandacht aan de persoon van de failliet.

De bestuurder heeft voorafgaand aan het faillissement een spannende en vermoeiende periode doorgemaakt, die het evenwicht waarin de bestuurder zich bevond, ernstig verstoord heeft. Vriesendorp noemt dit insolventiestress⁶ en wijst erop dat kennis van de psychopathologie kan bijdragen aan de beoordeling van het gedrag van bestuurders in de aanloop naar een faillissement.

In 1943 publiceerde Abraham Maslow zijn theorie over de hiërarchie van onze primaire behoeften, die wereldwijd bekend werd als de Pyramide van Maslow.⁷ In 2008 introduceerde David Rock van het NeuroLeadership Institute⁸ het zogenaamde SCARF-model, waarin hij in zekere zin voortborduurde op de door Maslow in kaart gebrachte reflexen, die optreden indien bepaalde basale menselijke behoeftes in het gedrang komen.

Status, zekerheid, autonomie, verbondenheid en rechtvaardiging (in het Engels Status, Certainty, Autonomy, Relatedness en Fairness, SCARF). Ieder mens heeft er in meer of mindere mate behoefte aan en bij een tekort – in relatie tot de persoonlijke behoefte – reageert hij daar reflexmatig op. Deze reflexen worden goed omschreven door Liefhebber in 'Een Neurokompas voor mediators'⁹ en sluiten, zoals Liefhebber constateert, aan op de zorgen van partijen in conflictsituaties zoals beschreven door Roger Fisher en Daniel Shapiro in 'Beyond Reason'¹⁰ een van de internationaal leidende boekwerken over onderhandelen.

Persoonlijk failliet gaan is in onze cultuur een schande. Er is geen enkele status meer. De onzekerheden zijn groot. Hoe lang gaat het faillissement duren? Hoeveel is er wekelijks te besteden? Worden de activa niet te goedkoop van de hand gedaan? Wat doen de schuldeisers na afwikkeling? Etc.

“De persoon van de schuldenaar wordt door het faillissement niet getroffen. De schuldenaar komt niet onder curatele en blijft bevoegd om rechtshandelingen te verrichten”, aldus Pannevis in Polak/Pannevis, Insolventierecht 2017,¹¹ maar dat neemt niet weg dat juist het gegeven dat een ander over zijn gehele vermogen beschikt en dat blijft doen gedurende de looptijd van het faillissement,¹² de autonomie van de failliet zwaar aantast. Een failliet komt al snel in een sociaal isolement terecht en tot slot zoekt menig failliet de oorzaak van zijn ellende buiten zichzelf.

Voor de bestuurder van een rechtspersoon is het niet veel anders. Na het uitspreken van het faillissement is de bestuurder zijn status kwijt. Binnen de onderneming, in zijn zakelijke netwerken, bij de familie en in vriendenkring. Immers, hij stond aan het roer toen het schip verging.

De financiële toekomst is onzeker, zeker voor een DGA, die niet tegen werkloosheid verzekerd is en – zoals vaak het geval is – ook nog borg staat bij de bank, privé leningen is aangegaan, zelf crediteur van de failliete onderneming is en/of zijn pensioenvoorziening daarin heeft ondergebracht, terwijl niet zelden de aandelen in de failliete vennootschap zijn enige vermogen vormde.

De curator heeft het stuurwiel volledig overgenomen, dus van de autonomie van de bestuurder is niets meer over.

Ook de verbondenheid is volledig zoek. Al die personeelsleden, waarmee hij jaren gewerkt heeft, zitten thuis of werken elders en als ze hem al niet de schuld van het faillissement geven, zien ze hem in ieder geval niet meer staan. En met het gevoel van rechtvaardigheid is het al niet beter gesteld. Veel bestuurders leggen de oorzaak van de deconfiture van hun onderneming bij anderen, die zich niet redelijk hebben opgesteld. Of die aantijging juist is, is hier niet aan de orde. Het gaat om de perceptie.

Het is niet verwonderlijk dat de bestuurder, die korte of langere tijd na het uitspreken van het faillissement door de curator wordt aangesproken wegens mismanagement of benadeling, defensief reageert. Want hij krijgt ook nog eens kritiek, wat op zich – dus los van aantasting van status, autonomie en rechtvaardigheidsgevoel, de onzekerheid en het gevoel van afwijzing en buitensluiting – als stressfactor van betekenis is.¹³

Het gevaar is dus groot dat de failliet, die een geschil heeft met de curator en de bestuurder, die door de curator op zijn prefaillissementsgedrag wordt aangesproken, hun beslissingen veel meer zullen laten leiden door reflexen en emotie dan door de ratio.

Dan de rol van de curator. Die heeft tot taak tegen zo gering mogelijke kosten, binnen redelijke tijd en met inachtneming van de procedurele compliance een maximale boedelopbrengst te realiseren.¹⁴ Dat is zijn taak in objectieve zin, waarbij hij zich laat leiden door het belang van de crediteuren. Er spelen echter ook andere elementen.

Bij het zo goed mogelijk uitvoeren van die taak dient de curator in ieder geval twee eigenbelangen. Ten eerste het belang om het goed te doen in de ogen van zijn opdrachtgever, de insolventiekamer en wel aan de hand van de hierboven beschreven KPI's. Maar iedere curator heeft zijn eigen stijl. En als hij regelmatig benoemd wordt, mag hij veronderstellen dat, ongeacht de KPI's, zijn stijl de opdrachtgever bevalt. De curator die een imago heeft opgebouwd van 'crimefighter' of 'hardliner' zal er dus belang bij hebben die stijl vast te houden. Ten tweede het financieel belang in het individuele faillissement. Het belang om voldoende boedelactief te genereren om de faillissementskosten te dekken en het al meermaals bekritiseerde belang van de omzet die het eigen kantoor maakt als er geprocedeerd wordt.¹⁵

Tot slot mag niet vergeten worden dat een curator ook een advocaat is, die als hij eenmaal een mening over het prefaillissementsgedrag van een bestuurder gevormd heeft, zich niet snel op andere gedachten

zal laten brengen. En, met de gereedschapskist die de curator als advocaat heeft, ligt het gevaar op de loer dat hij denkt: "als ik het gelijk niet krijg, ga ik het wel halen".

Voor de bestuurder geldt dat als hij ratio laat prevaleren boven emotie, hij beseft dat een dispuut met de curator hem altijd veel tijd, geld en energie kost en dat hij bij verlies van de procedure ook nog eens de claim van de curator moet honoreren.

Maar ook voor de curator geldt, dat de belangen uitsluitend rationeel gewogen moeten worden.

De belanghebbenden bij zijn inspanningen, de crediteuren, ontvangen over het algemeen liever vandaag een concreet percentage van hun vordering (en de mogelijkheid om de BTW terug te halen), dan de kans op een hoger maar onbekend percentage over een onbekend aantal jaren, met de kans dat na een door de curator verloren procedure dat percentage ook nog eens aanmerkelijk lager is dan het concrete percentage dat vandaag uitgekeerd kan worden.

Voor beide partijen geldt, dat procedures over rechtmatigheid maar twee uitkomsten kennen: winst of verlies. Een beetje mismanagement bestaat niet en een rechtshandeling was paulianeus of niet. En het oordeel van de Rechtbank hoeft niet doorslaggevend te zijn. De kans is altijd aanwezig dat het Hof er weer heel anders tegenaan kijkt.

De conclusie uit het bovenstaande is, dat – objectief beschouwd – geschillen tussen curator en bestuurder over rechtmatigheidszaken zich uitstekend lenen voor tussenpartijdige oplossingen, maar dat aan de kant van de bestuurder niet-rationele invloeden aan een poging tot het zoeken naar een oplossing in de weg staan en dat aan de andere kant in het huidige stelsel het gevaar bestaat dat de curator zich gezien zijn eigenbelangen laat verleiden om te gaan procederen.

5. Interdependenties

Het hoeft geen nadere uitleg dat de afhankelijkheid van de failliet van de persoon die over zijn vermogen beschikt uitermate groot is en dat, omgekeerd, de curator in geen enkel opzicht afhankelijk is van de failliet.

In de relatie curator – bestuurder creëert het faillissement van de rechtspersoon een afhankelijkheid die in de loop van het proces als een kameleon van kleur verschiet. Direct na het uitspreken van het faillissement is de curator voor zijn informatievoorziening in belangrijke mate afhankelijk van de bestuurder. Die voorziet de curator van de gegevens die nodig zijn om een maximaal boedelactief te realiseren. Wat zijn de mogelijkheden van een doorstart? Welk bedrijfsonderdeel kan behouden blijven? Welke spelers in de branche zijn mogelijk geïnteresseerd in overname? Welke besprekingen zijn al gevoerd? Wie kan er roet in het eten gooien?

Niet zelden is het de bestuurder die zelf met succes een bod doet op de activa, waaronder de voor de curator belangrijkste asset, de 'goodwill' en aldus de curator helpt aan het actief dat hem ten minste in staat stelt de faillissementskosten te dekken. De curator heeft dus alle belang bij een goede werkrelatie met de bestuurder en zal een sfeer scheppen, waarin de bestuurder zich vrij voelt zoveel mogelijk informatie met hem te delen.

Niet zelden komt een faillissement voor een bestuurder als een verlossing. Niet meer het gehijg van de mannen en vrouwen van de afdeling Bijzonder Beheer van de bank in de nek, geen slapeloze nachten omdat de salarissen er weer uit moeten. Geen telefoontjes meer van crediteuren, geen leugens meer hoeven te verkopen, geen gesol meer met werknemers. Dan is de persoon waarnaar je de crediteuren mag doorverwijzen en die het slechtweer gesprek met jouw personeel voert, al snel een welkome gast.

In die fase hebben curator en bestuurder vaak gelijklopende belangen. Een hoge opbrengst van de in zekerheid gegeven activa levert een hogere boedel- bijdrage en bijgevolg een grotere kans dat het salaris van de curator kan worden voldaan en een uitkering aan crediteuren kan worden gedaan. De curator scoort daarnaast beter op de KPI's. Maar het heeft ook een positief effect op de positie van de bestuurder als borg en eventueel als crediteur.

Is het actief eenmaal gerealiseerd, dan is de curator niet of nauwelijks meer afhankelijk van de bestuurder. De curator komt dan toe aan zijn analyse van de oorzaak van het faillissement en zal moeten onderzoeken of zich in de prefaillissementsfase onregelmatigheden hebben voorgedaan.

Dan ziet de bestuurder ineens een heel andere curator. Niet meer de persoon met wie hij veel – in de ogen van de bestuurder vertrouwelijke – informatie heeft gedeeld of met wie hij net een deal over de doorstart heeft gesloten, maar de man die vanuit zijn bureaustoel met de kennis achteraf komt vertellen dat hij, de bestuurder, een of meer dingen verkeerd heeft gedaan en dat de boedel nog geld van hem krijgt.

De curator heeft twee petten op. Daar kan hij niets aan veranderen. Een goede curator legt dit dualisme aan de bestuurder uit. Een integere curator stelt zich ten opzichte van de bestuurder¹⁶ correct en onbevooroordeeld op. Maar hoe beleefd en voorkomend je je ook opstelt, het verschieten van kleur is voor de bestuurder doorgaans lastig te begrijpen.

Het is niet zo dat de curator in de fase dat de discussie alleen nog maar over rechtmatigheid gaat, niet afhankelijk is van de bestuurder. Indien het belang van de boedel erbij gebaat is om te schikken in plaats van te procederen, dan heeft de curator de bestuurder (en eventueel diens verzekeraar) nodig om tot een regeling te komen. Maar de macht ligt hoofdzakelijk bij de curator.

6. Interacties

In het conflictmanagement wordt onderscheid gemaakt tussen coöperatieve en competitieve interactie.¹⁷

Kenmerken van coöperatieve interactie zijn een vriendelijke sfeer, een open dialoog en interesse voor elkaar. Over het algemeen begint een gesprek tussen curator en bestuurder op deze wijze. De curator geeft de bestuurder de ruimte uiteen te zetten wat zijns inziens de aanleiding en de oorzaak van het faillissement is geweest. Naarmate de curator kritischer wordt en zeker in de fase waarin hij zich een oordeel gaat vormen over de prefaillissementsgedragingen van de bestuurder en – al dan niet voorlopige – conclusies gaat trekken, slaat de interactie om in de competitieve variant. De sfeer is niet vriendelijk meer (of hooguit gespeeld vriendelijk), kaarten worden tegen de borst gehouden en de machtsverschillen worden evident.

Waar het in conflictsituaties in belangrijke mate om gaat is perceptie. Faillieten en bestuurders hebben in ons land nu niet bepaald een positief beeld van curatoren. 'De curator is alleen uit op (zijn eigen) geld', 'hij procedeert de boedel leeg', 'het is een machtswellusteling', 'hij luistert niet naar me' en 'hij wordt niet of nauwelijks gecorrigeerd door de rechter-commissaris.' Een willekeurig greep uit de gemeenplaatsen over curatoren. Dat beeld draagt niet bij aan de bereidheid om samen met de curator naar een tussenpartijdige oplossing te gaan zoeken.

De curator mag objectief zijn taak naar behoren en met inachtneming van wet en regelgeving, waaronder de Insolad Praktijkregels voor curatoren, uitvoeren en van zichzelf vinden dat hij integer te werk gaat en de bestuurder correct en eerlijk behandelt, maar als de bestuurder daar anders over denkt en hem niet vertrouwt is het moeilijk communiceren, laat staan onderhandelen.

Hier doet zich de wet van de circulaire causaliteit voelen. Dit begrip is afkomstig uit de systeemtheorie en houdt, kort samengevat in dat oorzaak en gevolg elkaar afwisselen en beïnvloeden. Partijen in een conflict laten hun gedrag bepalen door de verwachtingen die zij hebben van de opstelling van de ander. De failliet en de bestuurder laten hun gedrag bepalen door de verwachting die zij hebben van de opstelling van de curator aan de onderhandelingstafel. Die verwachting is niet positief. De angst bij de aangesproken bestuurder, bijvoorbeeld, is groot dat als hij eerlijk en open is er misbruik van wordt gemaakt, en als hij een vinger geeft, de curator zijn hele hand afpakt. De geslotenheid van de bestuurder maakt dat de curator merkt dat informatie wordt achtergehouden en denkt dat de bestuurder onbetrouwbaar is. Die wordt dus kritischer, wat de bestuurder nog angstiger maakt en sterkt in zijn gedachten dat hij zijn kaarten tegen de borst moet houden. Etc.

7. Implicaties

Hier dient een duidelijk onderscheid gemaakt te worden tussen geschillen over onbehoorlijk bestuur en geschillen over pauliana, verrekening of andere prefaillissementsgedragingen. In beide categorieën kunnen de geldelijke belangen zeer uiteenlopen, maar bij onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 2:248 BW gaat het altijd om relatief grote bedragen. In faillissementen van grote bedrijven om tientallen of honderden miljoenen (vaak meer dan gedekt onder een D&O-polis), in faillissementen van kleinere ondernemingen gaat het om aanmerkelijk minder, soms maar enige tonnen, maar voor de doorgaans niet verzekerde DGA over het algemeen veel meer dan hij nog overheeft na het faillissement van zijn onderneming.

Diezelfde relativiteit van de inzet is er ook aan de zijde van de boedel. Het gaat vaak om het verschil tussen een opheffing ex artikel 16 Fw, zonder volledige vergoeding van het salaris curator of hooguit een vereenvoudigde afwikkeling ex artikel 137a Fw en het substantieel uitkeren aan de concurrente schuldeisers.¹⁸ Anders gezegd: de opbrengst van een aansprakelijkstelling vormt niet zelden een belangrijk deel van het totale boedelactief.

Maar een geschil over onbehoorlijk bestuur heeft meer dan financiële gevolgen. In 2005 vroeg Kroeze in zijn inaugurele rede al aandacht voor de ongewenste bijwerking van deze aansprakelijkstelling: “bange, bonafide bestuurders.”¹⁹

Winter²⁰ onderzocht onlangs voor zijn bijdrage aan ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen’ de niet op geld waardeerbare gevolgen van de aansprakelijkstelling van bestuurders en constateerde dat het risico dat de bestuurder uit eigen zak moet betalen gering is. Dat is ook niet waar bestuurders echt bang voor zijn. Wat hen raakt en wat maakt dat zij eventuele aansprakelijkheid als zeer bedreigend ervaren, is dat zij het risico lopen door anderen negatief beoordeeld te worden en de daarmee samenhangende reputatieschade. Het gevolg is een aantasting van het zelfbeeld en van het beeld dat de sociale omgeving van de bestuurder heeft, wat weer kan leiden tot sociale uitsluiting.

Kortom, voor de bestuurder staat er veel meer op het spel dan een serieuze kans op vermogensschade.²¹

N.T. Pham heeft voor haar proefschrift ‘Directors’ Liability, A legal and empirical study’ de cijfers van de bestuurdersaansprakelijkheid in kaart gebracht. Een samenvatting is te vinden in ‘Bange Bestuurders Revisited’.²² Pham betitelt bestuurshandelingen met een opzettelijk benadelend element als ‘subjectief te kwader trouw’ en stelt vast dat in zaken zonder deze subjectieve kwader trouw in slechts 45% van de kleine honderd door haar onderzochte zaken de vordering werd toegewezen.

Dus afgezien van wat curatoren ‘de echte fraudeurs’ noemen, een slagingspercentage van ruim minder dan 50%. En dan is nog niet onderzocht wat die veroordelingen de boedel hebben opgeleverd, wat de kosten zijn geweest om dat actief te genereren en wat de crediteuren netto aan de aansprakelijkstellingen hebben overgehouden. De met KPI’s te verzamelen cijfers zouden een antwoord moeten geven op deze vraag. Maar curatoren weten uit ervaring dat het subsidiaire verweer van menig aansprakelijkgestelde en niet verzekerde bestuurder is dat hij het geld niet heeft om enige aanspraak van de curator te honoreren. Niet voor niets maakt verhaalonderzoek vast deel uit van de voorwaarden waaronder het Ministerie van J&V bereid is om een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren (2012) te honoreren.

Kortom, conflicten over rechtmatigheid hebben voor de bestuurder implicaties die veel verder gaan dan het financieel belang, zijn voor de curator niet zonder financieel eigenbelang en het is maar helemaal de vraag of het nettorendement voor de crediteuren wel zo groot is.

8. Instituties

De context waarin geschillen tussen curator en failliet en bestuurder zich afspelen is die tussen individuele burger en een door de overheid (rechtbank) aangestelde functionaris. Een functionaris die bij wet een aantal taken en verantwoordelijkheden heeft gekregen, maar ook de daarbij behorende bevoegdheden en machtsmiddelen.

Tot voor kort waren dit zuiver civielrechtelijke middelen, maar bij wet van 1 juli 2017 is dat takenpakket uitgebreid met fraudebestrijding, waardoor naast de civiele functie, de curator ook een publieke functie heeft gekregen hetgeen hem in de ogen van de bestuurder een 'autoriteit' maakt. De curator verricht zijn werkzaamheden onder toezicht van een lid van de rechtelijke macht hetgeen dat beeld alleen maar versterkt.

Daarmee toont het conflict grote gelijkenis met procedures tussen burger en overheid zoals beschreven door Allewijn.²³ In formele procedures gaat het meestal over de rechtmatigheid van het overheidshandelen. In faillissementen gaat het om de wijze waarop de curator zich van zijn wettelijke taak kwijt. Op inhoudsniveau heeft de overheid dikwijls niet zoveel bewegingsruimte. Als een bestuurder handelingen heeft verricht die in strijd zijn met de faillissementswet, kan de curator dat niet negeren. Veel burgers die de strijd tegen de overheid aangaan, zijn aanvankelijk niet met rechtmatigheid bezig, maar met eerlijkheid. Voor faillieten en bestuurders is dat in conflicten met de curator niet anders.

En tot slot. De overheid en de curator worden niet boos. De burger, de failliet en de bestuurder wel.

Dat verschil in emotionele lading speelt in conflicthantering een niet te onderschatten rol. De 'afstandelijkheid' van de een speelt namelijk enorm op de zenuwen van de ander.

Een ander gevolg van deze context is het ontbreken van een 'level playing field'. De curator heeft macht en – al dan niet met behulp van de Garantstellingsregeling curatoren (2012) – het geld om te procederen. Persoonlijk (zijn kantoor) speelt hij een spel zonder neten.²⁴ De bestuurder kan alleen maar verliezen.

In het beste geval besteed hij veel tijd, geld en energie aan een succesvolle verdediging. In het slechtste geval moet hij na een minder succesvolle, maar even kostbare, verdediging ook nog de terecht gebleken aanspraken van de boedel honoreren.

9. Een tussenconclusie

De conclusie uit het bovenstaande is dat om een aantal redenen het geschil tussen een curator en een bestuurder over het prefaillissementsgedrag van laatstgenoemde veel meer is dan een juridisch geschil. De aspecten die in de vorige paragrafen de revue zijn gepasseerd maken dat het geschil de grondslag vormt voor een betrekkelijk complex conflict, waar escalatie op de loer ligt.

Complexe vraagstukken kennen over het algemeen geen eenvoudige oplossingen. Vandaar dat het goed is stil te staan bij de verschillende methoden om dergelijke conflicten op te lossen.

10. Interventies

Eijsbouts en Schonewille introduceerden in 2008²⁵ in Nederland de term 'Effective Dispute Resolution' (EDR). In het EDR-spectrum wordt onderscheid gemaakt tussen Onderhandelen, Faciliterende mediation, Evaluatieve mediation, Collaborative lawyering, Neutral evaluation/Pre-court assessment, Dispute Review Board, Dispute Adjudication Board, Bindend Advies, Arbitrage en Procederen.²⁶

Het gaat voor deze bijdrage te ver al deze interventiemogelijkheden te bespreken. Ik beperk mij dus tot een paar elementen uit het spectrum. Waar het om gaat is dat conflictoplossing maatwerk is. Bij ieder geschil past een wijze van beslechting. Probleem is dat – daar waar geen forum is gekozen – twee strijdende partijen met conflicterende belangen het eens moeten worden over een methode.

Onderhandelen is de meest effectieve en efficiënte methode om tot een minnelijke schikking te komen. In het hierboven aangehaalde en zeer lezenswaardig artikel 'Curator en Mediation' beschrijft Tideman²⁷ op heldere wijze dat voor een tussenpartijdige geschiloplossing, onderhandelingsbereidheid en onderhandelingsruimte belangrijke voorwaarden zijn. Objectief gesproken is er altijd ruimte voor onderhandelingen. De conflictdiagnose hierboven maakt echter duidelijk dat met name aan de kant van de bestuurder de onderhandelingsbereidheid in veel gevallen niet groot is. Daar waar Tideman constateert, dat 'de wederpartij van de curator zich vaak geïntimideerd en soms onveilig zal voelen tegenover de

dominante persoon en de tot de tanden bewapende jurist die de curator doorgaans is' en 'daarom minder snel geneigd is om met de curator aan de onderhandelingstafel te gaan zitten', snijdt hij in feite drie hierboven beschreven onderwerpen aan. De macht van de curator, de gemoed- toestand van de bestuurder en de zogenaamde circulaire causaliteit. Curatoren zijn zich vaak niet bewust dat zij, door de verantwoordelijkheden en bevoegdheden, die de wetgever hen heeft toebedeeld, onderdeel zijn van het conflict en dat onderhandelingen op niets uitlopen, niet omdat zij niet kunnen onderhandelen, maar omdat zij door hun wederpartij niet als onderhandelaar geaccepteerd worden.

In het kader van pre-court assessment kan gewezen worden op de 'Decision Analysis in Litigation' – een methode die uit de Verenigde Staten is komen overwaaien en hier in Nederland onder andere wordt gepromoot door Rein Philips.²⁸ Op gestructureerde wijze worden kans van slagen van de verschillende rechtsvragen, doorlooptijd en kosten tegen elkaar afgewogen.

In 'Arbitrage en bestuurdersaansprakelijkheid'²⁹ constateert Strik dat de beslechting van geschillen over bestuurdersaansprakelijkheid door arbiters een aantal voordelen kent in vergelijking met de gang naar de overheidsrechter, waaronder de vertrouwelijkheid en de expertise. Het aspect van de vertrouwelijkheid zal vooral de bestuurder aanspreken. Als die er niet aan ontkomt om zijn handelen door derden te laten beoordelen, dan liever in de beslotenheid van een arbitrage, dan in de openheid van een vonnis van de civiele rechter. Zie de observaties van Winter in § 7. Verzekerd te zijn van de expertise van (mede) zelfgekozen arbiters is uiteraard een belang voor beide partijen. Ik zou daaraan toe willen voegen, dat in arbitrage partijen ook meer grip hebben op het proces en minder de kans lopen dat er allerlei incidenten ontstaan, die het proces vertragen en kostbaarder maken.

Bindend Advies kan een oplossing bieden in die zaken waarin over de feiten geen (wezenlijk) verschil van inzicht bestaat en slechts een of een paar (rechts)vragen om een antwoord vragen. Deze wijze van geschillenbeslechting wordt in Nederland hoofdzakelijk toegepast bij waarderingsvraagstukken,³⁰ maar er zijn veel meer geschillen denkbaar waarin op vrij eenvoudige wijze een knoop kan worden doorgesneden. Ik denk daarbij aan geschillen waarin de vraag aan de orde is wanneer er sprake is van wetenschap van benadeling.

11. Mediation

Mediation wordt vaak in een adem genoemd met het Harvard Negotiation Project. Dit project van de Harvard Law School³¹ stelt zich tot doel om de theorie, het onderwijs en de praktische toepassing van methoden van conflicthantering te ontwikkelen en te verbeteren om aldus tot meer effectieve en constructieve oplossingen van geschillen te komen.³²

Heel kort samengevat betogen de grondleggers van het Program on Negotiation (PON), Ury en Fisher³³ dat als partijen een geschil willen oplossen, het geen zin heeft om standpunten te herhalen, maar dat zij op zoek moeten gaan naar de achterliggende belangen van partijen en van daar uit opties om tot een oplossing te komen moeten verkennen. Daarenboven moeten inhoud en relatie, die in een conflict vaak lelijk met elkaar vermengd zijn geraakt, gescheiden worden.

Mediation is niet meer of minder dan een onderhandelingsproces geleid door een derde.

Zakelijke mediation kan in Nederland rekenen op steeds meer belangstelling. In de literatuur is er recent aandacht aan besteed in onder meer de eerder aangehaalde bundel 'Onderneming en ADR', het themanummer 'Corporate Mediation' van het tijdschrift 'Ondernemingsrecht'³⁴ en door Assink en Ernste in 'Mediation: denkbaar alternatief voor een bestuurdersaansprakelijkheid procedure?'³⁵

Mediation in de insolventiepraktijk werd in belangrijke mate bevorderd door een pilot bij de Rechtbank Amsterdam in 2012.³⁶

Inmiddels wordt ook in andere arrondissementen met mediation in de faillissementspraktijk (al dan niet in het kader van een pilot) gewerkt (onder meer in Midden-Nederland, Den Haag, Gelderland, Noord-Holland, Overijssel en Zeeland-West Brabant). Rechtbank Rotterdam heeft het krachtig aangepakt en

begin dit jaar haar eerste bevindingen gepubliceerd.³⁷ Die laten zien dat het werkt. Alleen al door het idee van mediation te opperen, gingen veel partijen weer aan tafel en schikten zonder de hulp van een mediator en in elf van de twaalf zaken waarin wel een mediator werd ingeschakeld, werd een minnelijke regeling tot stand gebracht.

De Stichting Insolventie Mediation beijvert zich sinds 2016 om mediation in de faillissementswereld tot ontwikkeling te brengen.³⁸

Tideman³⁹ belicht in het hierboven aangehaalde artikel de voor- en nadelen van mediation in de geschillen tussen de curator en derden.

In geschillen tussen curator en bestuurder over onbehoorlijke taakvervulling of met pauliana of verrekening te kwader trouw als inzet, is er niet veel ruimte voor creatieve oplossingen. Wat de een (de curator) wil ontvangen komt echt uit de portemonnee van de ander (bestuurder of diens verzekeraar) en nergens anders vandaan.

Er kan dus alleen distributief onderhandeld worden en in zoverre mist mediation in de insolventiepraktijk een belangrijk aspect dat in andersoortige zakelijke geschillen zo behulpzaam is.

Anders dan in veel andere zakelijke geschillen (bijvoorbeeld binnen vennootschappen en in de distributiesfeer) hebben curator en bestuurder geen gemeenschappelijk verleden en al helemaal geen belang bij instandhouding van een relatie. Er zal over een weer niet veel (noodzaak tot) empathie zijn.⁴⁰

Een derde aspect dat mediation in geschillen over rechtmatigheidsvragen lastig maakt is dat over financiële belangen te onderhandelen valt, maar over normen en waarden niet.⁴¹

Uit het feit dat de resultaten die tot nu toe behaald zijn een hoog slagingspercentage laten zien, zou je echter kunnen afleiden dat de voordelen van mediation kennelijk ruim voldoende opwegen tegen deze nadelen.

Wat zijn dan die voordelen?

Allereerst het voordeel dat het onderhandelingsresultaat volledig in handen van partijen is. In de onderhavige geschillen is de uitkomst altijd zwart of wit. Een beetje mismanagement bestaat niet en een rechtshandeling is wel of niet met wetenschap van benadeling van schuldeisers uitgevoerd. Geen van beide partijen weet wat de uitkomst is. Er is dus alle aanleiding om de eigen kansen goed te wegen en goed te kijken naar de financiële uitkomsten van een schikking.

Ten tweede de beslotenheid en vertrouwelijkheid. Bij een mediation zijn in beginsel geen andere personen aanwezig dan de bij het geschil betrokken partijen, hun vertegenwoordigers en adviseurs⁴² en de mediator.

De partijen doen aan derden – onder wie begrepen rechters of arbiters – geen mededelingen omtrent het verloop van de mediation, de daar ingenomen standpunten, gedane voorstellen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, verstrekte informatie.⁴³ Partijen en de mediator tekenen hiervoor in de mediationovereenkomst en deze afspraak geldt als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW jo. artikel 153 Rv.⁴⁴

Ten derde de snelheid. De gemiddelde mediation in verzekerings- en aansprakelijkheidskwesaties omvat niet meer dan een of twee sessies en is meestal binnen zes weken afgerond.⁴⁵ De tot nu toe in insolventiegeschillen opgedane ervaring leert dat de doorlooptijd in deze kwesaties daar niet veel van afwijkt. Als het al langer duurt, dan komt dat omdat partijen zaken moeten uitzoeken of met derden, die niet aan tafel zitten, moeten overleggen.

Voorts de deskundigheid. Dit voordeel heeft mediation gemeen met arbitrage en bindend advies. De mediation wordt gedaan onder leiding van een ter zake kundige mediator. Bovendien wordt voor een deelgeschil een deskundige, arbiter of bindend adviseur ingeschakeld.

Dat vereist een meer evaluatieve benadering van mediation dan in Nederland gebruikelijk is. Onderzoek door de Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM) onder advocaten, bedrijfsjuristen en managers,⁴⁶ die ervaring met mediation hebben opgedaan, leert dat de gebruikers groot voorstander zijn van mediators die niet alleen de leiding hebben over het proces maar ook, met gebruik van hun deskundigheid, al dan niet in de 'caucus' (het bilateraal overleg) hun – niet bindende – visie geven op juridische aspecten en zo nodig met een 'mediators proposal' komen.

Tot slot is het vanuit het perspectief van de curator een voordeel dat in de beslotenheid van een mediation de bestuurder vaak bereid is om een meer open discussie met de curator aan te gaan en niet star vast te houden aan zijn eigen gelijk en de kaarten tegen de borst te houden. De gemiddelde bestuurder, die zich niet schuldig heeft gemaakt aan handelingen die subjectief te kwader trouw zijn weet best dat hij beslissingen heeft genomen waar je vraagtekens bij kan zetten, al komt hij daar moeilijk vooruit.

Aan de zijde van de bestuurder speelt het spiegelbeeldige voordeel dat met een deskundige mediator aan tafel de machtsafstand tussen hem en curator wordt verkleind en de kans op een 'level playing field' wordt vergroot.

Anders gezegd, de aanwezigheid en interventies van een ervaren mediator, brengen een setting die partijen niet zelf kunnen creëren om de simpele reden dat zij – vanuit hun rol – onderdeel zijn van het geschil.

12. Rol van de Rechter-Commissaris

Wanneer de schikkingsbereidheid aan de zijde van de bestuurder er niet of onvoldoende is en wanneer erover en weer weinig empathie is, kan de rechter- commissaris een belangrijke rol spelen.

De belangrijkste taak van de rechter-commissaris is toezicht houden op het beheer en vereffening van de boedel. Die taak moet ruim worden opgevat. Leidend is het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De toetsing is gericht op rechtmatigheid, doelmatigheid en doelgerichtheid.⁴⁷

In het kader van met name de toetsing op doelmatigheid en doelgerichtheid, zou de rechter-commissaris op het moment dat de curator vraagt om toestemming om een procedure aanhangig te maken, oog moeten hebben voor de hierboven weergegeven aspecten, die onlosmakelijk verbonden zijn aan conflicten tussen de boedel en de bestuurder en dan met name het aspect dat de curator q.q. deel uitmaakt van het conflict.

Voor zover mij bekend is er geen wetenschappelijk onderzoek gedaan naar parameters waardoor de rechter-commissaris zich laat leiden bij het verlenen of onthouden van toestemming.

Ongetwijfeld kijkt de rechter-commissaris naar de juridische merites, naar de verhaalsmogelijkheden en naar de begrote kosten in relatie tot het belang. Maar een en ander wel op basis van de feiten zoals die door de curator worden gepresenteerd en waarbij hij het voorrecht heeft om het verweer van de bestuurder aan de rechter-commissaris te mogen overbrengen.

Een goede curator maakt, voordat hij op de voet van artikel 68 lid 2 Fw toestemming vraagt een kosten-batenanalyse, stapt niet lichtvaardig naar de rechter en zal pogen om met de bestuurder tot een vergelijk te komen.

Dat die poging niet slaagt ligt – zoals hierboven betoogd – niet per definitie aan de curator, maar vindt zijn oorzaak in de setting waarin partijen terecht zijn gekomen.

Juist dan kan de rechter-commissaris zijn positie aanwenden. Niet door de curator zijn toestemming te onthouden en terug te sturen naar de onderhandelingstafel. Dat ondermijnt alleen maar de positie van de

curator en helpt ook niet, want dan blijft de patstelling ongewijzigd. Wel door bij de curator door te vragen en erachter te komen waar de schoen nu werkelijk wringt. Zo nodig niet alleen bij de curator, maar ook bij de advocaat van de bestuurder of door de bestuurder eens uit te nodigen voor een gesprek.

De rechter-commissaris kan mediation suggereren of voorstellen om een mediator een zogenaamde pré-scan te laten doen. Dan wordt een mediator gevraagd om met partijen te praten om te kijken of er voldoende basis gevonden kan worden voor een minnelijke regeling.

De rechter-commissaris gaat daarmee niet op de stoel van de curator zitten. In een goede verstandhouding zal de curator de hulp van de rechter-commissaris alleen maar op prijs stellen.

Een pré-scan (of pré-mediation) heeft het voordeel dat er nauwelijks kosten aan verbonden zijn. Een dergelijk onderzoek bestaat over het algemeen uit een gesprek met ieder der partijen (afzonderlijk) en de kosten zullen dus vaak aanmerkelijk lager uitvallen dan alleen al het griffierecht als een procedure wordt aangespannen.

13. Conclusie

Geschillen tussen curator en failliet en bestuurder van de failliet leiden tot conflicten. De inzet, in geld uitgedrukt, is vaak in absolute, maar zeker ook in relatieve zin, groot. De impact van deze conflicten overstijgt doorgaans het financieel belang. De kosten van een civiele procedure zijn relatief hoog en staan meestal niet in verhouding tot het nettoresultaat. De civiele rechtsgang duurt lang en belemmert de afwikkeling van het faillissement.

Voor alle betrokkenen zijn er voldoende redenen om het conflict als zodanig te beschouwen en niet als slechts een juridisch geschil. Daartoe is verdieping in conflictmanagement noodzakelijk. Net zo hard als kennis van het insolventierecht en financiële economie.

In het belang van de boedel en van zichzelf dient de curator alle denkbare methoden te onderzoeken om tot een tussenpartijdige oplossing te komen. Daartoe dient hij zich rekenschap te geven van de belangen van de boedel én van de wederpartij.

Van de rechter-commissaris mag verlangd worden dat hij zich niet te snel neerlegt bij de conclusie dat een gerechtelijke procedure de enige weg is om de presense vordering van curator op de bestuurder te gelde te maken.

De failliet en de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon moeten een aantal weerstanden overwinnen om aan een tussenpartijdige oplossing mee te werken.

Met meer inzicht in conflicthantering kunnen de advocaten van de failliet en bestuurder hen daarbij helpen.

Conflictmanagement is maatwerk. Fraude moet bestreden worden. Als de bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan opzettelijke benadeling van schuldeisers moeten de daarbij behorende maatregelen genomen worden en indien vrees voor verduistering bestaat, moet beslag gelegd worden. Maar de belangen zijn doorgaans het best gebaat bij tussenpartijdige oplossingen.

In ondernemingsrechtelijke kringen staan de alternatieven voor de gang naar de overheidsrechter – in het bijzonder arbitrage, bindend advies en mediation – steeds meer in de belangstelling.⁴⁸ De faillissementspraktijk mag daar niet bij achterblijven.

Mediation heeft een aantal onmiskenbare voordelen. Partijen hebben het onderhandelingsresultaat in eigen hand, het gaat snel, kost weinig, de slagingspercentages zijn hoog en het is daarmee een uitstekend middel om tot rechtmatige, doelmatige en doelgerichte afwikkeling van een faillissement te komen.

1. De auteur is oud-curator, advocaat en mediator en werkzaam bij Marree en Dijkhoorn Advocaten te Amersfoort en bestuurslid van de Stichting Insolventie Mediation en de Vereniging Zakelijke mediation (ZAM)
2. Waaronder ook de te begrijpen surseance van betaling en de Schuldsaneringsregeling Natuurlijke Personen.
3. HR 19 april 1996, NJ 1996/727.
4. E. Giebels en M. Euwema, Conflictmanagement en Mediation, Groningen/Houten: Noordhoff 2017, p. 25 met verwijzing naar E. van de Vlier, Complex interpersonal conflict behaviour, London, Uk: Psychology Press.
5. Giebels en Euwema 2017 p. 28 e.v.
6. R.D. Vriesendorp, "Insolventiestress" en het insolventierecht als 'de psychopathologie van het recht', Tvl 2018/15.
7. www.wikipedia.org.
8. www.neuroleadership.com.
9. Huib Liefhebber, 'Het neurokompas voor de mediator', Tijdschrift Conflicthantering 2017/4.
10. R. Fisher en D. Shapiro, Beyond Reason, Using Emotions as You Negotiate, The Penguin Group, New York 2015.
11. Polak/Pannevis, Insolventierecht 2017, § 1.6.
12. Artikel 20 Fw.
13. Zie Vriesendorp t.a.p. en zijn verwijzing naar de Oratie van Bernet Elzinga, hoogleraar Stress Gerelateerde Psychopathologie te Leiden.
14. Zie B.J. Tideman in 'Curator en Mediation', Tijdschrift voor Curatoren 2017/4
15. Zie voor de kritiek onder meer R.S. de Ranitz in 'Ach Amice, hoe zit dat nu?', Tvl 1998/9, p. 187, M.L.S. Kalff, 'De procederende (kantoorgenoot van de) curator; een blik vanuit de DenO verzekeringspraktijk', in: Insolad Jaarboek 2007, p. 27 e.v. en J.T. Jol, 'Wie neemt het besluit om (een kantoorgenoot van) de curator te laten optreden als advocaat van de boedel', Tijdschrift Financieringen, Zekerheden en Insolventiepraktijk 2011/3.
16. Bedoeld is de bestuurder die zich niet schuldig heeft gemaakt aan subjectieve kwader trouw, zie § 6 van dit hoofdstuk.
17. Giebels en Euwema, p. 42.
18. Aan deze stelling ligt geen empirisch onderzoek ten grondslag. Het is gewoon mijn praktijkervaring.
19. M.J. Kroeze, 'De Bange bestuurder', Ondernemingsrecht 2006/3. Met deze rede aanvaardde de auteur op 28 oktober 2005 zijn benoeming tot hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.
20. J.W. Winter, 'Beoordeeld door anderen, het werkelijke risico voor bestuurders en commissarissen', in: Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in Serie vanwege het van der Heijden Instituut nr. 140.
21. Voor de liefhebber: Winter rekent in zijn artikel voor welk deel van hun vermogens de bestuurders van Worldcom en Enron aan de settlements zijn kwijtgeraakt: 20% van hun vermogens, respectievelijk 10% van de opbrengst van de verkoop van hun Enron-aandelen.
22. N.T. Pham, Bange bestuurders revisited, serie vanwege het Van der Heijden Instituut 2017.
23. D. Allewijn, Met de overheid aan tafel, Den Haag: SDU 2013.
24. Kalff, in: 'De Integere Curator', jaarboek 2007.
25. A.J.A.J. Eijsbouts en M.A. Schonewille, Corporate Governance, integraal conflictmanagement en mediation, Den Haag: SDU, Forum Conflictmanagement 2008/03, p. 81-89.
26. Zie ook M.A. Schonewille, Toolkit Mediation, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012, p. 36 e.v.
27. Tideman, TvC 2017/4, p. 145 e.v.
28. R.J. Philips, 'Procederen of Schikken, Thinking fast and slow', MvO 2016, p. 213 e.v.
29. D.A.M.H.W. Strik, in: Onderneming en ADR (OenR nr. 66), Deventer: Kluwer 2011/12.
30. Zie P.E. Ernste, in: Onderneming en ADR (OenR nr. 66), Deventer: Kluwer 2011/14.
31. Aanvankelijk in samenwerking met Massachusetts Institute of Technology (MIT), Simmons en Tufts.
32. www.pon.harvard.edu.
33. W. Ury en R. Fisher, Getting to Yes, negotiating an agreement without giving in, London: Random House, 2012.
34. Ondernemingsrecht 2016/1, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
35. B.F. Assink en P.E. Ernste, in: Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, VDHI nr. 140.
36. Zie A. Draaier en T. van Hees, 'Pilot mediation in faillissementen', Tvl 2013/40 en J.A.A. Adriaanse en E.J.M. Beukering-Rosmuller, 'ADR/Mediation bij (dreigende) insolventie', TvA 2014/51.
37. E.J. van Gruijthuijsen en A.J. van Sprengen, 'Mediation in de Rotterdamse insolventiepraktijk: gewoon doen!', Tijdschrift Financieringen, Zekerheden en Insolventiepraktijk nr. 2, maart 2018.
38. www.insolventiemediation.nl, waar onder meer literatuur en casusposities te vinden zijn.
39. Tideman, TvC 2017/4.
40. Tideman, TvC 2017/4.
41. Zie § 3 en Assink en Ernste.
42. Artikel 6 MfN Mediationreglement 2017.
43. Artikel 7 MfN Mediationreglement 2017.
44. In insolventiemediations wordt een uitzondering gemaakt voor het overleg tussen curator en rechter-commissaris.
45. W.B.G. Neervoort, in: Mediation in de verzekeringsbranche, uitgave van de Nederlandse Vereniging van Mediators in de Verzekeringsbranche, Landsmeer 2014.
46. Onderzoeksrapport ZAM/ACB Onderzoek naar kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation, Mouton Centrum voor Rechtspraak en Rechtspleging, November 2018.
47. S.C.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Geschiedenis van de faillissementswet: Heruitgave Van der Feltz II, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 2 en B. Wessels, in: Polak-Wessels Deel IV Bestuur en Beheer na faillietverklaring, Deventer: Kluwer 2010, p. 8.
48. Zie Assink en Ernste 2017.

