



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief: een empirisch onderzoek naar 'ruis' bij belangenafwegingen in faillissementen

Adriaanse, J.A.A.; Strohmaier, N.; Pool, J.M.W.; Broekema, M.J.R.; Oppedijk van Veen, E.J.; Brunninkhuis, R.W.A.; ... ; Wiel, J.H.M. van de

Citation

Adriaanse, J. A. A., Strohmaier, N., Pool, J. M. W., & Broekema, M. J. R. (2023). De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief: een empirisch onderzoek naar 'ruis' bij belangenafwegingen in faillissementen. In E. J. Oppedijk van Veen, R. W. A. Brunninkhuis, J. E. P. A. van Hooff, A. van Loon, & J. H. M. van de Wiel (Eds.), *Insolad Jaarboek* (pp. 3-27). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3721336>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3721336>

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

INSOLAD

Vereniging Insolventierecht Advocaten

INSOLAD
Jaarboek 2023

INSOLAD De Taak van de Curator

ONDER REDACTIE VAN:

Mr. E.J. Oppedijk van Veen

Mr. drs. R.W.A. Brunninkhuis

Mr. J.E.P.A. van Hooff

Mr. A. van Loon

Mr. J.H.M. van de Wiel

De Taak van de Curator

De Taak van de Curator

Insolad Jaarboek 2023

Onder redactie van:

Mr. E.J. Oppedijk van Veen
Mr. drs. R.W.A. Brunninkhuis
Mr. J.E.P.A. van Hooff
Mr. A. van Loon
Mr. J.H.M. van de Wiel

 Wolters Kluwer

Deventer – 2023

Verkorte citeerwijze: Oppedijk van Veen e.a., *De Taak van de Curator 2023*/[paragraafnummer]
Volledige citeerwijze: E. Oppedijk van Veen e.a. (red.), *De Taak van de Curator: Insolad Jaarboek 2023*,
Deventer: Wolters Kluwer 2023.

ISBN 978 90 13 17243 0
NUR 827-704

© 2023 Wolters Kluwer Nederland B.V., Insolad

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacycookies.



Inhoud

Woord vooraf	IX
---------------------	----

De taak van de curator in algemene zin

1.	De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief: een empirisch onderzoek naar ‘ruis’ bij belangenafwegingen in faillissementen PROF. DR. J.A.A. ADRIAANSE, DR. N. STROHMAIER, MR. DR. J.M.W. POOL, DR. M.J.R. BROEKEMA	3
2.	Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator? MR. DR. A. VAN HEES, MR. M. VAN EEKELEN-ATEMA	29
3.	Over de bezorgde curator MR. M.R. VAN ZANTEN	45
4.	Van belangenpluraliteit naar taakverdeling. Of: wat zou de taak van de curator <i>niét</i> hoeven zijn? MR. DR. E.C. BOS	67
5.	De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’ (zoals de fiscus en het UWV) MR. DR. A.J. TEKSTRA	81
6.	De taak van de beoogd curator MR. M.C.J. JONCKERS, MR. M. BARSOUM, MR. I.C. LOK	111
7.	De curator en efficiënt afwikkelmanagement MR. J.H. STEVERINK, MR. M. AUKEMA	133
8.	Over benoeming en benoembaarheid: de nieuwe Recofa-richtlijnen MR. J.B.A. JANSEN	155

Inhoud

Internationaal perspectief op de taak van de curator

9. De internationale dimensie van het faillissement: een quick reference guide voor de curator
PROF. MR. R.D. VRIESENDORP, MR. W. VAN KESTEREN,
MR. R. ELKERBOUT-KOK, MR. T. TICHELOVEN 179
10. Tasks of an insolvency practitioner in Germany
DR. A. SPAHLINGER, DR. M. TRESSELT 211
11. The task of an insolvency practitioner in England and Wales
A.P. GOLDREIN, K.V. MORLEY, J.G. ARMSHAW 227
12. De Nederlandse curator en zijn Belgische confrater: een rechtsvergelijking van de taak van de Nederlandse en de Belgische curator
MR. J.J. VAN EE, MR. M.N. DE GROOT 247

Diverse aspecten van de taak van de curator

13. Fraudebestrijding en het openbaar verslag
MR. A.F. AMMERLAAN, MR. A.J. VAN DER DUIJN SCHOUTEN 271
14. De communicatietaak van de curator
O. HOUTSCHILD 287
15. De Peeters q.q./Gatzen-vordering als motor voor de taak van de curator als civiele fraudebestrijder
MR. W.J.B. VAN NIELEN, MR. F. ORTIZ ALDANA 303
16. Sneller en goedkoper? Mediation en de taak van de curator
MR. J. VAN MOURIK 317
17. De taak van de curator binnen de vennootschappelijke orde
MR. A.J. DUNKI JACOBS, MR. M.L. VAN DER STAALJ 339
18. Crypto-assets, de curator en de vermogensbelangen van de boedel
MR. M.J.W. VAN INGEN, MR. W.J.G. SMITS, MR. M.A.R. NANNINGS 367

Inhoud

- | | | |
|-----|--|-----|
| 19. | Staat de curator bij een volle boedel met lege handen? Over de taak van de curator bij een boedeloverschot
MR. N. HAASJES | 401 |
| 20. | De bestuurder... een weekdier?
MR. S.A.H.J. WARRINGA, MR. M.K. TIEMENSMA | 419 |
| 21. | Rights are lost by abuse; en dus een schone taak voor INSOLAD ten behoeve van curatoren en andere gelaedeerden bij milieuschade
MR. DRS. S.B. JONASSE, MR. R.C.M. VAN MOORSEL | 437 |

Woord vooraf

INSOLAD rekent het tot haar doelstelling om te streven naar een kwalitatief hoogwaardig, voorspelbaar, transparant en doelmatig herstructurerings- en insolventieproces. In dat licht houdt INSOLAD zich actief bezig met de ontwikkeling van bestaande en nieuwe wet- en regelgeving op het gebied van het insolventierecht. Een belangrijke ontwikkeling in de afgelopen periode betreft het Consultatiedocument Insolventierecht, de verschillende consultatiereacties daarop en de stakeholders-overleggen die hierover zijn gevoerd met het Ministerie van Justitie en Veiligheid.

Een van de thema's uit het Consultatiedocument Insolventierecht betreft de taak van de curator.

In haar consultatiereactie merkt INSOLAD daarover onder meer het volgende op:

“Naar geldend recht behartigt de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij hij ook op andere, met name maatschappelijke, belangen (zoals behoud van werkgelegenheid) acht mag – of bij het bestrijden van onregelmatigheden moet – slaan. Dit betreft een open norm waarvan de invulling in de praktijk ingewikkeld kan zijn. Een faillissement is per definitie een botsing van verschillende belangen en het is dan ook zaak dat duidelijkheid bestaat over de vraag wie voor welke belangen opkomt en welke rol de curator in dat spanningsveld bekleedt. De praktijk zou gebaat zijn bij concretere invulling van de hierboven genoemde open norm.”

Deze INSOLAD bundel beoogt een bijdrage te leveren aan het nader invullen van de genoemde open norm. De auteurs in deze bundel hebben allen vanuit hun eigen invalshoek, al dan niet meer opiniërend, meer onderzoekend of meer beschouwend gereageerd op de vraag wat de taak van de curator is of idealiter zou moeten zijn. De redactie is de auteurs bijzonder dankbaar voor hun bijdragen en wenst de lezers veel genoegen bij het lezen van deze bundel.

Redactie INSOLAD jaarbundel 2023

Mr. E.J. Oppedijk van Veen
Mr. drs. R.W.A. Brunninkhuis
Mr. J.E.P.A. van Hooff
Mr. A. van Loon
Mr. J.H.M. van de Wiel

De taak van de curator in algemene zin

De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief: een empirisch onderzoek naar ‘ruis’ bij belangenafwegingen in faillissementen

PROF. DR. J.A.A. ADRIAANSE, DR. N. STROHMAIER, MR. DR. J.M.W.
POOL, DR. M.J.R. BROEKEMA¹

1. Inleiding

De taak van de curator is het beheren en vereffenen van de failliete boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.² Hoe eenvoudig dat ook klinkt, de taak van de curator is steeds vaker onderwerp van discussie.³ Deze richt zich voornamelijk op de (beoogd) ‘maatschappelijke’ taak. Curatoren voeren hun werkzaamheden voornamelijk uit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, maar *mogen* naast de belangen van de schuldeisers ook rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.⁴ Het ingewikkelde zit hem in de open norm ‘rekening houden met belangen van maatschappelijke aard’.⁵ Deze is vrij

-
1. Alle auteurs zijn verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Adriaanse, Broekema en Strohmaier zijn tevens verbonden aan BFI, Amsterdam. Broekema is daarnaast Raad (plv.) in de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam. Voor volledige overzichten van (neven)werkzaamheden van auteurs wordt verwezen naar de website van de Universiteit Leiden (www.leidenuniv.nl). De auteurs bedanken Mischa van Gelderen voor zijn hulp bij de opzet van het onderzoek.
 2. Art. 68 Fw.
 3. Zie bijvoorbeeld Consultatiedocument betreffende het insolventierecht, 1 november 2021, te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie> (hierna: ‘Consultatiedocument Insolventierecht’), J.M.W. Pool, ‘Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/20; M. van Eekelen-Atema, ‘Reactie op *TvI* 2022/20 Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/27.
 4. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, r.o. 3.5, *NJ* 1996/472 (*Sigmacon II*). Zie ook HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, r.o. 3.5.2, *NJ* 1996/727 (*Maclou*), HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, r.o. 3.5, *NJ* 2004/293 (*Curatoren Mobell/Interplan*), Zie ook A. van Hees, ‘Maatschappelijk verantwoord vereffenen’, *TvI* 2015/1, Kemp, ‘Gezocht: kranige curatoren met maatschappelijk besef’, in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedskapskist van de Curator. Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 503-514.
 5. Pool, *TvI* 2022/20.

interpreteerbaar – vandaar ‘open’ – en curatoren genieten een grote mate van beleidsvrijheid bij de invulling van die norm.⁶ Daarmee is de norm tegelijkertijd vatbaar voor diverse interpretaties van curatoren en misschien zelfs willekeur.⁷ Dergelijke willekeur wordt in de sociale psychologie ‘ruis’ genoemd, ofwel een variabiliteit in oordelen die eigenlijk (nagenoeg) identiek zouden moeten zijn.⁸ Een grote mate van variabiliteit in de interpretatie en toepassing van de betreffende norm door curatoren zou er voor kunnen zorgen dat er rechtsongelijkheid ontstaat daar niet ieder soortgelijk faillissement gelijkwaardig zou worden behandeld. Voor betrokken stakeholders betekent dit aanzienlijke rechtsonzekerheid daar het moeilijk te voorspellen wordt hoe de betrokken curator in een specifiek geval de spelende belangen zal afwegen. Dit laatste is des te meer het geval nu de bronnen die ruis kunnen veroorzaken voor een niet te verwaarlozen deel *onbewust* hun effect sorteren (hierover later meer). Maar in hoeverre is ruis eigenlijk daadwerkelijk een probleem in het kader van de open norm omtrent ‘rekening mogen houden met maatschappelijke belangen’? En voor zover ruis hier daadwerkelijk optreedt, waar komt deze ruis vandaan? Waarom precies zouden curatoren maatschappelijke belangen anders wegen in eenzelfde geval?

In deze bijdrage concentreren we ons op de vraag in hoeverre curatoren in staat zijn om, in een gegeven situatie, nagenoeg gelijke invulling te geven aan de open norm ‘rekening houden met maatschappelijke belangen’. Indien dit het geval is, dan zou dit kunnen pleiten voor, of op zijn minst niet pleiten tegen, handhaving van het huidige systeem waarin curatoren mogen bepalen of en hoe zij rekening houden met maatschappelijke belangen.⁹ Indien dit *niet* het geval is, dan is er inderdaad sprake van ‘ruis’. Eenvoudig gezegd: het is dan vooral van persoonskenmerken van de curator en (arbitraire) situationele factoren afhankelijk of in een faillissementssituatie rekening wordt gehouden met maatschappelijke be-

-
6. NJ 1996/727 (Maclou); HR 16 december 2011, NJ 2012/515 (Prakke/Gips). Zie ook F.M.J. Verstijlen, ‘Een kwart eeuw curatorenaansprakelijkheid’, *TvI* 2020/20, afl. 2, p. 126-130, par. 2.
 7. J.M.W. Pool, *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* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, par. 4.4, 6.4, 7.3.5 en 8.4.2. Zie ook J.M.W. Pool, Naschrift bij de reactie op het artikel “Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator”, *TvI* 2022/20.
 8. Zie D. Kahneman, O. Sibony & C.R. Sunstein, *Noise. A Flaw in Human Judgment*, London: William Collins 2021.
 9. Zie bijvoorbeeld Van Eekelen-Atema 2022.

langen, en in welke mate.¹⁰ Een dergelijke uitkomst zou pleiten voor heroverweging van de beleidsvrijheid van curatoren.¹¹

Het artikel is als volgt opgebouwd. Eerst wordt het sociaalpsychologische begrip ‘ruis’ nader beschreven (par. 2), waarna beknopt wordt ingegaan op bestaande (empirische) inzichten over de (maatschappelijke) taakvervulling van curatoren (par. 3). Vervolgens wordt verslag gedaan van een gehouden (empirische) surveyonderzoek naar het mogelijke bestaan van ruis in de belangenafwegingen van curatoren (par. 4). De bijdrage eindigt met de (normatieve) implicaties van het onderzoek (par. 5) en enkele afsluitende overwegingen (par. 6).

2. ‘Ruis’ in de context van beslissingen van curatoren

Al enkele jaren staat het onderwerp ‘psychologie in het recht’ in de belangstelling, zowel in de wetenschap als de praktijk. Daarnaast is er groeiende aandacht voor empirisch onderzoek in het juridisch domein, in het bijzonder als het gaat om beleidsevaluatie en besluitvorming.¹² Recent besluitvormingsonderzoek laat bijvoorbeeld zien dat rechters, bankiers, waarderingsdeskundigen en insolventierecht deskundigen vatbaar zijn voor vele vormen van ‘bias’, ofwel onbewuste vooringenomenheden of denkfouten.¹³ Deze professionals staan hierbij (gelukkig) niet alleen, alle mensen zijn vatbaar voor dit soort fouten, niemand is in die zin onfeilbaar.

Een onderwerp dat nog minder bekend is maar door het werk van Kahneman, Sibony en Sunstein sinds kort in grote belangstelling staat, betreft het door hen in dit kader gemunte begrip ‘noise’, ofwel het hiervoor reeds genoemde begrip

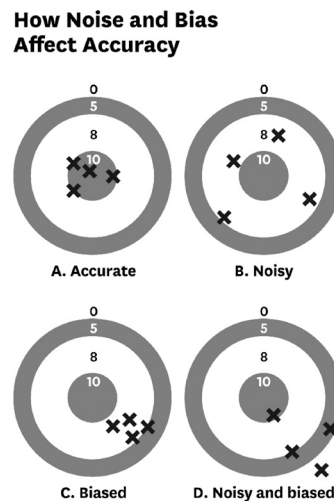
10. Aanwijzingen voor deze gang van zaken zijn te vinden in Pool 2022, par. 4.4, 6.4, 7.3.5 en 8.4.2. Zie ook Pool *Tvl* 2022/20.

11. Zie ook Pool 2022, par. 8.4.

12. Zie voor meer informatie over (de ontwikkeling van) empirisch juridisch onderzoek in Nederland onder andere www.elsacademy.nl (laatst bezocht: 19 december 2022).

13. Zie bijvoorbeeld de volgende artikelen van (een deel van de) auteurs van deze bijdrage waarin ook referenties worden gemaakt naar andere (internationale) onderzoeken: M.J.R. Broekema, N. Strohmaier, J.A.A. Adriaanse & J.I. van der Rest (2022), Are Business Valuers Biased? A Psychological Perspective on the Causes of Valuation Disputes, *Journal of Behavioral Finance* 2022, 23(1), p. 23-42, N. Strohmaier, J.A.A. Adriaanse, K. van den Bos & H. Pluut, Similarity bias in credit decisions for entrepreneurs on the brink of bankruptcy, *Journal of Applied Social Psychology* 2021, 51(7), p. 683-697 en N. Strohmaier, H. Pluut, K. van den Bos, J.A.A. Adriaanse & R.D. Vriesendorp, Hindsight bias and outcome bias in judging directors' liability and the role of free will beliefs, *Journal of Applied Social Psychology* 2021, 51(3), p. 141-158.

‘ruis’.¹⁴ Ruis betreft, als gezegd, het fenomeen van ongewenste variabiliteit in oordelen die feitelijk identiek (of in ieder geval gelijkwaardig) zouden moeten zijn; het gaat derhalve niet om bias. Laatstgenoemde betreft veeleer een systematische afwijking in een bepaalde richting terwijl bij ruis het systematische juist ontbreekt. Figuur 1, overgenomen van (de website van) Harvard Business Review¹⁵, laat het verschil goed zien, waarbij dient te worden opgemerkt dat binnen het fenomeen bias ook ruis kan optreden. Het uitgangspunt is dat bij een accurate beslissing alle besluitvormers ongeveer in het midden van een dartbord uitkomen (‘bull’s eye’). Zij nemen dan allen op basis van een casus (ongeveer) dezelfde beslissing. Als de besluiten in feite ‘alle kanten op gaan’ is sprake van ruis. Overigens speelt niet altijd de mogelijkheid van een accurate of juiste/beste beslissing (de bull’s eye). Zo ook bij de afwikkeling van een faillissement. Dit maakt het probleem van ruis echter niet minder groot. Ook wanneer er geen juist of correct antwoord mogelijk is, is een grote mate van variabiliteit onwenselijk, zeker in een juridische context waar een hoge mate van variabiliteit tot rechtsongelijkheid en/of rechtsonzekerheid leidt.



Figuur 1. Visualisatie How Noise and Bias Affect Accuracy – HBR.org.

Een goed voorbeeld van ruis betreft het diagnoseproces van artsen, waarbij wetenschappelijk onderzoek laat zien dat regelmatig verschillende (tegenstrijdige)

14. Zie Kahneman, Sibony & Sunstein 2021.

15. Zie D. Kahneman, et al., 2016, te vinden op <https://hbr.org/2016/10/noise> (laatst bezocht op 23 december 2022).

oordelen plaatsvinden bij dezelfde medische kwaal, met alle gevolgen van dien wanneer de betreffende kwaal niet wordt gediagnosticeerd. Evenzo treedt dit fenomeen op bij psychiatrische onderzoeken, waar oordeelsvorming van nature meer subjectief is. Hetzelfde geldt voor besluitvorming rondom sollicitaties of besluitvorming van rechters rondom het wel of niet opsluiten van verdachten in verband met vluchtgevaar.

Op zichzelf zijn bovenstaande voorbeelden niet opmerkelijk, iedereen kan zich wel situaties voorstellen waarin dergelijke ruis optreedt. In die zin is het ook onderdeel van mens zijn. We percipiëren, ervaren en oordelen nu eenmaal anders. Problematisch is het echter wanneer gekeken wordt naar de *mate* waarin ruis optreedt, en met name de gevolgen ervan: een verkeerde medische of psychische diagnose, dan wel de opsluiting van een verdachte op basis van willekeurige factoren. In al deze gevallen zou er eigenlijk, op basis van te verwachten homogeniteit (i.e. kwaliteit) van de professionele oordeelaars, een gelijke uitkomst moeten uitvloeien. In plaats daarvan treedt een onvermijdelijke veelvoud van opvattingen op, met diverse uitkomsten; geen behandeling wanneer het wél nodig is, of een behandeling terwijl dit niet strikt noodzakelijk is, een opsluiting vanwege vermeend vluchtgevaar of geen opsluiting terwijl vluchtgevaar wel degelijk aanwezig is.

Tientallen jaren geleden was het overigens de Amerikaanse rechter Marvin Frankel al die aandacht vroeg voor de grote verschillen in rechtelijke uitspraken, al noemde hij het toentertijd geen ‘noise’. In 1974 werd bijvoorbeeld in opdracht van Frankel onderzoek gedaan naar het oordeel van vijftig rechters over een reeks gevallen die voor iedere deelnemer identiek waren.¹⁶ “*Absence of consensus was the norm*”, zo werd in dit onderzoek geconcludeerd. Ter illustratie, de strafmaat voor een heroïnedealer liep uiteen van 1 tot 10 jaar en in een voorgelegde afpersingszaak liepen de straffen uiteen van een geldboete van \$ 65.000 tot twintig jaar gevangenisstraf. Ook andere onderzoeken laten een vergelijkbare, aanzienlijke mate van ruis in juridische oordelen zien.¹⁷

Hoe kan het dat professionele beoordelaars op basis van dezelfde feiten tot dergelijke uiteenlopende beslissingen komen? Er zijn drie verschillende oorzaken van ruis te identificeren. De eerste betreft zogeheten ‘*level noise*’, wat ziet op

16. Zie A. Partridge & W.B. Eldridge, *The Second Circuit sentencing study: A report to the judges of the Second Circuit. Federal Judicial Center*, 1974.

17. Zie bijvoorbeeld J. Bartolomeo, K. Clancy & D. Richardson, *Sentence decision making: The logic of sentence decisions and the extent and sources of sentence disparity*, Department of Justice, 1981.

relatief stabiele verschillen tussen beoordelaars. De ene persoon is nu eenmaal, gemiddeld genomen, eerder geneigd om maatschappelijke belangen te laten prevaleren dan een ander. Deze bron van ruis betreft dus verschillen *tussen* beoordelaars. De tweede bron wordt 'pattern noise' genoemd, wat ziet op bepaalde patronen *binnen* een beoordelaar. Zo kan het zijn dat een curator geneigd is om vooral behoud van werkgelegenheid zwaar mee te laten wegen, maar eventueel milieurisico's veel minder. Of dat een curator een bepaalde sympathie heeft voor een specifieke sector en zich daar eerder zal inzetten voor een doorstart dan bij een onderneming uit een andere branche. Dergelijke voorkeuren en neigingen zullen uiteraard verschillend zijn voor verschillende curatoren. Tot slot is de derde bron van ruis de zogeheten 'occasion noise', vrij vertaald als situationele ruis. Dit houdt in dat los van bepaalde relatief stabiele patronen *tussen* curatoren (level noise) en *binnen* curatoren (pattern noise), een curator door arbitraire situationele factoren in een specifiek geval anders kan oordelen dan dat hij of zij gedaan zou hebben op een ander moment. Zo heeft onderzoek naar duizend uitspraken van kinderrechters in Amerika uitgewezen dat strengere vonnissen uitgesproken werden op maandagen als in het weekend ervoor het plaatselijke American Football team had verloren, welk effect ook nog eens doorsijpelde naar de rest van de week, zij het in mindere mate.¹⁸ Een ander onderzoek dat anderhalf miljoen uitspraken bekeek gedurende drie decennia kwam tot dezelfde conclusie: verlies van de lokale football club leidde tot strengere uitspraken in de dagen erna.¹⁹ Dat de stemming van een rechter invloed heeft op een vonnis is ook in Frankrijk aangetoond. Een analyse van zes miljoen uitspraken over een tijdsspanne van twaalf jaar liet zien dat rechters aldaar milder oordeelden indien de verdachte jarig was.²⁰ Tot slot, een onderzoek naar tweehonderdzevenduizend asielaanvragen gedurende vier jaar wees uit dat een asielaanvraag minder kans van slagen had op hetere dagen.²¹

Kort en goed, ruis in professionele oordelen komt voort uit stabiele verschillen tussen beoordelaars, stabiele patronen binnen beoordelaars en tevens door arbitraire situationele factoren. In het onderhavige surveyonderzoek kijken we naar deze drie bronnen van ruis en hebben we ook onderzocht in hoeverre bijvoorbeeld slaapgebrek en 'intellectuele nederigheid' (als voorbeelden van meer

18. Zie O. Eren, & N. Mocan, Emotional judges and unlucky juveniles, *American Economic Journal: Applied Economics*, 2018, 10(3), p. 171-205.

19. Zie D.L. Chen & M. Loecher, *Mood and the Malleability of Moral Reasoning: The Impact of Irrelevant Factors on Judicial Decisions*, 2016.

20. Zie D.L. Chen & A. Philippe, Clash of norms: Judicial leniency on defendant birthdays, available at SSRN 3203624.

21. Zie Chen & M. Loecher 2016.

arbitraire factoren) mogelijke bronnen van ruis zijn, maar hierover later meer in paragraaf 4.

Nu het fenomeen van ruis nader is toegelicht en we het belang van het onderwerp voor de curatorenpraktijk over het voetlicht hebben gebracht, is het nu zaak om die praktijk nader te bekijken. Wat is er reeds bekend over verschillen in taakopvattingen onder curatoren en hoe werkt dit mogelijk door in het meewegen van maatschappelijke belangen in een faillissement? Hierbij staan wij stil in de volgende paragraaf.

3. De maatschappelijke taak van de curator: een beknopt overzicht van bestaande empirische inzichten

Het is vaste rechtspraak dat curatoren rekening mogen houden met maatschappelijke belangen, maar niet ten koste van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.²² Sommige auteurs stellen dat curatoren zelfs een verplichting hebben om rekening te houden met maatschappelijke belangen.²³ Hoe curatoren rekening moeten (of mogen) houden met maatschappelijke belangen is niet duidelijk, maar hangt af van de omstandigheden van het geval. Curatoren genieten daarbij een grote mate van beleidsvrijheid en mogen zelf de afweging maken of en wanneer zij bij de afwikkeling van faillissementen rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.²⁴

Het is de vraag of, en zo ja hoe curatoren in de praktijk rekening houden met maatschappelijke belangen. Een empirische interviewstudie door Van Eekelen-Atema wijst uit dat vrijwel alle curatoren bereid zijn maatschappelijke belangen mee te wegen.²⁵ Een recente empirische *mixed methods* studie door Pool laat vergelijkbare resultaten zien.²⁶ Haar interviewstudie laat bovendien zien dat er verschillend wordt gedacht over het meewegen van maatschappelijke belangen bij de afwikkeling van faillissementen. De ene curator is daartoe meer bereid dan de andere. De resultaten van haar surveystudie laten zien dat ruim 66%

22. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, r.o. 3.5, *NJ* 1996/472 (*Sigmacon II*). Zie ook de INSOLAD Praktijkregels.

23. Zie bijvoorbeeld Van Eekelen-Atema 2022. en Van Hees 2015.

24. HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727 (Maclou) en HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515 (Prakke/Gips). Zie ook Verstijlen 2020, p. 126-130, par. 2.

25. M. van Eekelen-Atema, 'De faillissementscurator en maatschappelijke belangen', in: Enneking e.a. (red), *Publiek privaatrecht. Over publieke doelen en belangen in privaatrechtelijke verhoudingen*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, par. 2.4.

26. Pool 2022.

Prof. dr. J.A.A. Adriaanse, dr. N. Strohmaier, mr. dr. J.M.W. Pool, dr. M.J.R. Broekema

van de curatoren het eens is met de stelling dat de curator maatschappelijke belangen dient, slechts 6% was het met deze stelling oneens.

Of maatschappelijke belangen een rol spelen in de afwikkeling van faillissementen is volgens curatoren afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Uit het onderzoek van Van Eekelen-Atema blijkt dat de rol van maatschappelijke belangen bij de afwikkeling van faillissementen in die zin afhangt van “de grootte, de aard en de arbeidsintensiviteit van de activiteiten van de gefailleerde onderneming.” Bovendien blijkt uit haar resultaten dat curatoren het werknemersbelang als “meest voor de hand liggende en meest relevante maatschappelijk belang” zien. Andere door curatoren genoemde maatschappelijke belangen zijn bijvoorbeeld het milieubelang, het belang van continuering van gezondheidszorg en het tegengaan van kapitaalvernietiging. Ook het onderzoek van Pool laat zien dat het behoud van werkgelegenheid voor curatoren het belangrijkste maatschappelijke belang is, gevolgd door fraudebestrijding en milieubelangen.

Het lijkt erop dat vrijwel alle curatoren bereid zijn rekening te houden met maatschappelijke belangen bij de afwikkeling van faillissementen, zij het dat met het ene belang misschien meer rekening wordt gehouden dan met het andere. Over de vraag of maatschappelijke belangen bij een eventuele strijdigheid met de belangen van de schuldeisers, die laatstgenoemde belangen ook opzij mogen zetten, bestaat echter geen consensus. Zowel het onderzoek van Van Eekelen-Atema als het onderzoek van Pool laten zien dat het in grote mate afhankelijk is van de curator die het faillissement afwikkelt of maatschappelijke belangen kunnen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Uit de surveystudie van Pool blijkt dat grote verdeeldheid bestaat over de vraag of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers altijd boven maatschappelijke belangen gaan: 35% is het met deze stelling eens, terwijl 40% het met de stelling oneens is.

Onderzoek van Pool wijst verder uit dat de variatie in opvattingen ten aanzien van bijvoorbeeld het wel of niet laten prevaleren van maatschappelijke belangen waarschijnlijk te maken heeft met i) de financiële toestand van de boedel, ii) de persoonlijke opvattingen en ervaringen van de curator en iii) de mening van de toezichthoudende rechtbank en haar insolventierechters.²⁷ Meer specifiek blijkt uit haar onderzoek dat curatoren bij het nemen van beslissingen ook meer subjectieve factoren in hun beoordeling betrekken, zoals hun eerste indruk van een bestuurder en persoonlijke zienswijzen.²⁸

27. Pool 2022, par. 7.3.

28. Pool 2022, par. 4.4.2 en 8.4.

Kortom, op basis van bestaand onderzoek lijkt al grote verdeeldheid te bestaan onder curatoren over de vraag hoe zij rekening moeten houden met maatschappelijke belangen bij de afwikkeling van faillissementen. De vraag is echter of de verschillende meningen en opvattingen van curatoren in concrete situaties tot verschillende afhandelingen van (soortgelijke) faillissementen leiden.²⁹ Is het mogelijk dat er wel een grote variatie zit in opvattingen in algemene zin, maar dat in een concreet geval de belangafwegingen van curatoren juist vrij dicht bij elkaar liggen? Eerder onderzoek naar de zogeheten *abstract/concrete paradox* in juridische besluitvorming suggereert dat er inderdaad een dergelijke discrepantie kan zitten tussen wat juristen rapporteren in algemene zin (i.e. in abstractie) en hoe zij oordelen in een concreet geval.³⁰ Teneinde de daadwerkelijke belangenafweging door curatoren in een concreet geval te onderzoeken hebben wij dan ook in het surveyonderzoek een concrete casus voorgelegd aan een grote groep curatoren. De volgende paragraaf doet hier verslag van.

4. Surveyonderzoek

Om te onderzoeken wat de mate van ruis is onder curatoren in het wegen van maatschappelijke belangen bij het afhandelen van een faillissement, en wat mogelijke bronnen zijn van ruis, hebben wij onder alle INSOLAD leden en fellows een survey uitgezet (*response rate* 27%).³¹ Aan de deelnemers is een casus voorgelegd en gevraagd zich te verplaatsen in de schoenen van de betreffende curator die belast was met het afwickelen van het faillissement zoals beschreven in de casus. We zullen deze casus eerst uiteenzetten, om vervolgens dieper in te gaan op de specifieke onderzoeksvraag en vragen die aan de deelnemers zijn voorgelegd.

29. Daar heeft het op basis van bestaand onderzoek wel alle schijn van. Zie hiervoor Pool 2022, par. 7.3 en 8.4.

30. Zie N. Struchiner, G.D.F. De Almeida & I.R. Hannikainen, Legal decision-making and the abstract/concrete paradox. *Cognition*, 2020, 205, 104421.

31. INSOLAD heeft in totaal 739 geregistreerde leden (incl. fellows), met 200 ingevulde en bruikbare surveys bedroeg de *response rate* afgerond 27%. Onderzoekers zijn zich er van bewust dat niet alle leden en fellows actief zijn (geweest) als curator, desondanks wordt in deze bijdrage gesproken over curatoren, mede omdat in het experimentele deel de rol moest worden aangenomen van curator. Onderzoekers zijn het bestuur en de redactiecommissie van INSOLAD, evenals alle deelnemers zeer erkentelijk voor hun vrijwillige bijdragen aan het onderzoek. De jongste deelnemer was 32, de oudste 72, de gemiddelde leeftijd was 49.8 jaar en de standaard deviatie (de gemiddelde afwijking van het gemiddelde) was 9.9 jaar. 81% was man, 17.5% was vrouw en 1.5% (drie deelnemers) gaf aan deze vraag liever niet te beantwoorden. 78% van de deelnemers gaf aan te werken als curator. Het gemiddeld aantal jaar ervaring als curator was 22.1 met een standaarddeviatie van 22.6.

4.1. *Casus en surveyvragen*

Alle deelnemers aan het onderzoek hebben een casus voorgelegd gekregen betreffende een onderneming in staat van faillissement, waarbij de kernvraag was of de deelnemer, die gevraagd werd zich te verplaatsen in de schoenen van de curator, geneigd zou zijn om in dit specifieke geval aan te sturen op een doorstart of liquidatie. We hebben ervoor gekozen om in de casus te focussen op het belang van werknemers als voorbeeld van een maatschappelijk belang, omdat de belangen van werknemers als een van de eerste maatschappelijke belangen voet aan de grond kreeg in de afwikkeling van faillissementen en ook in recente wetgevingsactiviteiten als belangrijk maatschappelijk belang wordt beschouwd.³² Bovendien wordt een dergelijke casus vaak als voorbeeld gebruikt om de strijdigheid tussen maatschappelijke belangen en de belangen van de schuldeisers te illustreren.³³

De casus betrof een familiebedrijf met 50 vaste medewerkers dat in zwaar weer was beland door een combinatie van factoren (e.g., COVID-19, veranderende markt en regelgeving daarvan, onvoorziene gebeurtenissen zoals een brand, et cetera).

Na faillietverklaring wordt door de familie zelf een doorstartplan bij de curator neergelegd, dat door een onafhankelijk bureau is beoordeeld als kansrijk. Er hebben zich geen andere kandidaten voor een doorstart gemeld. Het doorstartplan omvat de belofte om alle werknemers in dienst te houden. De keerzijde van de doorstart is dat de familie door het in dienst nemen van alle werknemers een bod neerlegt waarbij na afwikkeling van het faillissement de faillissementsschuldeisers slechts 25% van hun vorderingen betaald zien. Het alternatief van liquidatie zorgt voor een betaling van 40% van de vorderingen van de faillissementsschuldeisers, waarbij deelnemers ervan uit mochten gaan dat in deze versimpelde situatie bij een doorstart geen besparing van de boedelkosten ontstond.

32. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996/472, r.o. 3.5 (Sigmacon II). Zie ook de vele wetgevingsactiviteiten gericht op continuïteit van de onderneming, waarbij het belang van behoud van werkgelegenheid is gediend, zoals de WHOA, de WCO I en de WOVOF.

33. Zie Van Eekelen-Atema 2021, p. 305, Pool *TvI* 2022/20, par. 3.1, R.D. Vriesendorp, 'De taak van de curator', *TvI* 1995/5, p. 117 e.v. en S.H. de Ranitz, 'Crediteurenbelangen versus "andere belangen." De taak van de curator nader bezien. In: S.C.J.J. Kortmann (e.a.), *De curator een octopus*, Deventer: Tjeenk Willink 1996, p. 189-190.

We hebben ervoor gekozen om in de casus het verschil tussen de uitkeringspercentages van de doorstart en de liquidatie groot te maken. De curator staat daarmee voor de volgende keuze: i) meewerken aan een doorstart met als voordeel dat de onderneming blijft voortbestaan, maar met als nadeel dat de faillissementsschuldeisers 25% in plaats van 40% van hun vorderingen betaald zien, of ii) tot liquidatie overgaan met als voordeel dat schuldeisers 40% in plaats van 25% van vorderingen betaald krijgen en als nadeel dat het bedrijf stopt en werknemers hun baan verliezen, leveranciers hun klant, en de familie haar levensonderhoud.

Wat de deelnemers aan het onderzoek niet wisten is dat er twee varianten van deze casus waren, hetgeen in de sociale psychologie gebruikelijk is bij ‘experimenteel onderzoek’. De helft van de deelnemers kreeg een casus te lezen waarin het betreffende (hypothetische) bedrijf werd afgeschilderd als een ‘sympathiek bedrijf’ (recreatiepark “De Groene Wijk”) dat was opgericht door de familie van Wijk die een goede reputatie genoot. De familie streefde ernaar wat terug te doen voor de maatschappij door met het vakantiepark mensen met een wat kleinere beurs de mogelijkheid te bieden toch op vakantie te gaan. In deze variant waren de schuldeisers ogenschijnlijk kapitaalkrchtig (e.g., een schoonmaakbedrijf met een omzet van € 2 miljard). Het doel van deze variant van de casus was om *sympathie* op te wekken voor het bedrijf, de familie en de werknemers.

In de alternatieve versie van de casus werd het betreffende bedrijf juist afgeschilderd als een ‘onsympathiek bedrijf’ (lijmfabrikant “VLACO”) dat was opgericht door de notoire familie Vlasbom waarvan met name de jongste telgen zich graag lieten gelden in de plaatselijke horeca en op ‘feesteiland Ibiza’. In deze variant waren de schuldeisers kwetsbaar en deze hadden dan ook flink geleden door het faillissement van VLACO. Deze variant diende juist om een *antipathie* voor het bedrijf en de familie op te wekken.

Het aantal medewerkers dat hun baan zou verliezen, de opgelopen schuld, beschikbare kandidaten voor een doorstart, de *haircut* voor de schuldeisers, et cetera, waren in beide varianten identiek.

Aan het einde van de casus werd de deelnemers gevraagd om op een 7-punts schaal (middels een schuifknop) aan te geven in hoeverre zij neigden naar een doorstart dan wel liquidatie (1: Zeer zeker doorstart – 7: Zeer zeker liquidatie). Ook werd respondenten gevraagd hun antwoord toe te lichten door inzicht te geven in hun belangenafweging en uit te leggen hoe ze tot een keuze zijn gekomen.

4.2. Doel van het onderzoek

Doel van het onderzoek was allereerst om inzicht te krijgen in de *mate* van ruis in oordelen van curatoren, door te onderzoeken in hoeverre deelnemers tot overwegend gelijke oordelen komen. Een onderliggend doel, en daarmee de reden om twee varianten van een anderszins identieke casus te gebruiken, was om te bekijken of er een relatie bestaat tussen de perceptie van een onderneming en de mate waarin een maatschappelijk belang als het behoud van werkgelegenheid wordt meegewogen. Met andere woorden, mede gezien eerder onderzoek naar het handelen van curatoren, verwachtten wij dat curatoren eerder geneigd zijn om mee te werken aan een doorstart om zodoende werkgelegenheid te behouden als zij, bewust of onbewust, een positief beeld hebben van het bedrijf, dan wanneer zij juist een negatief oordeel over het betreffende bedrijf hebben. Naast het gebruiken van twee verschillende varianten van de casus hebben we om die reden ook gemeten welke indruk de respondenten hadden van de onderneming, middels een 7-punts schaal (1: Helemaal niet sympathiek – 7: Zeer sympathiek).

Een tweede doel van het onderzoek was om inzicht te krijgen in *bronnen* van mogelijke ruis in oordelen van curatoren. Ook om die reden hebben we de deelnemers via een open vraag gevraagd inzicht te geven in hun belangenafweging.

Naast de vraag of er een relatie is tussen het oordeel over een onderneming (positief of negatief) en het laten prevaleren van maatschappelijke belangen is in dit onderzoek nog een aantal andere factoren onderzocht die mogelijk invloed kunnen hebben op de belangenafweging van curatoren. Deze factoren trachten te onderzoeken of ook in deze context een mogelijke invloed uitgaat van meer arbitraire factoren. Zo is in de survey tevens gevraagd naar de leeftijd van de deelnemers, evenals hun nachtrust, en zijn enkele vragen gesteld die tezamen de mate van ‘intellectuele nederigheid’ meten.³⁴ In eerder onderzoek bleek een verband te bestaan tussen de hoeveelheid slaap die rechters hebben gehad en de strafmaat die zij oplegden. Bij slaapgebrek zouden zij zwaarder straffen.³⁵ Ook is in de psychologie in toenemende mate aandacht voor het fenomeen van *intellectual humility* en is dit gekoppeld aan uitkomsten

34. De (volledige) vragenlijst ten aanzien van slaap en intellectuele nederigheid is als meetinstrument ontwikkeld door M. Haggard, W.C. Rowatt, J.C. Leman, B. Meagher, C. Moore, T. Fergus & D. Howard-Snyder, Finding middle ground between intellectual arrogance and intellectual servility: Development and assessment of the limitations-owning intellectual humility scale. *Personality and Individual Differences*, 2018, 124, p. 184-193.

35. Zie K. Cho, C.M. Barnes & C.L. Guanara, Sleepy punishers are harsh punishers: Daylight saving time and legal sentences. *Psychological science*, 2016.

zoals verminderde politieke ‘*myside bias*’³⁶, een hogere mate van pro sociaal gedrag, minder dogmatisme, et cetera.³⁷ Zonder concrete verwachtingen te hebben ten aanzien van hoe eerder onderzoek naar slaap(gebrek) en intellectuele nederigheid zich zou vertalen naar de belangenafwegingen van curatoren leek het ons desondanks interessant om dergelijke variabelen mee te nemen voor exploratieve doeleinden. Vraag was bijvoorbeeld of een mate van slaapgebrek curatoren mogelijk strenger maakt, of juist ‘*softer*’, ten aanzien van de maatschappelijke afweging. Hetzelfde geldt voor intellectuele bescheidenheid; zou een intellectueel bescheiden curator mogelijk meer geneigd zijn om een maatschappelijk belang mee te wegen, of vice versa?

4.3 Resultaten

4.3.1. Mate van ruis in de belangenafweging van curatoren

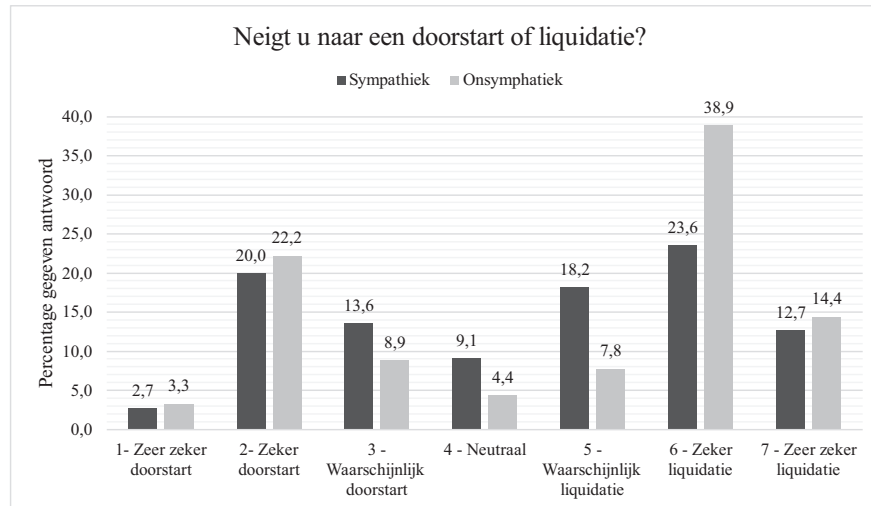
In onderstaande figuur 1 zijn de resultaten weergegeven van de keuze van de deelnemers voor een doorstart of een liquidatie. Opvallend is dat (bij beide casussen) geen eenduidig antwoord wordt gegeven, maar er gemiddeld genomen wel een lichte neiging is naar liquidatie. Het middelpunt van de 7-punts schaal die liep van zeer zeker doorstart tot zeer zeker liquidatie betrof optie ‘4’ en vertegenwoordigde hiermee de keuze voor ‘neutraal’. Scores boven dit middelpunt duiden op een neiging naar liquidatie en scores beneden dit middelpunt op een neiging naar een doorstart.

De resultaten van de survey laten zien dat deelnemers van zowel de sympathieke als de onsympathieke casus de voorkeur geven aan een liquidatie. 54.5% van de deelnemers die de sympathieke casus te zien kregen scores boven de 4 (en neigen dus naar liquidatie) en voor de deelnemers die de onsympathieke casus te zien kregen is dit percentage 61.1%, hetgeen betekent dat de deelnemers aan de onsympathieke casus iets meer neigen naar liquidatie dan de deelnemers aan de sympathieke casus. Het verschil in de gemiddelde score voor beide varianten was echter niet significant.³⁸

36. Zie S.M. Bowes, T.H. Costello, C. Lee, S. McElroy-Heltzel, D.E. Davis & S.O. Lilienfeld, Stepping outside the echo chamber: Is intellectual humility associated with less political *myside bias*?, *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2022, 48(1), p. 150-164.

37. Voor een goed overzichtsartikel over de voorspellers en consequenties van intellectuele nederigheid, zie T. Porter, A. Elnakouri, E.A. Meyers, T. Shibayama, E. Jayawickreme & I. Grossmann, Predictors and consequences of intellectual humility, *Nature Reviews Psychology*, 2022, 1(9), p. 524-536.

38. De gemiddelde score in de sympathieke variant betrof 4.42 en in de onsympathieke variant 4.66. Dit verschil was statistisch niet significant, $t = -.88$, $p = .17$.

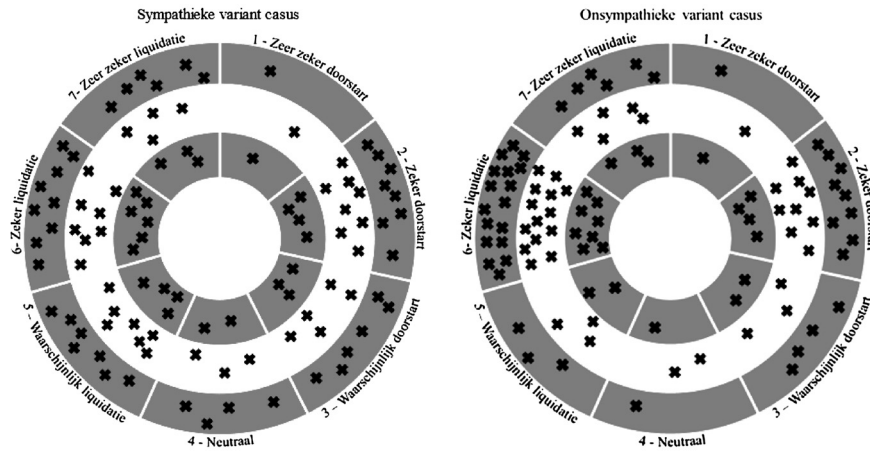


Figuur 2. Respondenten scoorden hun belangafweging op een 7-puntsschaal, van zeer zeker een doorstart (1) tot zeer zeker liquidatie (7). In deze figuur is voor alle zeven antwoordmogelijkheden het percentage respondenten aangegeven dat de respectievelijke optie heeft gekozen, opgesplitst naar de variant van de casus (sympathiek bedrijf en onsympathiek bedrijf).

De belangrijkste observatie uit Figuur 1 is de mate van *spreiding* in de antwoorden, ongeacht de variant van de casus, waardoor we *geconstateerde ruis* duidelijk gevisualiseerd zien. Alle respondenten in beide varianten van de casus hadden dezelfde informatie tot hun beschikking, maar komen toch tot wezenlijk andere beoordelingen, variërend van ‘zeer zeker doorstart’ tot ‘zeer zeker liquidatie’.

Ter illustratie, in Figuur 3 zijn de resultaten van ons onderzoek naar analogie met het onderzoek van Kahneman c.s. tevens als conceptuele visualisatie in de vorm van “dartborden” weergegeven. Dit geeft nog duidelijker de gevonden ruis weer, in beide casusvarianten. Interessant is daarbij te zien dat de ‘onsympathieke’ variant van de casus een duidelijke polariserende werking heeft.

De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief



Figuur 3. Ruis dartborden 'sympathieke' en 'onsympathieke' casusvariant.

4.3.2. Bronnen van ruis in de belangenafweging van curatoren

Om inzicht te krijgen in mogelijke bronnen van ruis in de afweging van curatoren om rekening te houden met maatschappelijke belangen, hebben we de deelnemers als gezegd via een open vraag gevraagd toelichting te geven op hun belangenafweging. Het leeuwendeel van de deelnemers (92%) heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

De antwoorden op de open vraag zijn in de analyse gecategoriseerd door elk antwoord het label "boedelbelang prevaleert" of het label "maatschappelijk belang prevaleert" te geven. Vervolgens hebben we in de antwoorden gezocht naar redenen waarom volgens de deelnemers het boedelbelang ofwel het maatschappelijk belang prevaleert.

Boedelbelang prevaleert

De resultaten van deze analyse laten zien dat het grootste deel van de respondenten van mening is dat het boedelbelang dient te prevaleren. Het belangrijkste argument daarvoor is volgens de deelnemers dat de curator zijn taak uitoefent in het belang van de (gezamenlijke) schuldeisers. Eén respondent verwoordde het kort en bondig:

Prof. dr. J.A.A. Adriaanse, dr. N. Strohmaier, mr. dr. J.M.W. Pool, dr. M.J.R. Broekema

*“De curator is er voor de crediteuren. Punt uit.”*³⁹

Hoewel de curator rekening *mag* houden met maatschappelijke belangen, is niet iedere deelnemer van mening dat dat ook een verplichting is.

“Als curator dien ik primair de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Ik kan – op grond van Sigmacon II en enkele andere arresten – als curator mede rekening houden met maatschappelijke belangen, maar daar waar dit er toe zouden leiden dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daaronder lijden, is er m.i. geen plaats voor een belangenafweging.”

Bovenstaande quote laat zien dat sommige curatoren alleen rekening houden met maatschappelijke belangen wanneer dat (ook) in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Sommige (andere) curatoren zijn echter van mening dat maatschappelijke belangen in sommige situaties wel kunnen prevaleren boven de belangen van de (gezamenlijke) schuldeisers. Onderstaande quote is ook interessant in dit kader:

“De crediteuren ontvangen bij liquidatie een zodanig hoger percentage dat dit de doorslag geeft. Ook in het licht van de jurisprudentie mag je als curator maatschappelijke belangen meewegen maar in deze situatie kunnen mijns inziens de belangen van maatschappelijke aard niet opwegen tegen het verschil in percentage aan de crediteuren.”

Deze curatoren menen dat het behartigen van het maatschappelijk belang niet significant ten koste mag gaan van de belangen van de (gezamenlijke) schuldeisers. Interessant is de vraag wanneer het behartigen van het maatschappelijk belang *significant* ten koste gaat van de belangen van de schuldeisers, en waar dus voor curatoren de grens ligt. In deze casus was het verschil tussen beide scenario's 15%. Veel deelnemers die ervoor kozen het boedelbelang te laten prevaleren vonden dat verschil te groot.

“De belangen van de gezamenlijke schuldeisers staan voorop. Zij zijn het beste af bij een liquidatie-scenario. Het verschil, 15%, is te groot om te compenseren met het oog op maatschappelijke belangen.”

De deelnemers die kozen om het boedelbelang te laten prevaleren gaven ook vaak als reden dat de arbeidsmarkt gunstig was.

39. Onderzoekers hebben quotes van deelnemers ten behoeve van leesbaarheid soms licht gecorrigeerd voor spel- en stijlfouten.

De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief

“Het belang van werknemers is weliswaar een belang, maar minder belangrijk dan het belang van de crediteuren, zeker wanneer het verschil voor de crediteuren – zoals hier – aanzienlijk is. Ik vind hierbij ook meespelen dat de arbeidsmarkt op dit moment goed is, zodat niet te verwachten is dat (het gros van) het personeel daadwerkelijk (langer) werkloos zal zijn.”

Maatschappelijk belang prevaleert

Een kleiner deel van de deelnemers was van mening dat het maatschappelijk belang in de casus prevaleerde. Het belangrijkste argument hiervoor was het belang van de continuïteit van de onderneming en daarmee het behoud van werkgelegenheid. Ook de gedachte dat leveranciers in de toekomst weer zaken kunnen doen met de onderneming werd veelvuldig genoemd.

“De curator mag naast financiële overwegingen ook maatschappelijke belangen meewegen. Het belang van de werkgelegenheid speelt hier zeker een rol nu het blijkens de casus gaat om veelal oudere werknemers. Voor de crediteuren hoeft een lager percentage overigens niet persé negatief te zijn omdat bij een doorstart ook in de toekomst weer geld kan worden verdiend.”

“Het onnut van liquidatie. Er is in liquidatie niets te ‘halen’ voor de curator d.m.v. persoonlijke aansprakelijkheden of andere onderzoeken naar onregelmatigheden. Crediteuren die nu met slechts 25% genoeg moeten nemen, kunnen bij doorstart vanuit faillissement opnieuw zaken doen. In dit licht mogen de betrokken maatschappelijke belangen (continuering en werkgelegenheid) m.i. voor de curator de doorslag geven.”

Bovenstaande quote laat tevens zien dat het voor deelnemers belangrijk was dat er geen aanwijzingen waren voor eventuele onregelmatigheden, omdat dat een belemmering zou vormen voor een doorstart.

Opvallend is dat de deelnemers die het maatschappelijk belang lieten prevaleren ook van mening waren dat het verschil in uitkering aan de faillissementsschuldeisers gering was.

“Het verschil in uitkering voor de crediteuren is niet spectaculair. De curator moet met meer belangen rekening houden dan dat van de crediteuren. Onder deze belangen is het belang van de werkgelegenheid een zwaarwegend maatschappelijk belang, dat in dit geval zwaarder dient te wegen.”

Interessant genoeg lijkt de mogelijke invloed van de gepercipieerde indruk van het bedrijf vooral onbewust te verlopen. Slechts een handjevol deelnemers

Prof. dr. J.A.A. Adriaanse, dr. N. Strohmaier, mr. dr. J.M.W. Pool, dr. M.J.R. Broekema

benoemde de indruk die zij hadden van de onderneming in hun belangenafweging en daarvan gaf één aan dat dit geen invloed zou mogen hebben.

“[...] Uiteraard is dit een sympathieke onderneming maar een curator moet geen (persoonlijke) politiek gaan voeren. Daarmee maakt zij of hij het faillissement persoonlijk en dat leidt vaak tot ongenoegen bij diverse stakeholders over curatoren in het algemeen. Een faillissementsproces moet zo voorspelbaar en transparant mogelijk zijn.”

“[...] Ondanks dat je als mens de neiging hebt om hier te kiezen voor een doorstart meen ik dat je als curator toch de belangen van de schuldeisers in deze situatie voor moet laten gaan.”

Als een tussentijdse conclusie kan gesteld worden dat er een aanzienlijke mate van ruis zit in de belangenafwegingen van de deelnemers en dat dit (mede) veroorzaakt wordt door uiteenlopende opvattingen ten aanzien van de gepresenteerde feiten in de casus. Zoals eerder genoemd zijn in dit onderzoek ook meer arbitraire factoren gemeten die idealiter geen invloed hebben op het oordeel van curatoren, zoals de perceptie van de onderneming, leeftijd van de curator, nachtrust en intellectuele nederigheid. We behandelen hierna de resultanten ten aanzien van deze factoren.

4.3.3. De rol van de gepercipieerde indruk van de onderneming en andere factoren bij de belangenafweging van curatoren

Bij aanvang van het onderzoek waren we als gezegd ook geïnteresseerd in de vraag in hoeverre de indruk die curatoren hebben van een bedrijf meespeelt in hun belangenafweging. Om die reden hebben we de deelnemers gevraagd in hoeverre zij het bedrijf zoals geschetst in de casus sympathiek vonden, hebben we gemeten hoe de (recente) nachtrust van de respondenten is geweest, hun leeftijd, alsook de mate van ‘intellectuele nederigheid’. In onderstaande tabel zijn de correlaties te zien waaruit kan worden opgemaakt in hoeverre deze factoren samenhangen met de voorkeur voor een doorstart of liquidatie.

Tabel 1. Correlatietabel met de gemeten factoren voor de gehele groep participanten (dus niet opgesplitst naar variant van de casus). Significante correlaties zijn aangegeven met * ($p < .05$).

	Doorstart vs. Liquidatie	Sympathie voor het bedrijf	Leeftijd	Slaap kwaliteit	Slaap kwantiteit	Intellectuele nederigheid
Doorstart vs. Liquidatie	-	-.11	-.17*	.04	.11	.04
Sympathie voor het bedrijf		-	-.11	-.03	-.04	.03
Leeftijd			-	.18*	-.02	-.05
Slaap kwaliteit				-	.28*	.03
Slaap kwantiteit					-	.07
Intellectuele nederigheid						-

In bovenstaande tabel is te zien dat de leeftijd van de respondent significant samenhangt met de uiteindelijke belangenafweging. Dit betekent concreet dat naarmate de respondent een hogere leeftijd had, deze persoon eerder geneigd was om voor een doorstart te gaan. Verder zien we, voor wat het waard is, dat leeftijd positief samenhangt met slaapkwaliteit. Met andere woorden, naarmate men ouder wordt heeft men, in ieder geval gevoelsmatig, een betere nachtrust. Wellicht dat dit een geruststellende boodschap kan zijn voor de ietwat vermoeide jongere curatoren.⁴⁰ Behalve een te verwachte samenhang tussen de hoeveelheid slaap en gepercipieerde slaapkwaliteit zien we verder geen significante correlaties. Splitsen we de correlatietabel echter op naar de variant van de casus die de respondenten te zien heeft gekregen, dan zien we wel nog enkele opvallende zaken.

40. Overigens kan het ook zo zijn dat er in de loop der jaren een verandering plaatsvindt in wat men percipieert als een goede nachtrust en men al wat eerder tevreden is. Qua hoeveelheid slaap zien we dat de kortste slaper slechts drie uur en twintig minuten geslapen heeft, en de langste slaper negen en een half uur. De gemiddelde hoeveelheid nachtrust was 7 uur en 26 minuten, met een standaarddeviatie van 55 minuten.

Tabel 2. Correlatietabel met de gemeten factoren opgesplitst naar variant van de casus (S = sympathiek, O = onsympathiek). Significante correlaties zijn aangegeven met * ($p < .05$).

	Doorstart vs. Liquidatie		Sympathie voor het bedrijf		Leeftijd		Slaap kwaliteit		Slaap kwantiteit		Intellectuele nederigheid	
	S	O	S	O	S	O	S	O	S	O	S	O
	Doorstart vs. Liquidatie	-	-	-.19*	.05	-.13	-.22*	.02	.07	.05	.16	-.02
Sympathie voor het bedrijf			-	-	-.16	-.09	-.07	-.08	.08	.01	-.05	.01
Leeftijd					-	-	.21*	.15	-.00	-.05	-.02	-.07
Slaap kwaliteit							-	-	.40*	.16	.01	.03
Slaap kwantiteit									-	-	-.03	.20
Intellectuele nederigheid											-	-

Wat in bovenstaande correlatietabel opvalt is dat er voor de sympathieke variant van de casus een significante correlatie bestaat tussen de perceptie van het bedrijf (sympathiek of niet) en de belangenafweging. Met andere woorden, hoe sympathieker men het bedrijf vindt, hoe eerder men geneigd is te werken aan een doorstart. Er lijkt hier dus een verband te zijn tussen het morele oordeel over het bedrijf en de mate waarin maatschappelijke belangen prevaleren. Daarnaast zien we dat de samenhang tussen leeftijd en de belangenafweging alleen significant is voor de onsympathieke variant van de casus. Slaap en intellectuele nederigheid bleken in dit onderzoek niet samen te hangen met de belangenafweging. Dit laatste is interessant in het licht van eerdere onderzoeken, zoals voornoemd, waarin bijvoorbeeld rechters juist wél vatbaar bleken voor de invloed van slaapgebrek op hun oordelen in een gegeven context.

4.3.4. Concluderend

Concluderend kunnen we stellen dat in het huidige onderzoek een grote mate van ruis zit in de belangenafwegingen van de deelnemers, en dat dit (mede) wordt veroorzaakt door uiteenlopende opvattingen over de vraag in hoeverre rekening gehouden moet worden met maatschappelijke belangen. Bovendien blijkt dat subjectieve oordelen over (de indruk van) het bedrijf invloed hebben

op de keuze voor het boedelbelang of het maatschappelijk belang, terwijl de deelnemers niet expliciet aangaven dat mee te nemen in hun belangenafweging.

Opvallend is verder dat deelnemers de keuze voor het boedelbelang of het maatschappelijk belang baseren op uiteenlopende argumenten. Het meest in het oog springende voorbeeld daarvan is de kwalificatie van het verschil in uitkering aan de faillissementsschuldeisers. Deelnemers die het maatschappelijk belang lieten prevaleren vonden het verschil van 15% klein, terwijl deelnemers die het boedelbelang lieten prevaleren het verschil in uitkering van 15% juist groot vonden.

5. Implicaties, aanbevelingen en beperkingen

5.1. *Implicaties van het onderzoek*

Het vertrekpunt van dit onderzoek was de open norm op basis waarvan curatoren bij de afwikkeling van faillissementen ‘rekening mogen houden met maatschappelijke belangen.’ De gedachte achter deze open norm is dat het voor de hand ligt dat een curator, gezien het casuïstische karakter van faillissementen, de aangewezen persoon is om te bepalen hoe in een specifiek faillissement rekening gehouden moet worden met maatschappelijke belangen.⁴¹ Daarachter schuilt weer de aanname dat curatoren, als professionele beroepsgroep, tot ongeveer gelijke oordelen kunnen komen. Als dat immers niet zo zou zijn dan ontstaat (bij voorbaat) rechtsonzekerheid en/of rechtsongelijkheid voor zowel crediteuren als andere stakeholders in faillissementen.⁴²

Dit onderzoek heeft laten zien dat curatoren niet (altijd) in staat zijn om gelijksoortige belangenafwegingen te maken als gevolg van ruis. Ruis maakt het faillissementsproces in die zin minder voorspelbaar en ook minder transparant. Dit laatste omdat factoren die de grote mate van subjectiviteit en variëteit veroorzaken veelal onbewust plaatsvinden en derhalve moeilijk te identificeren zijn. De factoren die in dit onderzoek zijn meegenomen zijn overigens slechts een kleine greep uit de vele factoren die mogelijk een rol kunnen spelen.

Nu op basis van dit onderzoek de (negatieve) invloed van ruis is aangetoond met betrekking tot de belangenafweging van curatoren dient, althans zo concluderen wij, de vraag te worden gesteld of de praktijk überhaupt gebaat is bij de open norm ‘rekening houden met maatschappelijke belangen.’⁴³ Het risico bestaat immers dat deze open invulling van de norm leidt tot willekeur, hetgeen

41. Zie bijvoorbeeld Van Eekelen-Atema 2022, par. 3.5.

42. Pool *TvI* 2022/20.

43. Zie ook Pool *TvI* 2022/20.

als gezegd rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid in de hand werkt. In die zin kan het vasthouden aan of juist zelfs versterken van het primaat van de schuldeisers voor vermindering van ruis zorgen. Wij denken echter dat die route niet realistisch is (en wellicht ook niet wenselijk) mede omdat de roep om binnen het recht rekening te houden met maatschappelijke belangen steeds luider wordt, ook in het licht van ontwikkelingen op het gebied van ‘milieu, maatschappij en governance’ (ook wel ESG genoemd).⁴⁴ Een alternatieve route is om nader te specificeren met welke maatschappelijke belangen onder welke omstandigheden rekening moet worden gehouden, zodat het antwoord op die vragen minder afhankelijk wordt van de curator die toevallig het faillissement afwikkelt.⁴⁵

Ook voor andere taken van curatoren is het de vraag in hoeverre open normen wenselijk zijn. Zo worden curatoren bijvoorbeeld wettelijk verplicht om onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt.⁴⁶ Hoe curatoren onderzoek doen naar eventuele onregelmatigheden en wanneer zij optreden tegen die onregelmatigheden is niet vastgelegd. Ook bij de invulling van deze norm is het derhalve aannemelijk dat ruis optreedt.⁴⁷ De beslissing om wel of niet onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden (of de wijze waarop dat gebeurt) zal immers, naar analogie, in zekere mate worden beïnvloed door *irrelevante* factoren als (in elk geval) de algehele perceptie die curatoren hebben van ondernemingen (sympathiek/onsympathiek) en leeftijd van curatoren. Dit betekent dat het simpelweg afhankelijk is van de curator die het faillissement afwikkelt, of en hoe onderzoek wordt gedaan naar eventuele onregelmatigheden, hetgeen ook rechtsongelijkheid in de hand werkt.⁴⁸ Ook voor deze norm zou verdere invulling ruis kunnen verminderen.⁴⁹

5.2. Aanbevelingen

Op basis van dit onderzoek concluderen wij dat de open norm ‘rekening houden met maatschappelijke belangen’ voor onwenselijke ruis, gebrek aan transparantie, onvoorspelbaarheid en rechtsongelijkheid zorgt. Indien toch vast wordt gehouden aan deze open norm, dan zou nagedacht moeten worden over een

44. Zie bijvoorbeeld J.W. Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoorde deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86, p. 471 e.v.; L. Timmerman, ‘Uitdagingen voor het ondernemingsrecht; op weg naar een echt ondernemingsrecht?’, *MvO* 2020, afl. 5/6, p. 133-141. ESG staat voor Environmental, Social and Governance.

45. Zie ook Pool *TvI* 2022/20.

46. Art. 68 Fw.

47. Zie voor aanwijzingen voor die aanname Pool 2022.

48. Pool 2022, par. 7.3.

49. Pool 2022, par. 8.4.

De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief

(door alle curatoren te gebruiken) toets-criterium/checklist op het moment dat in de praktijk mogelijk (deels) wordt afgeweken van het schuldeisersbelang als primaire taak van de curator. Gebaseerd op de inzichten van Kahneman c.s. zou deze methodiek – puur gericht op het *verbeteren van besluitvorming* – in elk geval de volgende vragen/thema's moeten bevatten, zoals weergegeven in onderstaande tabel (niet-limitatief).⁵⁰

Checklist afweging schuldeisersbelangen versus maatschappelijk belangen	
<i>Aanpak van beslissing</i>	
Substitutie	<ul style="list-style-type: none"> - Is het besluit van de curator gebaseerd op een objectieerbare norm? Zo ja, hoe is deze onderbouwd? - Is er mogelijk een belangrijke factor over het hoofd gezien bij de belangenafweging? Zo nee, waarom niet?
Blik van buiten	<ul style="list-style-type: none"> - Zijn gezichtspunten meegenomen die door andere personen dan de curator zijn of kunnen worden ingebracht? Zo ja, waarin wijken deze af?
Diversiteit van gezichtspunten	<ul style="list-style-type: none"> - Is door de curator vanuit verschillende, tegenovergestelde gezichtspunten naar de situatie gekeken? Zo ja, wat is het meest overtuigende argument vóór en tégen de te nemen beslissing? - Zijn kantoorgenoten van de curator – en/of de rechter-commissaris – meegenomen in de gedachtevorming en is actief aan hen gevraagd tegenovergestelde gezichtspunten in te brengen? Zo nee, waarom niet?
<i>Vooronderstellingen en voorbarige conclusies</i>	
Vooronderstellingen	<ul style="list-style-type: none"> - Is er enige reden om te veronderstellen dat sprake is van een vooronderstelling bij de curator, dan wel een mate van gescaleerd commitment (“niet meer terug kunnen of durven komen op eerdere uitspraken of toezeggingen”)? Zo ja, welke redenen zijn er om hier geen rekening mee te houden?
Voorbarige conclusies	<ul style="list-style-type: none"> - Is mogelijk sprake van enige vorm van voorbarigheid in de aanloop naar de beslissing? Zo ja, waar komt dit vandaan en verstoort dit mogelijk het besluitvormingsproces? - Zijn alle voors en tegens van diverse alternatieven op een rij gezet, en met anderen besproken?

50. Zie voor de bron van inspiratie Kahneman, Sibony & Sunstein 2021, p. 387 e.v.

<i>Informatieverwerking en besluitvorming</i>	
Ankers	- Zijn er cijfers genoemd en/of is kwalitatieve data (inclusief verhalen en anekdotes) ingebracht rondom het besluitvormingsproces die mogelijk het finale oordeel beïnvloeden?
Betrouwbaarheid prognoses	- Is sprake van betrouwbare prognoses – indien van toepassing in een gegeven situatie – op basis waarvan besloten moet worden? Zo ja, waar is het vertrouwen op gebaseerd?
Verliesaversie	- Is degene die moet beslissen risicomijdend en bang om een verlies te nemen, dan wel achteraf te worden aangesproken? Zo ja, in hoeverre beïnvloedt dit de eindbeslissing?

Antwoorden op bovenstaande (niet-limitatieve) vragen kunnen in de praktijk helpen om ruis te mitigeren c.q. de belangenafweging meer diepgang te geven opdat de kans op willekeur en rechtsongelijkheid afneemt.

5.3. *Beperkingen*

Een onderzoek zoals uitgevoerd voor deze bijdrage kent beperkingen. Zo gebruikten we een fictieve casus met relatief beperkte informatie, wat het realisme van de casus niet ten goede komt. Dat gezegd hebbende, deze beperking trekt de bevindingen niet per definitie in twijfel. Integendeel, een meer uitgebreide casus met meer informatie en realisme zou ook meer bronnen voor ruis kunnen bevatten. Er zijn dan immers meer ‘informatiepunten’ die het oordeel en de belangafweging kunnen beïnvloeden. Aangezien deze oordelen en afwegingen voor iedereen weer net wat anders zijn, kan gezegd worden dat de mate van ruis niet per definitie zou afnemen naarmate de casus aan realisme zou toenemen. Het is aannemelijker dat de mate van ruis slechts zou toenemen naarmate meer informatie beschikbaar is. De resultaten uit dit onderzoek zijn derhalve eerder een *onderschatting* dan een overschatting van het probleem.

Bovendien hebben we goede aanwijzingen dat de deelnemers op basis van de casus een onderbouwde beslissing konden nemen. Dat heeft er allereerst mee te maken dat we de casus hebben gebaseerd op de belevingswereld van curatoren en daarbij hebben aangesloten bij veelgenoemde voorbeelden van maatschappelijke belangen in faillissementen. En we hebben gekozen voor een maatschappelijk belang dat volgens eerder onderzoek voor veel curatoren belangrijk blijkt. Daar komt in de derde plaats bij dat de resultaten van dit onderzoek laten

zien dat slechts een gering aantal respondenten voor de middelste, neutrale optie heeft gekozen. Het lijkt er dus op dat de respondenten voldoende informatie uit de casus konden halen om stelling in te nemen.

6. Samenvatting bevindingen en enkele afsluitende overwegingen

Samenvattend, in dit onderzoek is getracht te onderzoeken in hoeverre sprake is van ruis in de belangafweging van curatoren, in hoeverre deze ruis verband houdt met morele oordelen ten aanzien van het betreffende bedrijf, en welke andere mogelijke bronnen er zijn die ruis veroorzaken. Gesteld kan worden dat er een sterke mate van ruis aanwezig is in de belangenafwegingen van curatoren. Deze ruis komt enerzijds voort uit uiteenlopende opvattingen ten aanzien van de invulling van de open norm ‘rekening houden met maatschappelijke belangen.’ Daarnaast lijken in lijn met eerder onderzoek meer arbitraire situationele factoren een invloed te hebben, zoals morele oordelen over het bedrijf en de leeftijd van de curator. Belangrijk hierbij op te merken is dat de onderzochte factoren slechts een kleine greep zijn uit de vele factoren die mogelijk kunnen zorgen voor een onverantwoorde mate van ruis. Wij hebben, anders gezegd, niet getracht een limitatieve lijst van de belangrijkste bronnen van ruis te identificeren. Dit onderzoek dient dan ook primair als demonstratie van het fenomeen ruis in de insolventiepraktijk en de mogelijke oorzaken ervan. Om ruis te verminderen hebben we evenwel enkele aanbevelingen gedaan in de vorm van een checklist om de open norm nader in te vullen.

De onderzoekers hopen met deze sociaalpsychologische bijdrage een nuttige aanvulling c.q. aanscherping te hebben aangebracht in het debat rondom de invulling van de taak van de curator in het licht van maatschappelijke belangen.