



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**De rol van de curator bij de aanpak van
onregelmatigheden: een empirisch-juridisch
onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij
de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens
faillissement**

Pool, J.M.W.

Citation

Pool, J. M. W. (2022, September 27). *De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden: een empirisch-juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement. Meijers-reeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464369>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464369>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

8 | Belangenpluralisme in faillissementen

8.1 INLEIDING

De wetgever heeft met het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht de curator aangewezen als belangrijkste schakel bij de aanpak van onregelmatigheden. De faillissementspraktijk – zowel curatoren als anderen – had echter zijn twijfels, omdat curatoren onregelmatigheden niet altijd zouden kunnen en willen aanpakken. Het was deze tegenstelling die mijn interesse in de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden wekte. Ik raakte vooral geïnteresseerd in hoe curatoren onregelmatigheden in de praktijk aanpakken en welke factoren hen daarbij beïnvloeden. Deze vragen vormden de basis voor de drie empirische studies die in dit onderzoek zijn uitgevoerd: een interviewstudie onder curatoren, een documentenanalyse van faillissementsverslagen en een surveystudie onder curatoren. De resultaten van de empirische studies geven inzicht in de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden en in de verschillende factoren die curatoren daarbij beïnvloeden. In dit verband concludeerde ik al in het vorige hoofdstuk dat er discrepanties bestaan tussen de wijze waarop de wetgever heeft aangenomen dat curatoren onregelmatigheden aanpakken (deel I, hoofdstukken 2 en 3) en de wijze waarop curatoren dat in de praktijk (zeggen te) doen (deel II, hoofdstukken 4 tot en met 6).

In dit laatste hoofdstuk kom ik toe aan de beantwoording van de hoofdvraag van dit onderzoek:

‘Hoe kunnen de belemmerende factoren die curatoren ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden in de praktijk worden ingeperkt om aan te sluiten bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissement in te dammen?’

Dit vergt een stap van feit naar norm (par. 8.2) om vervolgens op basis van de empirische resultaten van mijn onderzoek enkele aanbevelingen te doen om de praktijk beter te laten aansluiten bij de ambitie van de wetgever (deelvraag 7).

Mijn eerste aanbeveling ziet op het beter faciliteren van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden door te zorgen voor een adequate vergoeding voor werkzaamheden die vallen onder de aanpak van onregelmatigheden (par. 8.3). Mijn tweede aanbeveling ziet op het opstellen van richtlijnen om curatoren

meer te stimuleren om onregelmatigheden gestructureerd en met een zekere mate van uniformiteit aan te pakken (par. 8.4). In mijn slotbeschouwing constateer ik dat mijn aanbevelingen tot het beperken van de belemmeringen die curatoren ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden, uiteindelijk slechts een doekje voor het bloeden zijn. Ik meen dat een herziening van het huidige primaat van het belang van de gezamenlijke schuldeisers noodzakelijk is om de curator in staat te stellen ruimte te geven aan de verschillende andere belangen in faillissementen (par. 8.5). Ik concludeer dat curatoren onregelmatigheden beter zullen aanpakken indien het insolventierecht zodanig wordt aangepast dat het wettelijke systeem hun ruimte en dekking biedt voor een gelijkwaardige behartiging van andere belangen dan die van vooral de gezamenlijke schuldeisers.

8.2 DE FACT-VALUE GAP

Het doel van empirisch-juridisch onderzoek is om inzicht te geven in hoe het recht werkt in de praktijk (*law in action*). In empirisch-juridische studies wordt vaak gesproken over de *fact-value gap*.¹ De *fact-value gap* houdt in dat het enkele gegeven dat iets op een bepaalde manier werkt (*is*) niet automatisch betekent dat het ook zo zou moeten zijn (*ought*). Het is belangrijk te onderkennen dat empirische resultaten niet automatisch normatieve conclusies bevatten. Om op basis van empirische data uitspraken te kunnen doen over eventuele normatieve implicaties van die data, is het noodzakelijk om de *fact-value gap* te overbruggen.

Bij het overbruggen van de *fact-value gap* is het van belang om expliciet te zijn over waar de verslaglegging van de empirische data eindigt en waar de interpretatie van die data om te komen tot normatieve conclusies begint.² Om die reden heb ik mij in de vorige hoofdstukken met opzet onthouden van het geven van mijn eigen mening over de resultaten of het verbinden van normatieve conclusies aan de data. Hierna zal ik de empirische resultaten 'vertalen' naar een argument voor of tegen de invoering van een bepaalde norm. Vervolgens breng ik andere, niet-empirische argumenten in kaart die voor of tegen de desbetreffende norm pleiten. Afsluitend kom ik tot een aanbeveling voor of tegen een bepaalde norm.³ De empirische resultaten vormen een onderdeel van die argumentatie, maar zijn niet altijd doorslaggevend.

De term 'feit' die wordt gebruikt in de discussie over de *fact-value gap* verdient in dit kader een nuancering. Resultaten van empirisch onderzoek

1 Zie Bouwman, *NJB* 2020, p. 888 e.v. Zie ook Ansems 2021, hoofdstuk 6 en de aldaar genoemde bronnen.

2 Ansems 2021, hoofdstuk 6.

3 Ansems 2021, hoofdstuk 6; Bouwman, *NJB* 2020, p. 889-891.

geven een belangrijk inzicht in de feitelijke gang van zaken binnen een bepaald (rechts)gebied. Dat betekent niet dat de resultaten van empirisch onderzoek ook de werkelijkheid weergeven. De resultaten van empirisch onderzoek zijn vaak gebaseerd op een steekproef en daarom wordt rekening gehouden met een bepaalde foutmarge (denk aan statistische significantie). Daarnaast zijn de vragen die worden gesteld een versimpelde weergave van de werkelijkheid, ook – of: juist – als gebruik zou zijn gemaakt van experimenteel onderzoek. Resultaten van empirisch onderzoek zien bovendien vaak op de belevingswereld van een bepaalde groep respondenten, waardoor verslag wordt gedaan van een subjectieve werkelijkheid. Empirische data zijn op zichzelf dus geen feiten, slechts bevindingen. Omdat de empirische studies niet de objectieve werkelijkheid rapporteren, is het des te meer van belang om de *fact-value gap* te overbruggen.

De *fact-value gap* is ook in dit onderzoek van belang. Het doel van mijn onderzoek is om op basis van belemmeringen die in de praktijk spelen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator te komen tot een aanbeveling voor een (wettelijk) systeem dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen in te dammen. In mijn empirische studies heb ik onderzocht welke belemmeringen en stimulansen curatoren ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden – de ‘feiten’. Deze ‘feiten’ zijn gebaseerd op de persoonlijke belevingswereld van curatoren en laten dus een subjectieve werkelijkheid zien. Het enkele gegeven dat curatoren bepaalde belemmeringen ervaren betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat die belemmeringen er ook daadwerkelijk zijn, laat staan dat die ook moeten worden opgelost. Om te komen tot een wettelijk systeem dat beter aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden in te dammen – de ‘normen’ – ga ik in de navolgende paragrafen in op de normatieve conclusies die kunnen worden verbonden aan de empirische resultaten van mijn onderzoeken.

8.3 AANBEVELING 1: HET FACILITEREN VAN CURATOREN BIJ DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN

8.3.1 Introductie

Het doel van de wetgever was om curatoren te stimuleren om onregelmatigheden aan te pakken, zodat de pakkans zou worden vergroot en een preventief effect zou worden gecreëerd (hoofdstuk 2). Bij het wettelijk vastleggen van de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden heeft de wetgever enkele aannames gedaan over het gedrag van curatoren. Zo verwacht de wetgever dat de curator in ieder faillissement een (beperkt) oorzakenonderzoek uitvoert. Bovendien verwacht de wetgever dat de curator geconstateerde

onregelmatigheden meldt bij de rechter-commissaris en stappen onderneemt om deze onregelmatigheden te redresseren (par. 2.3 en 3.4).

De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat deze aannames niet volledig correct zijn en dat daardoor tevens het doel van de wetgever – het creëren van een preventief effect – niet volledig wordt bereikt (par. 7.4). De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat de aannames van de wetgever deels incorrect zijn, omdat curatoren zich onvoldoende gefaciliteerd voelen bij de aanpak van onregelmatigheden, zowel qua middelen als qua instrumenten. Curatoren ervaren een aantal belemmeringen waardoor zij onregelmatigheden naar eigen zeggen niet altijd aanpakken. Die belemmeringen lijken een belangrijke reden te zijn dat het doel van de wetgever niet wordt behaald. Hierna bespreek ik in hoeverre bij curatoren de verschillende belemmeringen zouden moeten worden weggenomen, zodat zij zich beter gefaciliteerd voelen bij de aanpak van onregelmatigheden. Ik behandel achtereenvolgens de opvolging van fraudemeldingen (par. 8.3.2), het instrumentarium van de curator (par. 8.3.3), de visie van de rechtbanken (par. 8.3.4) en de vergoeding van de kosten die gemoeid zijn met de aanpak van onregelmatigheden (par. 8.3.5). In paragraaf 8.3.6 concludeer ik dat curatoren vooral gefaciliteerd kunnen worden door te zorgen voor een goede relatie met de rechtbank en een betere vergoeding voor de kosten die gemoeid zijn met de aanpak van onregelmatigheden.

8.3.2 De opvolging van fraudemeldingen

Een eerste belemmering bij de aanpak van onregelmatigheden is volgens curatoren de opvolging die wordt gegeven aan fraudemeldingen door het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude.⁴ Sommige curatoren geven aan dat fraudemeldingen nauwelijks worden opgepakt. Bovendien geven sommige curatoren aan niet eens een reactie te krijgen op de meldingen die zij hebben gedaan. Door de gebrekkige opvolging die volgens curatoren wordt gegeven aan de fraudemeldingen die zij doen bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude, zijn zij minder geneigd fraudemeldingen te doen.⁵

Opvallend is dat het aantal fraudemeldingen gecorrigeerd voor het aantal faillissementen de afgelopen jaren relatief juist is toegenomen. Ook absoluut is het aantal faillissementen waarin een fraudemelding is gedaan gestegen.⁶ Curatoren zijn dus – ondanks de in hun ogen gebrekkige terugkoppeling en ondanks de kleine kans dat meldingen worden opgepakt – juist meer fraudemeldingen gaan doen. Het is de vraag in hoeverre het nuttig is om curatoren

4 Zie par. 4.5.3, 6.5.6 en 7.3.3, tweede dimensie.

5 Zie par. 4.5.3, 6.5.6 en 7.3.3, tweede dimensie. Zie ook Bentfort van Valkenburg & Van de Wiel, *MvV* 2020, par. 4.4; Van Nielen, *FIP* 2017, p. 39-44; De Ridder e.a. 2012, p. 33-34.

6 *Fraudemonitor 2019 en 2020*, Den Haag: Openbaar Ministerie, p. 22.

nog meer te stimuleren om fraudemeldingen te doen, aangezien het huidige aantal fraudemeldingen al niet volledig kan worden opgepakt. Als de capaciteit en de daadwerkelijke inzet van de FIOD, de politie en het OM om de meldingen op te pakken niet wordt vergroot, zal het stimuleren van curatoren om meer meldingen te doen alleen maar leiden tot meer onvrede over de nog beperktere opvolging van fraudemeldingen. Het stimuleren van curatoren om meer fraudemeldingen te doen is nutteloos tenzij de capaciteit om die meldingen op te pakken wordt vergroot. Het doel van de wetgever is immers om onregelmatigheden daadwerkelijk aan te pakken en niet om die alleen geregistreerd te krijgen.

Een mogelijkheid om binnen de huidige capaciteit meer meldingen op te kunnen pakken, is door het verbeteren van de fraudemeldingen van curatoren. De projectleider faillissementsfraude van de FIOD heeft aangegeven dat meldingen van curatoren vaak onvoldoende onderbouwd zijn (zie par. 7.7). Als curatoren betere meldingen doen en meer informatie aanleveren, hebben de FIOD, de politie en het OM meer aanknopingspunten om deze meldingen op te pakken.

8.3.3 Het instrumentarium van de curator

Een tweede belemmering die curatoren ervaren, is gelegen in de mogelijkheden die zij hebben om onregelmatigheden aan te pakken. Sommige curatoren menen dat zij onvoldoende (juridische) mogelijkheden hebben om op te treden tegen degenen die onregelmatig hebben gehandeld. Een voorbeeld dat veelvuldig door curatoren wordt genoemd, is het bestaan van onbereikbare activa waardoor het instellen van een actie of het aanvragen van een garantstelling al op voorhand kansloos is.⁷ De curator heeft verschillende instrumenten om onregelmatig handelen op te sporen⁸ en te redresseren⁹. In de literatuur is meermaals betoogd dat de curator meer middelen nodig heeft om onregelmatigheden daadwerkelijk te kunnen aanpakken.¹⁰ Uit mijn onderzoek blijkt dat sommige curatoren deze mening delen, maar de resultaten geven geen uitsluitsel over de vraag of het instrumentarium van de curator toereikend is om onregelmatigheden aan te pakken. Het is dus onzeker of het huidige instrumentarium ontoereikend is, iets wat nader onderzoek moet uitwijzen alsook waar mogelijke uitbreiding gewenst is.

Bovendien blijkt uit het onderzoek dat curatoren vaak wel de juridische mogelijkheden hebben om op te treden, maar de tijdsinvestering niet opfortuun vinden ten opzichte van de verwachte opbrengsten (par. 4.5.2 en 6.5.5).

7 Zie par. 4.5.3, 6.5.5 en 7.3.3, tweede dimensie.

8 Zie uitgebreid: Feenstra 2015.

9 Zie hoofdstuk 3.

10 Feenstra 2015, p. 429.

Dit argument zal niet anders worden wanneer de gereedschapskist van curatoren wordt uitgebreid. Om deze reden acht ik uitbreiding van het instrumentarium van de curator niet opportuun.

8.3.4 De visie van de rechtbank op de aanpak van onregelmatigheden

Een derde belemmering voor curatoren om onregelmatigheden aan te pakken is gelegen in het beleid van de rechtbanken.¹¹ Hoewel de meeste curatoren aangeven dat rechtbanken de aanpak van onregelmatigheden belangrijk vinden, hebben zij tegelijkertijd ook het gevoel dat rechtbanken een efficiënte (lees: snelle) afwikkeling van een faillissement belangrijker vinden dan de aanpak van onregelmatigheden.¹² Vooral het beoordelings- en het benoemingenbeleid van de rechtbank spelen hierbij een rol.

Het beoordelingsbeleid

De nadruk op efficiëntie komt vooral terug in het beoordelingsbeleid. De beoordeling van curatoren gebeurt via periodieke evaluatiegesprekken.¹³ De rechtbank kan bij de beoordeling ook inzage verlangen in de dossiers van de curator.¹⁴ Sommige rechtbanken maken bij de evaluatiegesprekken gebruik van *key performance indicators* (KPI's). De KPI's meten (onder andere) het gerealiseerde boedelactief, de boedelkosten, de snelheid waarmee curatoren het faillissement afwickelen en de *procedurele compliance*.¹⁵ Curatoren worden geacht 'het boedelactief te maximaliseren tegen zo laag mogelijke kosten in een zo kort mogelijke tijd conform de procedures die de wet voorschrijft'.¹⁶ De rechtbanken lijken de beoordelingen te baseren op cijfers die worden gebruikt in het tijdschrijfsysteem en in het financiële verslag.¹⁷ Een voordeel van deze cijfermatige aanpak is dat er objectieve gegevens beschikbaar komen. Daardoor kan een gevoel dat soms bij de rechtbank heerst over (de werkwijze en resultaten van) een bepaalde curator worden bevestigd of juist ontkracht. Frima noemt het voorbeeld van een curator van wie het beeld bestond bij de rechters-commissarissen dat 'hij altijd procedeerde', terwijl uit cijfers bleek dat hij feitelijk niet meer dan andere curatoren procedeerde.¹⁸ Aan een beoor-

11 Zie over de relatie tussen de rechter-commissaris en de curator ook Hollemans & Van Dijck 2020.

12 Zie par. 4.5.4, 6.5.7, 6.5.8 en 7.3.4, derde dimensie.

13 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 6.

14 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 6.

15 Frima, *FIP* 2021, p. 6.

16 Frima, *FIP* 2021, p. 6.

17 Zie rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civiel/Insolventierecht/Paginas/Recofa-richtlijnen.aspx voor de verschillende formulieren voor registratie van gemaakte uren en voor het opstellen van het financiële verslag.

18 Frima, *FIP* 2021, 91, p. 7.

deling op basis van cijfermatige gegevens zit echter een belangrijk nadeel verbonden. Zo kan het zo zijn dat een curator relatief veel uur heeft besteed aan een door hem als kansrijk beoordeelde bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure, terwijl dat uiteindelijk niet heeft geleid tot een verhaalbare vordering. Vooral in fraudefaillissementen lijkt de koppeling tussen gemaakte kosten en behaalde opbrengsten geen goede beoordelingsmaatstaf, omdat juist in fraudefaillissementen vaak boedelactief ontbreekt en er geen verhaalsmogelijkheden bekend of bereikbaar zijn.¹⁹ Het is bovendien nog maar de vraag of de tijdschrijfmethode van advocaten een goed inzicht geeft in de daadwerkelijke tijdsbesteding.²⁰ Om extra context te krijgen, kan aan curatoren extra informatie worden gevraagd over de tijdsbesteding tijdens de kantoor gesprekken, maar deze kantoor gesprekken vergen een tijdsinvestering van de rechtbanken. De resultaten van mijn empirische studies laten zien dat niet in ieder arrondissement periodieke evaluatiegesprekken aan de hand van een aantal vooraf bekende criteria worden gevoerd zoals is aangegeven in het Recofa-benoemingsbeleid.²¹ Indien er wel een evaluatiegesprek wordt gevoerd, hebben curatoren het idee dat er niet altijd goed wordt gekeken naar ingediende documenten, waardoor alsnog individuele feedback ontbreekt.²²

Wat daar ook van zij, afgezien van deze onvolkomenheden is het de vraag is of een beoordelingsmaatstaf waarbij van curatoren wordt verwacht dat zij 'het boedelactief maximaliseren tegen zo laag mogelijke kosten in een zo kort mogelijke tijd conform de procedures die de wet voorschrijft'²³, wel een geschikte beoordelingsmethode is. De resultaten van de empirische studies laten zien dat curatoren zich laten leiden door (de impliciete en expliciete) verwachtingen en visie van de rechtbanken.²⁴ Ik betoogde al eerder dat indien curatoren afgaan op KPI's, zij vanuit hun eigen praktijkvoering bezien worden gestimuleerd om faillissementen zo kostenefficiënt mogelijk af te wikkelen.²⁵ Deze stimulans draagt weer bij aan de bestaande praktijk om minder uren te steken in lege boedels en meer uren te steken in volle boedels, zodat er een positieve balans bestaat tussen gemaakte kosten en (gerealiseerde) boedelomvang.

Rechtbanken proberen de aanpak van onregelmatigheden te stimuleren door in faillissementen waar onregelmatigheden vermoedelijk een rol gaan spelen een "fraudecurator" te benoemen.²⁶ De rechtbank weet (of neemt aan) dat een fraudecurator de aanpak van onregelmatigheden onder zijn taak vindt

19 Dat nadeel onderkent ook Frima, zie Frima, *FIP* 2021, p. 9.

20 Zie ook Dethmers, *TvI* 2004, par. 3.

21 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013.

22 Zie par. 4.5.4.

23 Frima, *FIP* 2021, p. 6.

24 Zie par. 4.5.4, 6.5.7, 6.5.8, 6.5.9 en 7.3.4, derde dimensie.

25 Zie par. 6.2

26 Meerdere participanten van de interviewstudie gaven aan "fraudecurator" te zijn. Het bestaan van fraudecuratoren blijkt ook uit: Feenstra 2015, voetnoot 1.

vallen²⁷, waardoor hij zich proactief inzet om onregelmatigheden aan te pakken. Deze benoemingspraktijk kan bijdragen aan de aanpak van onregelmatigheden, ware het niet dat daarvoor ten tijde van de faillietverklaring voldoende duidelijk moet zijn of er (vermoedens van) eventuele onregelmatigheden zijn. Tevens moet een duidelijk overzicht bestaan van curatoren die zich proactief inzetten bij de aanpak van onregelmatigheden. Mijn besluitvormingstheorie, die laat zien dat de taakopvatting van de curator een belangrijke factor is, kan daarbij handvatten bieden. Rechtbanken zouden bijvoorbeeld bij hun periodieke evaluatiegesprekken curatoren kunnen bevragen over de zeven factoren en op basis daarvan beslissen of de desbetreffende curator kan worden aangemerkt als ‘fraudecurator’. Mijns inziens kleven er twee mogelijke risico’s aan het benoemen van fraudecuratoren. Het eerste risico is dat (ook) fraudeurs kunnen ontdekken wie worden aangemerkt als fraudecurator. Een doorgewinterde fraudeur zou er voor kunnen zorgen dat het de fraudecuratoren niet vrij staat het faillissement van de fraudeur af te wikkelen door hen bijvoorbeeld eerder te betrekken bij de onderneming en daarmee voor een rol als curator te conflicteren. Het tweede risico is dat door deze werkwijze de tweedeling tussen curatoren die bereid zijn fraude aan te pakken en curatoren die daar niet of minder toe bereid zijn, alleen maar toeneemt. Zo kunnen curatoren, als zij niet worden aangemerkt als fraudecurator aannemen dat zij in “hun” faillissementen minder aandacht hoeven te besteden aan de aanpak van onregelmatigheden. Fraudecuratoren zouden juist extra op zoek kunnen gaan naar onregelmatigheden, terwijl daar wellicht helemaal geen sprake van is. De kwalificatie “fraudecurator” zou de kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd en aangepakt nog afhankelijker maken van de curator die het faillissement afwikkelt.

De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat de rechtbank een belangrijke rol heeft in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden aanpakken.²⁸ Curatoren zijn eerder bereid om onregelmatigheden aan te pakken als zij denken dat de rechtbank dat belangrijk vindt. Ook indien de rechtbanken van mening zouden zijn dat zij curatoren voldoende de ruimte geven om onregelmatigheden aan te pakken, blijkt die boodschap bij curatoren niet over te komen. Mijn verwachting is dat curatoren meer bereid zullen zijn om onregelmatigheden aan te pakken als rechtbanken curatoren (nog) explicieter aanmoedigen dit te doen. Dat draagt bij aan het bereiken van de doelstelling van de wetgever.

Het benoemingsbeleid

Bovendien blijkt dat hoe beter de relatie tussen de rechtbank en de curator is, des te eerder de curator geneigd is de visie van de rechtbank te volgen.²⁹

²⁷ Zie par. 4.5.3, 6.5.4 en 7.3.3, tweede dimensie over de taakopvatting van de curator.

²⁸ Zie par. 4.5.4, 6.5.7, 6.5.8, 6.5.9 en 7.3.4, derde dimensie.

²⁹ Zie par. 4.5.4, 6.5.8, 6.5.9 en 7.3.4, derde dimensie.

Rechtbanken kunnen overwegen om te investeren in de relatie met curatoren door het introduceren van een eerlijke en transparante benoemingspraktijk.³⁰

Artikel 14 lid 1 Fw regelt dat het vonnis van de faillietverklaring (mede) de aanstelling van een of meerdere curatoren inhoudt. De rechtbank stelt in de regel slechts advocaten aan die zijn geplaatst op de zogenoemde curatorenlijst als curator.³¹ Een advocaat kan bij de rechtbank waar hij op het tableau gesteld is schriftelijk verzoeken om op de curatorenlijst te worden geplaatst.³² De rechtbank beslist vervolgens op basis van twee toetsen of de curator (voorlopig) kan worden toegelaten tot de curatorenlijst. De eerste toets bestaat uit een kwalitatieve toets over de kennis en de ervaring van de advocaat.³³ Zo dient de advocaat de advocatenstage en de VSO-cursus Insolventierecht te hebben afgerond, voldoende ervaring te hebben met de afwikkeling van faillissementen en direct na benoeming voldoende tijd te kunnen besteden aan de afwikkeling van faillissementen. Bovendien heeft het de voorkeur dat de advocaat werkzaam is bij een kantoor waaraan 'een of meer reeds op de curatorenlijst geplaatste (meer ervaren) curator(en) en een of meer faillissementsmedewerker(s) zijn verbonden zodat er voldoende delegatiemogelijkheden zijn.' De tweede toets is een omstandighedentoets. De omstandighedentoets houdt in dat de rechtbank het verzoek om plaatsing op de curatorenlijst slechts continueert 'wanneer zij uitbreiding van de curatorenlijst met de betrokken advocaat, mede gelet op het aantal uitgesproken en te verwachten faillissementen en de geografische spreiding, wenselijk acht.' Dat betekent dat een curatorenlijst ook op slot kan zitten omdat er voldoende curatoren zijn om de uitgesproken faillissementen af te wikkelen. Plaatsing op de curatorenlijst is voorlopig. Na twee jaar bekijkt de rechtbank of de curator goed genoeg functioneert om de plaatsing te continueren.³⁴

Plaatsing op de curatorenlijst betekent niet dat curatoren het 'recht op benoeming' hebben. Curatoren dienen er ingevolge Recofa-richtlijnen op bedacht te zijn dat het aantal faillissementen kan teruglopen.³⁵ De rechtbanken proberen wel om curatoren zodanig regelmatig te benoemen dat zij hun kennis en kunde op peil kunnen houden.³⁶

De rechtbank kan besluiten om een advocaat van de curatorenlijst te schrappen.³⁷ Dat kan op basis van een constatering dat de desbetreffende advocaat niet langer aan de uitgangspunten voor de kwalitatieve toelatingstoets voldoet, bijvoorbeeld omdat de advocaat niet langer voldoende tijd en aandacht kan besteden aan de afwikkeling van faillissementen. Daarnaast kan de recht-

30 Zie ook *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 3, p. 15-16 en p. 42 e.v.

31 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013.

32 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 4.

33 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 4.

34 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 5.

35 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 8.

36 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 8.

37 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 7.

bank ook besluiten om curatoren van de lijst te schrappen omdat er te veel curatoren op de lijst staan of omdat het uurtarief van de curator niet (langer) in overeenstemming is met zijn kennis en ervaring. Voorts kunnen curatoren van de lijst worden geschrapt op basis van de uitkomst van evaluatiegesprekken en/of dossieronderzoeken of de door de rechters-commissarissen geconstateerde (gebrekkige) doelmatigheid, voortvarendheid en kwaliteit in de afwikkeling van faillissementen.³⁸

Waar de vereisten voor plaatsing op de curatorenlijst behoorlijk uitgebreid worden beschreven, geldt dat niet voor benoeming in individuele faillissementen.³⁹ De rechtbank benoemt in een individueel faillissement steeds de curator die zij het meest geschikt acht voor het desbetreffende faillissement.⁴⁰ Voor verdeling van faillissementen naar zwaarte kan de rechtbank categorieën hanteren die zijn gebaseerd op ervaring, opleiding en functioneren.⁴¹ Het is waarschijnlijk dat de rechters op de insolventieafdeling van de benoemende rechtbank overleg voeren over het aanwijzen van curatoren in 'zwaardere' faillissementen.⁴² Tijdens dat overleg wordt gekeken of er bijvoorbeeld sprake is van een bepaald type faillissement (denk aan retail of ICT) of een faillissement waar bepaalde vraagstukken spelen (denk aan fraude of verrekening) waarvoor een geschikte curator kan worden gevonden.⁴³

Samenvattend maken de uitgangspunten voor benoemingen niet direct duidelijk op basis van welke criteria de rechtbank in een specifiek faillissement voor een bepaalde curator kiest.⁴⁴ Daar komt bij dat het document weliswaar uitgangspunten heeft geformuleerd, maar dat daaraan geen rechten kunnen worden ontleend en in specifieke arrondissementen kan van de uitgangspunten worden afgeweken.⁴⁵ De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat een groot deel van de curatoren het benoemingsbeleid niet transparant en veelal ook niet eerlijk vindt. De resultaten van mijn empirische studies suggereren dat benoeming in een individueel faillissement niet plaatsvindt aan de hand van objectieve criteria, maar aan de hand van subjectieve ervaringen van rechters-commissarissen met de curatoren.⁴⁶ Deze onvrede over het benoe-

38 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 7.

39 Zie ook Dethmers, *TvI* 2004, par. 6.

40 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 8.

41 Recofa-uitgangspunten benoeming curatoren 2013, p. 8.

42 Van Galen, *TvI* 2021, par. 1.

43 Wessels, *AA* 2017, p. 967.

44 Van Hees, *TvI* 2016. Het is bovendien de vraag of de voorwaarden voor benoeming voldoen aan de herstructureringsrichtlijn waar is geregeld dat de vereisten voor benoeming 'duidelijk, transparant en rechtvaardig' zijn. Zie Artikel 26 lid 1 sub a Herstructureringsrichtlijn. Zie ook Van Galen, *TvI* 2017, par. 9 en *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 3, p. 43-44.

45 Schreurs, *TvI* 2018, par. 2.

46 Dethmers beschreef al in 2004 treffend welke curatoren de meeste kans hebben om te worden benoemd: 'De curator die steeds stukken tijdig aanlevert, verslagen en verzoeken deugdelijk onderbouwt, klachten redelijk afhandelt, procedures adequaat voert en regelmatig wint alsmede consistent en begrijpelijk declareert, verwerft vertrouwen bij de R-C en zal

mingsbeleid is niet nieuw.⁴⁷ In de literatuur wordt al langer gepleit voor een transparanter en duidelijker benoemingsbeleid.⁴⁸ Zo pleitte de voorzitter van Recofa al in 2000 (!) voor een ‘duidelijker en transparanter’ benoemingsbeleid.⁴⁹ Hoewel sinds 2000 een en ander is veranderd (en verbeterd)⁵⁰ – denk aan de kwaliteitsslag bij zowel curatoren als rechters-commissarissen en het opstellen van de Recofa-uitgangspunten voor benoeming – laten de resultaten van mijn empirische studies zien dat de onvrede nog steeds actueel is en onder een brede groep curatoren voorkomt.⁵¹ De wetgever lijkt deze problematiek niet volledig te onderkennen.⁵²

In de literatuur wordt wel geopperd dat het benoemingsbeleid met opzet vaag wordt gehouden, omdat dat de curator zou moeten stimuleren om kwalitatief goed werk te leveren.⁵³ De aanname die daarachter schuilgaat is dat curatoren, als er geen transparant benoemings- en beoordelingsbeleid bestaat, eerder geneigd zijn om de visie van de rechtbank te volgen. De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat deze aanname onjuist is. Een transparanter benoemings- en beoordelingsbeleid maakt juist dat curatoren de visie van de rechtbank nog beter volgen.

Kortom, investeren in een betere relatie tussen curator en rechtbank kan ervoor zorgen dat curatoren de visie van de rechtbank over de aanpak van onregelmatigheden beter overnemen. Het is zaak dat curatoren zich niet belemmerd voelen door het benoemings- en beoordelingsbeleid. De resultaten van mijn studies laten zien dat curatoren door het verduidelijken, verder uitwerken en transparanter maken van het benoemings- en beoordelingsbeleid mogelijk eerder geneigd zullen zijn om onregelmatigheden aan te pakken, vooral omdat zij dan niet meer het gevoel zullen hebben dat hun beoordeling en benoeming hoofdzakelijk om efficiëntie draait. Dit kan bijdragen aan het behalen van de doelstelling van de wetgever. De in het wetsvoorstel over de implementatie van de Herstructureringsrichtlijn voorgestelde verduidelijking van de criteria voor benoeming van curatoren in de Recofa-richtlijnen kan een goed tijdstip zijn om een voor curatoren duidelijk en transparant benoemings-

met graagte worden benoemd. R-C en curatoren leren elkaar kennen en – als het goed is – vertrouwen.’ Zie: Dethmers, *TvI* 2004, par. 6. Ook Vriesendorp schreef al eerder: ‘De tijd dat men voor zijn broodwinning afhankelijk was van de welwillendheid, goedertierenheid en soms ook persoonlijke voorkeuren van rechters, ligt met de huidige professionalisering van het vak hopelijk toch wel achter ons.’ Zie: Vriesendorp, *TvI* 2010. In die zin lijkt er dus weinig te zijn veranderd.

47 Zie bijvoorbeeld Van Vonderen, *TvI* 2000, p. 18; Vriesendorp, *TvI* 2010; Dethmers, *TvI* 2004; Wessels, *AA* 2017 en Van Hees, *TvI* 2016.

48 Zie bijvoorbeeld Wessels, *AA* 2017; Mulder, *TvI* 2005.

49 Van Vonderen, *TvI* 2000.

50 Vgl. Mulder, *TvI* 2005.

51 Zie par. 4.5.4, 6.5.8, 7.3.4, derde dimensie.

52 *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 3, p. 43-44, 67-68 en 73. Zie ook het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten over de internetconsultatie d.d. 29 april 2021.

53 Oppedijk-Van Veen & Leferink, *FIP* 2020, par. 2.

beleid te introduceren.⁵⁴ Het is daarbij van belang dat het benoemingsbeleid in de praktijk ook daadwerkelijk wordt nageleefd.

8.3.5 Een adequate beloning voor de werkzaamheden van de curator

De laatste en – volgens de studies – belangrijkste factor die meespeelt bij de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, is (het gebrek aan) de vergoeding voor de werkzaamheden die gemoeid zijn met die aanpak. De resultaten van mijn onderzoek bevestigen dat een lege boedel en een gebrek aan verhaalsmogelijkheden de belangrijkste redenen zijn voor curatoren om af te zien van het aanpakken van onregelmatigheden. Op basis van de resultaten blijkt dat het aannemelijk is dat juist in faillissementen met een lege boedel de meeste onregelmatigheden voorkomen.⁵⁵ Daar komt bij dat in faillissementen waarin de aanpak van onregelmatigheden nodig blijkt te zijn, curatoren veelal worden geconfronteerd met een faillissement waar activa uit de boedel zijn ontnomen en waar er een gebrek is aan (juiste) informatie. Fraudeurs zullen immers hun onregelmatige handelen proberen te verhullen.⁵⁶ Dat betekent dat de curator zich extra moet inzetten om informatie te verzamelen, terwijl er vaak onvoldoende boedel is om de werkzaamheden te vergoeden.

Wanneer er verhaalsmogelijkheden zijn, is een lege boedel voor de curator minder problematisch. Curatoren kunnen dan een eventueel onderzoek of procedure voorfinancieren of een beroep doen op de GSR. Ook kunnen zij proberen schuldeisers (en meer specifiek in voorkomend geval de Belastingdienst) bereid te vinden om een deel van de werkzaamheden te financieren. De huidige financieringsmogelijkheden bieden de curator echter onvoldoende mogelijkheden om zich in te zetten voor de aanpak van onregelmatigheden bij een gebrek aan verhaalsmogelijkheden. Zo is voor een succesvol beroep op de garantstellingsregeling noodzakelijk dat er voldoende verhaalsmogelijkheden zijn. Ook derden als de Belastingdienst en schuldeisers zullen slechts willen bijdragen indien zij daardoor (een deel van) hun vordering voldaan zien worden. Bij een gebrek aan verhaalsmogelijkheden resteert vaak alleen het doen van een fraudemelding, maar een fraudemelding levert meestal geen middelen voor de boedel op.⁵⁷

Het huidige financieringsmodel stimuleert curatoren om lege boedels snel en kostenefficiënt af te wikkelen en de onbetaald gebleven uren te compenseren door (al dan niet terecht) meer uren te besteden in faillissementen met een

54 *Kamerstukken II 2021/22*, 36040, nr. 3, p. 43-44 en 67-68. Zie art. 26 lid 1 sub b Herstructureringsrichtlijn,

55 Zie par. 4.5.2, 6.5.3 en 6.5.10.

56 Feenstra 2015, p. 406.

57 Zie voor enkele uitzonderingen Boerma 2015.

volle boedel.⁵⁸ De aanpak van onregelmatigheden is daar niet mee gediend. Bovendien is niet te verantwoorden dat het gebrek aan adequate beloning in sommige faillissementen kan worden gecompenseerd met andere – goed gevulde – faillissementen, want zo worden de schuldeisers van de faillissementen met een behoorlijke boedel benadeeld. Om curatoren daadwerkelijk aan te moedigen om onregelmatigheden aan te pakken, is het noodzakelijk dat de vergoeding van de kosten die gemoeid zijn met die aanpak als die niet leidt tot voldoende inkomsten – en die niet direct in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers – niet via de boedel loopt.

Zolang curatoren het argument ‘voorkomen dat goed geld naar kwaad geld wordt gegooid’ kunnen gebruiken om af te zien van het aanpakken van onregelmatigheden, zal de aanpak van onregelmatigheden nooit succesvol zijn.⁵⁹

8.3.6 Conclusie

Uit mijn onderzoek blijkt dat curatoren verschillende belemmeringen ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden. Het wegnemen van sommige geconstateerde belemmeringen, zoals gebrekkige opvolging van fraudemeldingen (par. 8.3.2) en gebrekkig instrumentarium (par. 8.3.3) lijken minder behulpzaam voor het bereiken het doel van de wetgever. Ik heb voorgesteld om twee andere belemmeringen weg te nemen om curatoren beter te faciliteren bij de aanpak van onregelmatigheden. Zo is het aan te raden dat rechtbanken curatoren expliciet de ruimte bieden om onregelmatigheden aan te pakken door bij hun beoordelingen niet alleen te sturen op ‘het maximaliseren van het boedelactief tegen zo laag mogelijke kosten in een zo kort mogelijke tijd conform de procedures die de wet voorschrijft’ (par. 8.3.4). Om curatoren aan te moedigen de visie van de rechtbank beter te volgen, is het aan te raden om te investeren in een goede relatie tussen de curator en de rechtbank, bijvoorbeeld door het verduidelijken van de benoemingspraktijk.

Bovendien is het van belang dat de beloningsstructuur aansluit bij de ambitie van de wetgever om onregelmatigheden consequent aan te pakken (par. 8.3.5). Momenteel worden curatoren aangemoedigd om onregelmatigheden aan te pakken als er voldoende boedel en/of verhaalsmogelijkheden zijn en worden zij ontmoedigd als dat er niet is. Het is zaak dat curatoren worden aangemoedigd om ook bij lege boedels en een gebrek aan verhaalsmogelijkheden onregelmatigheden aan te pakken, omdat het aannemelijk is dat juist in die faillissementen meer onregelmatigheden voorkomen.

58 Zie ook Van Dijck & Gramatikov, *TvI* 2010 en Van Dijck e.a., *TvI* 2008, p. 210-220.

59 Vriesendorp, *TvI* 2017, p. 159.

8.4 AANBEVELING 2: HET STIMULEREN VAN CURATOREN BIJ DE AANPAK VAN ONREGELMATIGHEDEN

8.4.1 Introductie

Naast het wegnemen van de belemmeringen die curatoren ervaren, zodat zij beter worden gefaciliteerd bij de aanpak van onregelmatigheden, kan het ook behulpzaam zijn om curatoren meer direct te stimuleren om onregelmatigheden aan te pakken. De norm is dat curatoren onregelmatigheden moeten onderzoeken en aanpakken, maar hoe curatoren invulling dienen te geven aan die norm is niet gespecificeerd. Daardoor vullen curatoren de taak om onregelmatigheden aan te pakken verschillend in.⁶⁰ De wettelijke regeling biedt de curator deze beleidsvrijheid.⁶¹ Dat betekent dat niet iedere curator zich altijd inzet om onregelmatigheden aan te pakken. Om curatoren te stimuleren om onregelmatigheden aan te pakken, kan het behulpzaam zijn om daarvoor richtlijnen op te stellen en daarmee uniformiteit bewerkstelligen in de taakuitoefening van curatoren. Nu hangt de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de taak om onregelmatigheden aan te pakken te veel af van de financiële toestand in een specifiek faillissement (par. 7.3.2, eerste dimensie), de persoon van de individuele curator (par. 7.3.4, tweede dimensie) en de toezichhoudende rechtbank en haar insolventierechters. Hierna bespreek ik het nut en de noodzaak voor zulke richtlijnen en geef ik enkele korte aanbevelingen over de inhoud van eventuele richtlijnen bij de aanpak van onregelmatigheden.

8.4.2 Richtlijnen voor de aanpak van onregelmatigheden

Ongewenste inconsistentie in de wijze waarop onregelmatigheden worden aangepakt
Het belangrijkste resultaat van mijn onderzoek is dat onder curatoren een totaal gebrek aan consensus bestaat over hoe onregelmatigheden aangepakt zouden moeten worden. Het blijkt voor curatoren lastig in te schatten hoe de fraudesignalerende rol eenvormig zou moeten worden ingevuld.⁶² Ook is onduidelijk waar de grens ligt tussen (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en frauduleus handelen, waardoor niet duidelijk is wanneer een fraudemelding gedaan *moet* worden.⁶³ De verschillende opvattingen maken dat iedere curator de taak om onregelmatigheden aan te pakken invult op een wijze die aansluit bij zijn eigen opvatting van de fraudesignalerende rol. De kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd en aangepakt, is dus afhankelijk van de toevallige curator

60 Zie met name par. 4.4, 6.4 en 7.3.5.

61 Feenstra 2019, p. 275-276. Zie ook De Ridder e.a. 2012, p. 87-88.

62 Zie par. 4.4, 4.5, 6.4, 6.5 en 7.3.

63 Zie par. 4.4.4, 4.7, 6.4.3 en 6.6.

die het faillissement afwikkelt en de toevallige rechtbank die toezicht houdt op de afwikkeling van het faillissement.

Dit resultaat geeft aanleiding tot bezorgdheid over de gelijkheid van schuldeisers in faillissementen. Schuldeisers zijn immers overgeleverd aan de toevallige curator die het faillissement afwikkelt. Het kan zo zijn dat de ene curator onregelmatigheden alleen aanpakt wanneer die aanpak iets oplevert voor de boedel, terwijl de andere curator onregelmatigheden altijd aanpakt – ongeacht of die aanpak iets oplevert voor de boedel.

Bovendien laten de resultaten van mijn onderzoek zien dat de pakkans van fraudeurs varieert, simpelweg omdat de persoon van de curator en diens opvattingen over zijn taak en rol in het faillissement significant bijdraagt aan de kans dat onregelmatigheden wel of niet worden aangepakt. De wetgever (en in bredere zin de maatschappij) is afhankelijk van de curator voor een effectieve aanpak van onregelmatigheden, maar ten onrechte wordt aangenomen dat iedere curator in een vergelijkbare situatie eenzelfde beslissing neemt (hoofdstuk 4 en 6). De eerste reden voor het introduceren van richtlijnen is dus de wens om curatoren op gelijke wijze invulling te laten geven aan de taak om onregelmatigheden aan te pakken, om zo te voorkomen dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt afhangt van welke curator wordt aangesteld.

Ongevenste bias bij de aanpak van onregelmatigheden

Uit mijn onderzoek blijkt bovendien dat de kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd en aangepakt afhankelijk is van de financiële staat van de boedel en de verhaalsmogelijkheden bij degene die (vermoedelijk) onregelmatig heeft gehandeld. Dat komt omdat de gezamenlijke schuldeisers niet gebaat zijn bij een aanpak van onregelmatigheden als deze aanpak niet tot extra middelen in de boedel leidt. Daarnaast krijgt de curator geen vergoeding voor de kosten die zijn gemoeid met de aanpak van onregelmatigheden als er onvoldoende boedel beschikbaar is en er geen verhaalsmogelijkheden zijn.⁶⁴ Naast de invloed van de individuele financiële positie van de curator en diens kantoor,⁶⁵ blijken de financiële staat van de boedel en de verhaalsmogelijkheden stimulansen voor curatoren te zijn om onregelmatigheden wel of niet aan te pakken.⁶⁶ Dat betekent dat de kans dat onregelmatigheden worden gesignaleerd en aangepakt dus afhankelijk is van de boedel en van de verhaalsmogelijkheden.

Deze resultaten laten zien dat de verschillende wijzen waarop curatoren in de praktijk invulling geven aan hun rol bij de aanpak van onregelmatigheden kunnen zorgen voor risico's op het gebied van de objectiviteit van de curator en de gelijke behandeling van de betrokkenen (zie ook par. 3.5). Zo

64 Zie par. 3.5.

65 Zie par. 4.5.2 en 6.5.3.

66 Zie par. 4.5.2 en 5.4.

kan worden getwijfeld aan de objectiviteit van de curator, aangezien de curator persoonlijk baat heeft bij bepaalde beslissingen omdat zijn salaris wordt betaald uit de boedel. Zo is het voor de curator voordelig te besluiten dat (nader) onderzoek naar eventuele onregelmatigheden noodzakelijk is, indien voldoende boedel bestaat. Bovendien kan het voor curatoren voordelig zijn om akkoord te gaan met een schikking die zijn gemaakte uren vergoedt, terwijl er wellicht wel een beter resultaat te bereiken valt als er een procedure zou worden gevoerd. De resultaten van mijn onderzoek geven geen aanleiding te veronderstellen dat curatoren zich op grote schaal laten beïnvloeden door persoonlijke financiële prikkels, maar het valt niet uit te sluiten dat het persoonlijke belang van de curator meeweegt bij het nemen van beslissingen over de aanpak van onregelmatigheden. De focus op de staat van de boedel en de verhaalsmogelijkheden kan dus zorgen voor een *bias* bij curatoren in die zin dat zij eerder menen dat zij onregelmatigheden aan moeten pakken indien hun inspanningen daadwerkelijk worden vergoed. De tweede reden voor het introduceren van richtlijnen is dus de wens om *bias* bij curatoren te verminderen om te voorkomen dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt afhankelijk is van financiële middelen.

Nut en noodzaak

Men zou kunnen beargumenteren dat richtlijnen niet nodig zijn, omdat de toezichthoudende rechtbanken al waarborgen dat curatoren op gelijke wijze onregelmatigheden aanpakken en omdat de toezichthoudende rechters-commissarissen voldoende zijn om de risico's op het gebied van de objectiviteit van de curator te minimaliseren. De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat rechtbanken er in de ogen van curatoren niet in slagen hen op eenzelfde wijze onregelmatigheden aan te laten pakken. Integendeel, ook tussen rechtbanken en zelfs binnen één rechtbank tussen gelijktijdig en/of opvolgend functionerende rechters-commissarissen verschillen de meningen over hoe onregelmatigheden aangepakt zouden moeten worden.⁶⁷ Bovendien is het nog maar de vraag in hoeverre het toezicht van de rechter-commissaris effectief genoeg is om risico's op het gebied van de objectiviteit van de curator te minimaliseren. Rechters-commissarissen hebben grote aantallen dossiers onder zich en treden niet alleen als toezichthouder op in faillissementen (en schuldsaneringsregelingen of bewindszaken), maar ook als rechter. Het lijkt praktisch gezien onhaalbaar om op het punt van objectiviteit effectief toezicht te houden op alle curatoren. Zelfs als het de rechtbank lukt om in alle dossiers voldoende toezicht te kunnen houden, is het de vraag of rechters-commissarissen voldoende materieel *onafhankelijk* toezicht kunnen houden op curatoren. Zij zijn immers voor hun inhoudelijke toezicht grotendeels afhankelijk van de informatiestroom van de curator. Daarnaast hebben de curator en de rechter-commissaris een

67 Zie ook Van der Feltz I, p. 2.

zodanig nauwe werkrelatie, dat de rechter-commissaris wellicht niet altijd volledig objectief toezicht kan houden op de curator.⁶⁸

Een veelgehoord argument tegen richtlijnen is dat deze onvoldoende ruimte laten om rekening te houden met de omstandigheden van het geval.⁶⁹ Dit argument veronderstelt dat curatoren in staat zijn om slechts relevante omstandigheden mee te nemen in hun beoordeling en irrelevante omstandigheden buiten beschouwing te laten én dat curatoren vervolgens gelijksoortige beslissingen nemen. De resultaten van mijn onderzoek laten echter zien dat dat bij de aanpak van onregelmatigheden niet altijd het geval is: de maatman-curator⁷⁰ blijkt een fictie.⁷¹ Richtlijnen kunnen ervoor zorgen dat irrelevante omstandigheden – waardoor inconsistentie en *bias* ontstaan – een minder grote rol spelen bij beoordelingen.⁷² Richtlijnen kunnen juist ruimte en richting bieden om rekening te houden met relevante omstandigheden van het desbetreffende faillissement.⁷³

Inhoud van eventuele richtlijnen

Hoewel het opstellen van eventuele richtlijnen de reikwijdte van dit onderzoek te buiten gaat, doe ik hierna op basis van de resultaten van mijn onderzoek enkele aanbevelingen over de invulling van eventuele richtlijnen. Die aanbevelingen kunnen nader worden uitgewerkt door INSOLAD, eventueel in samenwerking met Recofa.

De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat op een aantal punten onduidelijkheid bestaat over de wijze waarop curatoren onregelmatigheden zouden moeten aanpakken. In de eerste plaats is onduidelijk hoe de signaleringsfase zou moeten worden ingevuld en uit welke onderdelen een oorzakenonderzoek (ten minste) moet bestaan.⁷⁴ Ten tweede is het onduidelijk wanneer gedragingen door curatoren moeten worden beoordeeld als onverantwoordelijk of onrechtmatig en wanneer gedragingen moeten worden beoordeeld als malafide of frauduleus.⁷⁵ Ten derde is niet duidelijk onder welke omstandigheden van de curator wordt verwacht geconstateerde onregelmatigheden te

68 Van Galen, *TvI* 2021, par. 3. Zie ook Van Hees, *TvI* 2010 en Rb. Midden-Nederland 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5153. Vgl. *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 3, p. 45, waarin de wetgever lijkt uit te gaan van voldoende effectief toezicht.

69 Verschillende participanten van de interviewstudie gaven aan dat 'ieder faillissement anders is' en dat algemene richtlijnen daardoor niet wenselijk zouden zijn. Zie ook Kahneman, Sibony & Sunstein 2021, p. 30-33.

70 Vgl. HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (Maclou).

71 Zie par. 4.4, 4.5, 6.4, 6.5 en 7.3. Zie ook Dulack 2015, p. 516; Hermans 2022, nr. 28.

72 Kahneman, Sibony & Sunstein 2021, p. 20-21.

73 Ik maak de vergelijking met onderzoeksmethoden, waarbij er binnen de onderzoeksmethode ook ruimte is om rekening te houden met bijvoorbeeld context en participanten.

74 Zie par. 4.4.3 en 6.4.2.

75 Zie par. 4.4.4 en 6.4.3.

redresseren en waarop hij de keuze tussen de verschillende redresseringsvormen zou moeten baseren.⁷⁶

Om te voorkomen dat de kans dat onregelmatigheden worden aangepakt afhangt van welke individuele curator toevallig wordt aangesteld, kan het ten eerste behulpzaam zijn dat de richtlijnen duidelijk vermelden wat onder welke omstandigheden in de verschillende fases van de curator wordt verwacht. Zo kan worden gedacht aan een onderzoeksprotocol⁷⁷ voor het oorzakenonderzoek, waarbij de stappen kunnen variëren op basis van de aard van het desbetreffende faillissement.⁷⁸ Ook kunnen richtlijnen worden ontwikkeld die curatoren helpen bij het beoordelen of een gedraging kwalificeert als onregelmatig en zo ja, of sprake is van een onverantwoordelijke gedraging of van een malafide gedraging. Het verschil in kwalificatie van gedragingen kan dan de basis vormen voor de keuze tussen de verschillende redresseringsmogelijkheden.

De huidige onduidelijkheid over de wijze waarop onregelmatigheden worden ingevuld, kan ertoe leiden dat curatoren beslissingen nemen op basis van (irrelevante) financiële argumenten in plaats van op basis van de ernst van de onregelmatigheden, waardoor *bias* ontstaat. Bij het opstellen van richtlijnen – die op zichzelf al kunnen zorgen voor een vermindering van *biases*⁷⁹ – kan tevens aandacht worden besteed aan het introduceren van waarborgen om objectieve oordeelsvorming te stimuleren, zoals het introduceren van een duidelijk onderscheid tussen het oorzakenonderzoek (de wat-vraag) en het rechtmatigheidsonderzoek (de wie-vraag).⁸⁰

8.4.3 Conclusie

De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat er inconsistentie bestaat in de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissementen omdat die aanpak grotendeels afhankelijk is van de curator die het faillissement afwikkelt en in de praktijk grote verschillen in taakopvatting en dientengevolge taakuitoefening blijken te bestaan. Bovendien laten de resultaten van het onderzoek zien dat de wijze waarop onregelmatigheden worden aangepakt (en of onregelmatigheden überhaupt worden aangepakt), vooral afhangt van het beschikbare

76 Zie par. 4.4.5 en 6.4.4.

77 Zie over onderzoeksprotocollen in oorzakenonderzoeken Schimmelpenninck, *TvI* 2008 en Hox, *FIP* 2020. Zie ook Hermans 2017 en de Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures, te raadplegen via <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/leidraad-voor-onderzoekers-in-enqueteprocedures.pdf>.

78 Zie bijvoorbeeld Vriesendorp, *TvI* 2017.

79 Anders: Vriesendorp, *TvI* 2017, p. 156.

80 Zie ook Giard 2019, Schimmelpenninck, *TvI* 2008 en Hox, *FIP* 2020. Zie over het belang van een goed oorzakenonderzoek ook Hermans 2019 en Oppedijk-van Veen en Leferink 2019.

boedelactief en eventuele verhaalsmogelijkheden, waardoor sprake is van *bias*. Om inconsistentie en *bias* te voorkomen beargumenteer ik dat het behulpzaam kan zijn om richtlijnen op te stellen voor curatoren. Die richtlijnen – die kunnen worden opgesteld door INSOLAD, eventueel in samenwerking met Recofa – kunnen ervoor zorgen dat curatoren op eenzelfde manier onregelmatigheden aanpakken en waarborgen dat curatoren objectieve beslissingen nemen.

8.5 SLOTBESCHOUWING: HET PRIMAAT VAN DE SCHULDEISERS LIJKT ONHOUDBAAR

Het doel van het faillissement is om het vermogen van de gefailleerde te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers.⁸¹ De curator heeft als belangrijkste taak om de uitkering aan de gezamenlijke schuldeisers te maximaliseren. Alle bevoegdheden die de curator heeft, staan ten dienste van die taak. Op basis van de Faillissementswet prevaleren de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in faillissementen boven andere belangen. Langzaam maar zeker ontstaat meer ruimte voor maatschappelijke belangen die de curator in zijn afwegingen moet betrekken, maar de heersende visie is nog altijd dat de gezamenlijke schuldeisers voorgaan.⁸²

Het is de vraag of dit ‘primaat van de schuldeisers’ tegenwoordig nog wel houdbaar is. Dan is er slechts beperkt ruimte voor andere belangen. Zodra deze belangen de boedel per saldo geld kosten, moeten die immers het onderpit delven. Om onregelmatigheden daadwerkelijk te kunnen aanpakken, is het noodzakelijk dat curatoren ook andere belangen meewegen in de afwikkeling van faillissementen. Mijn onderzoek laat zien dat curatoren bereid zijn dat te doen. Zij worden daarbij echter beperkt door het systeem van de Faillissementswet, dat vooralsnog is gericht op het behalen van een maximale boedelopbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers. Het toezicht van de rechtbank stimuleert hen om ‘het boedelactief te maximaliseren tegen zo laag mogelijke kosten in een zo kort mogelijke tijd conform de procedures die de wet voorschrijft’. De beloningsstructuur stimuleert curatoren om lege boedels snel en kostenefficiënt af te wikkelen en maakt het mogelijk voor curatoren de onbetaald gebleven uren te compenseren door het salaris dat wordt ontvangen in faillissementen met een volle boedel.

Het verwijt⁸³ dat curatoren onvoldoende rekening houden met maatschappelijke belangen is niet terecht. Van curatoren wordt steeds meer verwacht rekening te houden met allerlei (maatschappelijke) belangen zoals de aanpak van onregelmatigheden,⁸⁴ terwijl zij daarvoor niet worden gecompenseerd

81 Zie ook Verstijlen 1998, p. 26-27.

82 Zie Hanssen, *TvOB* 2021, p. 30.

83 Zie bijvoorbeeld Kemp 2015.

84 Zie bijvoorbeeld Van Hees, *TvI* 2015.

en het systeem van de Faillissementswet geen ruimte laat voor het meewegen van die belangen. Bovendien is de curator een ondernemer die streeft naar winstmaximalisatie voor zichzelf (en zijn kantoor).⁸⁵ Het introduceren van richtlijnen en het creëren van extra waarborgen om de schijn van belangenverstrengeling te voorkomen, beperken misschien de perverse prikkels van curatoren – voor zover die een rol spelen – maar zorgen er niet voor dat financiële prikkels volledig worden weggenomen. Van curatoren wordt immers nog steeds verwacht dat zij faillissementen zo efficiënt mogelijk afwikkelen.

Curatoren stimuleren rekening te houden met maatschappelijke belangen, zoals de aanpak van onregelmatigheden, lijkt zinloos als het systeem van de Faillissementswet het curatoren in de praktijk onmogelijk maakt om die belangen mee te wegen en de doorslag te laten geven. Om curatoren aan te zetten rekening te houden met belangen die strijdig zijn met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, lijkt een fundamentele herziening van het primaat van de schuldeisers in faillissementen noodzakelijk. Bovendien is het van belang dat zij een adequate beloning krijgen voor hun inzet. Zolang efficiënte inzet van geld en middelen voor curatoren een geldig argument is om af te zien van het aanpakken van onregelmatigheden, zal het doel van de wetgever, zoals ten grondslag ligt aan het huidige stelsel, niet worden bereikt.

85 Zie ook De Ranitz, *Tvl* 2008.