



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Wanneer prevaleren maatschappelijke belangen boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers? Een experimenteel onderzoek naar belangenafwegingen van curatoren

Pool, J.M.W.; Pluut, H.; Vriesendorp, R.D.

Citation

Pool, J. M. W., Pluut, H., & Vriesendorp, R. D. (2023). Wanneer prevaleren maatschappelijke belangen boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers?: Een experimenteel onderzoek naar belangenafwegingen van curatoren. *Tijdschrift Voor Insolventierecht*, 2023(6), 274-292. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3725155>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3725155>

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

Wanneer prevaleren maatschappelijke belangen boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers? Een experimenteel onderzoek naar belangenafwegingen van curatoren

Tvl 2023/35

De taak van de curator is het beheren en vereffenen van de failliete boedel. Als norm geldt dat de curator zich vooral moet richten op het belang van de gezamenlijke schuldeisers, maar dat hij bij de afwikkeling van een faillissement ook rekening heeft te houden met andere belangen. Op basis van een surveyonderzoek en een experiment onder insolventierechtjuristen is onderzocht hoe curatoren in de praktijk rekening houden met maatschappelijke belangen. Meer in het bijzonder verkennen de auteurs of curatoren in een specifieke casus maatschappelijke belangen laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en in hoeverre de aard van het maatschappelijk belang en het verschil in uitkeringspercentage bij die beslissing een rol spelen.

1. Inleiding

De taak van de curator is in beweging. De wijze waarop de failliete boedel wordt beheerd en vereffend ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers – de kerntaak van de curator² – is sinds de inwerkingtreding van de Faillissementswet aanzienlijk veranderd.³ Waar curatoren hun werkzaamheden oorspronkelijk vooral uitoefenden ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, wordt nu van hen steeds meer verwacht rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard.⁴

Deze maatschappelijke taak van de curator is niet onomstreden en de meningen verschillen over de mate waarin het huidige wettelijke kader curatoren de ruimte biedt om rekening te (moeten) houden met belangen van maatschappelijke aard. Sommige auteurs betogen dat de curator zijn werkzaamheden vooral uitvoert ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en dat de curator bij een belangenafweging dus geen afbreuk mag doen aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers.⁵ Een grotere rol voor maatschappelijke belangen in faillissementen past niet bij die visie.⁶ Andere auteurs zijn van mening dat curatoren juist een grotere rol zouden moeten toekennen aan maatschappelijke belangen bij de afwikkeling van faillissementen en dat het wettelijk kader hen daartoe ook verplicht.⁷ Ook onder curatoren zelf bestaat geen consensus over de mate waarin zij rekening mogen (of: moeten) houden met maatschappelijke belangen.⁸

Een van de onduidelijkheden in deze discussie ziet op de vraag welke (maatschappelijke) belangen de curator moet (of mag) behartigen bij de afwikkeling van een faillissement.⁹ Als norm geldt dat de curator zich vooral moet richten op het belang van de gezamenlijke schuldeisers, maar dat hij bij de afwikkeling van een faillissement ook rekening heeft te houden met andere belangen.¹⁰ Met welke

1 Jessie Pool is universitair docent ondernemings- en insolventierecht aan de Universiteit Leiden. Helen Pluut is universitair hoofddocent bedrijfs-wetenschappen aan de Universiteit Leiden. Reinout Vriesendorp is hoogleraar insolventierecht aan de universiteit Leiden. De eerste resultaten van dit onderzoek zijn gepresenteerd op het lustrumcongres van INSOLAD op 12 mei 2023 en staan in het verslag van dat congres, zie: J.M.W. Pool, H. Pluut en R.D. Vriesendorp. De curator: een octopus, een politieagent of toch een super(wo)man? Verslag van het INSOLAD Lustrumcongres over de taak van de curator, in: E.J. Oppedijk van Veen e.a., *De Taak van de Curator*. Insolad Jaarboek 2023, Deventer: Wolters Kluwer 2023. De cijfermatige resultaten van het onderzoek verschillen soms enigszins van de op het congres gepresenteerde resultaten. Dat heeft ermee te maken dat we de dataset zorgvuldig hebben opgeschoond en enkele onvolkomenheden in de data hebben ontdekt die tijdens het congres niet boven tafel konden komen. De rode draad van het verhaal blijft ongewijzigd.

2 Artikel 68 Fw.

3 Zie daarover al eerder bijvoorbeeld W.M.J. Bekkers, 'De veranderende rol van de curator', *Tvl* 2004/43, afl. 5, p. 186-191.

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*).

5 B. Wessels, *Belangenstrijd in het insolventierecht*, Dordrecht: B. Wessels (2008); Wessels *Insolventierecht IV* 2020/4221 e.v.; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (Recht en Praktijk, nr. InsR3), Deventer, Kluwer 2012, par. 2.5.1; J.L.R.A. Huydecoper, 'Andere zwaarwegende belangen', in: M.L.S. Kalf, R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator*, *INSOLAD jaarboek 2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 10 (hierna: Huydecoper 2007); R.D. Vriesendorp, 'De taak van de curator', *Tvl* 1995/5, p. 117 en M.L.H. Reumers, 'Tijden veranderen: de invloed van maatschappelijke belangen en duurzaamheidsoverwegingen op de taakuitoefening door de curator – Deel I, *TvCu* 2023/1, p. 6.

6 J.M.W. Pool, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *Tvl* 2022/4.

7 Zie ook A. van Hees, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen', *Tvl* 2015/1; Kemp, 'Gezocht: kranige curatoren met maatschappelijk besef', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de Curator*. *INSOLAD Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 503-514. M. van Eekelen-Atema, 'Reactie op *Tvl* 2022/20 Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *Tvl* 2022/27; A. van Hees en M. van Eekelen-Atema, 'Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?', in: E.J. Oppedijk van Veen e.a. (red.), *De Taak van de Curator*. Insolad Jaarboek 2023, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 29 e.v.

8 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.

9 Pool, *Tvl* 2022/4.

10 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*).

maatschappelijke belangen de curator rekening houdt, en op welke wijze hij dat doet, valt onder de beleidsvrijheid van curatoren. Deze vrijheid biedt de curator de mogelijkheid om een afweging tussen de betrokken belangen te maken op een manier die past bij het faillissement in kwestie,¹¹ maar het maakt de norm tegelijkertijd vatbaar voor diverse interpretaties van individuele curatoren en daarom misschien zelfs willekeur.¹² Het kan immers afhangen van de individuele normen en waarden van de specifieke curator die het faillissement afwikkelt of een bepaald (maatschappelijk) belang wel of niet wordt meegewogen.¹³

Bestaand empirisch onderzoek naar de wijze waarop curatoren in de praktijk rekening houden met maatschappelijke belangen geeft enig inzicht in de verschillen in belangenafwegingen van individuele curatoren.¹⁴ Het lijkt erop dat het grootste deel van de Nederlandse curatoren bereid is om – tot op zekere hoogte – maatschappelijke belangen mee te wegen.¹⁵ Het verschilt echter per curator of en wanneer zij rekening (willen) houden met maatschappelijke belangen, en ook verschilt het met welke maatschappelijke belangen zij rekening (willen) houden en in welke mate. Dit betekent dat de verschillende meningen en opvattingen van curatoren kunnen leiden tot verschillende belangenafwegingen en uitkomsten in (vergelijkbare) faillissementen.¹⁶ Zo kan de mate waarin een curator meer of minder belang hecht aan bijvoorbeeld instandhouding van werkgelegenheid, diepgang van het oorzakenonderzoek (vooral bij lege boedels) en de invloed op het milieu direct van invloed zijn op de verkoopopbrengst van boedelbestanddelen, de hoogte van de faillissementskosten en de positie van potentiële door de curator aan te spreken personen, zoals bestuurders, commissarissen, aandeelhouders en andere derden. Bestaand empirisch onderzoek geeft alleen antwoord op de vraag in hoeverre curatoren in abstracto bereid zijn om maatschappelijke belangen te laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Nog niet eerder is onderzocht of curatoren dat in een specifieke casus doen, en zo ja, in hoeverre zij onderscheid maken tussen de verschillende soorten maatschappelijke belangen die op het spel kunnen staan en in hoeverre het uitkeringspercentage bij die beslissing een rol speelt.

De focus van deze bijdrage ligt op het verschaffen van inzicht in de wijze waarop maatschappelijke belangen een rol spelen in faillissementen op basis van empirisch onderzoek in de vorm van een surveyonderzoek en een experiment onder een groot aantal Nederlandse insolventierechtjuristen. We bespreken in paragraaf 2 eerst het doel en de opzet van het onderzoek en leggen uit hoe het onderzoek is uitgevoerd (par. 2.1 en 2.2). Vervolgens doen we verslag van de resultaten van het surveyonderzoek en het experiment (par. 2.3 en 2.4). We belichten hoe Nederlandse insolventierechtjuristen denken over het meewegen van maatschappelijke belangen in faillissementen en hoe zij deze afweging beoordelen in een specifieke casus. Hierbij besteden wij speciale aandacht aan de redenen waarom bepaalde afwegingen worden gemaakt. De bijdrage sluit af met de (normatieve) implicaties van het onderzoek (par. 3) en enkele afsluitende suggesties voor vervolgonderzoek (par. 4).

2. Belangenafwegingen van curatoren nader onderzocht

2.1 Doel en opzet van het onderzoek

Doel van het onderzoek is om beter begrip te krijgen van de afwegingen van curatoren in faillissementen waar bepaalde maatschappelijke belangen een rol spelen. Meer specifiek is het doel om aan de hand van specifieke casus te verkennen of curatoren maatschappelijke belangen laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en in hoeverre de aard van het maatschappelijk belang en het verschil in uitkeringspercentage bij die beslissing een rol spelen.

Om dit te onderzoeken, hebben we een surveyonderzoek en een experiment uitgevoerd onder (aspirant)leden en fellows van INSOLAD, de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten.¹⁷ Voorafgaand aan het lustrumcongres van deze vereniging afgelopen voorjaar hebben we de deelnemers (hierna: respondenten) gevraagd om enkele algemene vragen over de taak van de curator te beantwoorden. Zo hebben de respondenten moeten aangeven of zij vinden dat een curator andere belangen mag laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, en of zij weleens hebben meegemaakt dat een curator dat deed. In verschillende open vragen hebben we de respondenten om toelichting op hun antwoorden gevraagd (zie verder par. 2.3).

Op het surveyonderzoek volgde een experiment dat we uitvoerden op de dag van het congres zelf. Tijdens een van de programmaonderdelen van het congres werden de respondenten in negen groepen opgedeeld. In iedere groep moesten de respondenten aan de hand van een casus aangeven of zij zouden handelen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers of in het maatschappelijk belang. Wij

11 Van Eekelen-Atema, *Tvl* 2022/27.

12 Pool 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", *Tvl* 2022/20; J.A.A. Adriaanse, N. Strohmaier, J.M.W. Pool, M.J.R. Broekema, 'De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief: een empirisch onderzoek naar 'ruis' bij belangenafwegingen in faillissementen', in: E.J. Oppedijk van Veen e.a. (red.), *De Taak van de Curator. Insolad Jaarboek 2023*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 3 e.v.

13 Zie daarover uitgebreider Pool 2022, par. 4.5.3, 6.5.3, 6.5.4, 6.5.5, 6.5.6 en 7.3.3; Pool *Tvl* 2022/4.

14 Deze alinea is gebaseerd op Adriaanse e.a. 2023.

15 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; Pool 2022, par. 4.5.3 en 6.5.4; Adriaanse e.a. 2023, par. 4.3.

16 Pool 2022, par. 7.3 en 8.4. Zie ook Adriaanse e.a. 2023.

17 Hoewel niet alle INSOLAD-leden actief zijn (gewoest) als curator, spreken wij in dit artikel van curatoren, omdat in de survey en in het experiment de rol van curator moest worden aangenomen.

hebben de groepen respondenten een van drie casus voorgelegd, die verschilden in het maatschappelijk belang dat op het spel stond (zie verder par. 2.3.). Na het lezen van de casus werden respondenten gevraagd zich te verplaatsen in de schoenen van de curator die bij de afwikkeling van het daarin voorkomende faillissement een keuze moet maken tussen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en een maatschappelijk belang. Hoewel de casus in het experiment zijn gebaseerd op de werkelijkheid en wij een geloofwaardig scenario hebben proberen te schetsen, doet een experiment naar zijn aard geen recht aan de nuances van de weerbarstige praktijk. Het doel van het experiment is dan ook niet om de beslissing van curatoren te onderzoeken in al haar complexiteit, maar om inzicht te krijgen in de invloed van een specifieke factor (in dit geval het soort maatschappelijk belang dat op het spel staat) en waar mogelijk een causaal verband aan te kunnen tonen.

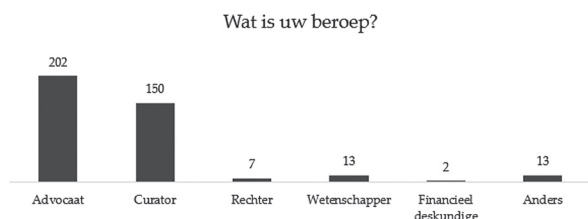
Hierna zetten we eerst enkele kenmerken van de deelnemende respondenten uiteen. Zij vormen de steekproef van dit onderzoek. Vervolgens gaan we in op de voorgelegde survey, de casus en de resultaten van het onderzoek.

2.2 Steekproef

Het onderzoek is uitgevoerd onder (aspirant)leden en fellows van INSOLAD die zich hadden aangemeld voor het lus-trumcongres op 12 mei 2023 in Brugge. In totaal hebben 226 personen de hun vooraf toegestuurde survey¹⁸ ingevuld en hebben 229 personen deelgenomen aan het experiment¹⁹ in Brugge. Voor 161 van hen waren de data van het experiment via een uniek identificatienummer te koppelen aan de data van de eerder ingevulde survey.

In het surveyonderzoek hebben we de respondenten gevraagd naar hun achtergrond en ervaring. Het grootste deel van de respondenten gaf aan werkzaam te zijn als advocaat ($n = 202$) en/of curator ($n = 150$). Een deel van de respondenten was werkzaam als rechter ($n = 7$), wetenschapper ($n = 13$), financieel deskundige ($n = 2$) of had een ander beroep ($n = 13$), zoals bankier. Figuur 1 geeft een overzicht van de beroepen van de respondenten.

Figuur 1. Beroep*



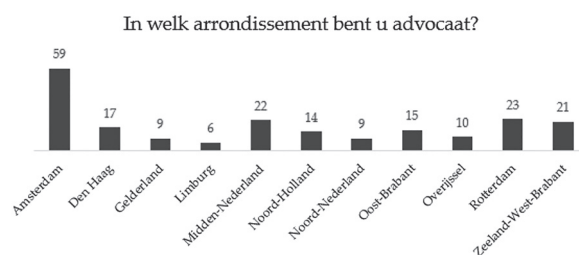
¹⁸ De volledige survey is opgenomen in Annex 1.

¹⁹ De volledige opzet van het experiment is opgenomen in Annex 2-4.

* Een groot deel van de respondenten heeft aangegeven twee of meer beroepen

Aangezien het grootste deel van de respondenten aangaf werkzaam te zijn als advocaat, hebben we in figuur 2 een overzicht opgenomen van de arrondissementen waarin zij werkzaam zijn. Het grootste deel van de advocaten is werkzaam in Amsterdam. Ook advocaten uit Rotterdam, Zeeland-West-Brabant en Midden-Nederland zijn goed vertegenwoordigd. Mogelijk heeft de keuze om het lus-trumcongres in Brugge te houden effect gehad op het aantal aanwezigen vanuit het noorden van het land, dat gering is.

Figuur 2. Arrondissement



De gemiddelde leeftijd van de respondenten is 47,4 jaar ($SD = 11,0$). De respondenten gaven aan gemiddeld 21 jaar werk-ervaring te hebben op het gebied van het insolventierecht ($SD = 12,3$). Ruim 80% van de respondenten is man ($n = 181$), een (veel) kleiner deel is vrouw ($n = 42$). Drie respondenten vallen in een andere categorie of wilden hun geslacht niet kenbaar maken.

2.3 Resultaten surveyonderzoek

2.3.1 Wat doen curatoren in de praktijk?

Doel van het surveyonderzoek was om inzicht te krijgen in de afweging van het schuldeisersbelang ten opzichte van maatschappelijke belangen door curatoren bij de afwikkeling van faillissementen in de praktijk. Een van de eerste vragen die daarbij speelt, is of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in de praktijk opzij worden geschoven voor andere belangen. Deze vraag hebben we in verschillende varianten voorgelegd aan de respondenten. Figuur 3 geeft een samenvatting van de resultaten.

Figuur 3. Belangenafwegingen in de praktijk*



Aan de respondenten die aangaven als curator te werken, hebben we gevraagd of zij in de door hen afgewikkelde faillissementen weleens andere belangen dan die van de gezamenlijke schuldeisers hebben laten prevaleren. Het grootste

* 226 respondenten ($n =$ respectievelijk 150, 146 en 75).

deel van de curatoren (59,3%) heeft aangegeven dat weleens te hebben gedaan.

Na de vraag over hun eigen handelen bij de afwikkeling van faillissementen, kregen de curatoren de vraag of zij weleens (in een andere hoedanigheid dan die van curator) bij een faillissement betrokken waren geweest waarbij een andere curator belangen van de schuldeisers ondergeschikt maakte aan andere belangen. Opvallend is dat de ervaring met andere curatoren niet gelijk is aan de eigen ervaring als curator: curatoren zien andere curatoren veel minder vaak andere belangen laten prevaleren dan dat zij dat zelf doen (33,6% vs. 59,3%).

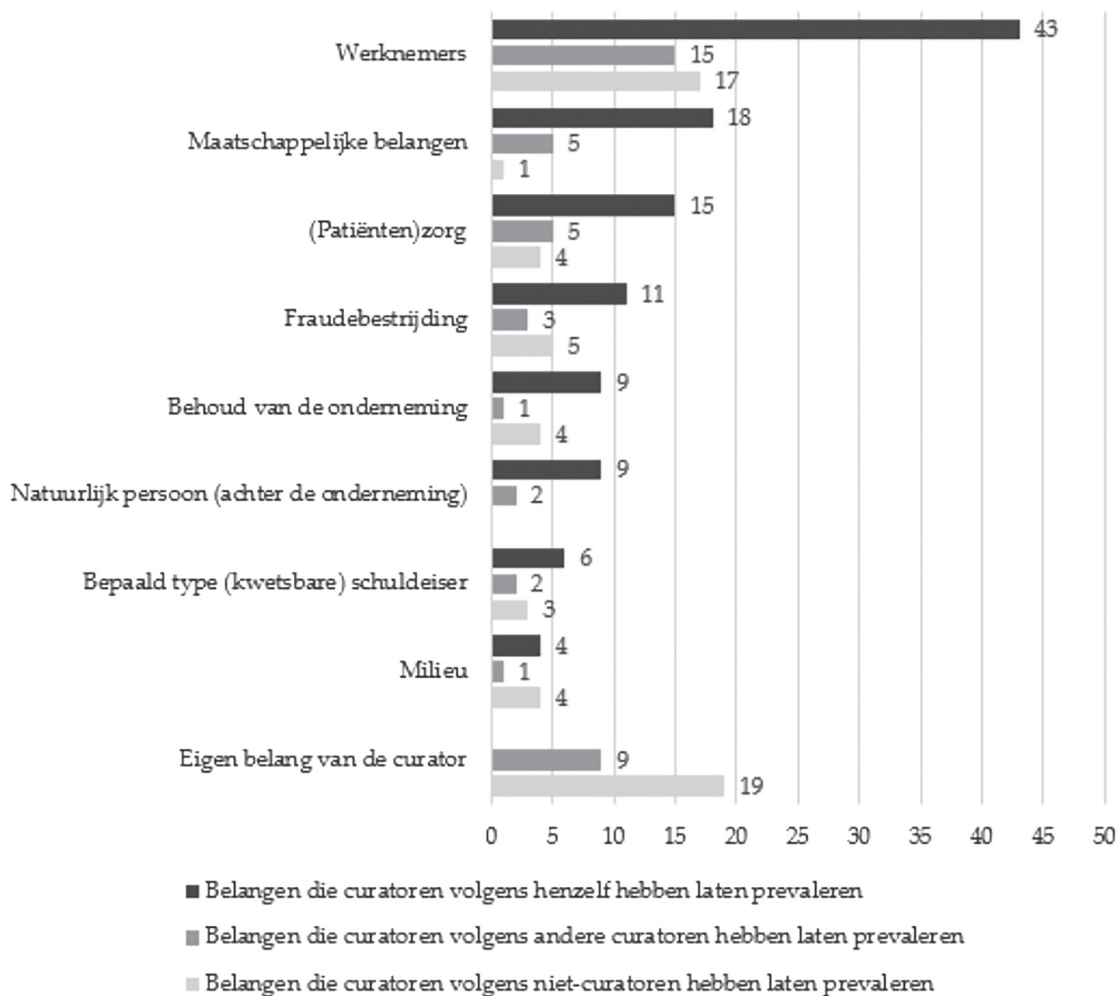
Ten slotte hebben we aan de niet-curatoren in onze steekproef gevraagd of zij weleens bij een faillissement betrokken zijn geweest waar de curator de belangen van de

gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt maakte aan andere belangen. De antwoorden op deze vraag komen wél overeen met het beeld dat curatoren van hun eigen handelen hebben. Bijna 59% van de niet-curatoren gaf aan weleens bij een faillissement betrokken te zijn geweest waarin de curator andere belangen dan die van de gezamenlijke schuldeisers liet prevaleren.

Welke belangen?

Als vervolgvraag hebben we degenen die bevestigend antwoorden op de vragen over het laten prevaleren van andere belangen, steeds de open vraag gesteld om welke belangen het ging. De antwoorden op de open vragen varieerden van enkele woorden tot enkele zinnen. Al deze antwoorden hebben we gecodeerd door aan de antwoorden een label (of code) te hangen (bijvoorbeeld "milieu") en vervolgens gecategoriseerd met behulp van het softwareprogramma

Figuur 4. Welke belangen hebben geprevaleerd boven die van de gezamenlijke schuldeisers?*



* Er is bij bovenstaande vragen door respectievelijk 87, 48 en 41 respondenten gebruikgemaakt van de mogelijkheid om aan te geven welk belang boven dat van de gezamenlijke schuldeisers had geprevaleerd.

ATLAS.ti. Figuur 4 geeft een overzicht van de categorieën die door de respondenten in een groep meer dan tweemaal genoemd zijn.

Respondenten gaven aan dat curatoren werknemersbelangen het vaakst laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Ook de zorg en fraudebestrijding lijken in de praktijk belangen waar die van de gezamenlijke schuldeisers aan ondergeschikt worden gemaakt. Opmerkelijk is dat curatoren menen dat andere curatoren hun eigenbelang weleens laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, terwijl geen enkele curator dat over zichzelf zegt. Ook niet-curatoren geven vaak aan dat zij menen dat curatoren hun eigenbelang hebben laten prevaleren.

Waarom hebben curatoren andere belangen wel/niet laten prevaleren?

De toelichtingen van de curatoren bij de vraag waarom zij hadden besloten de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt te maken aan andere belangen, hadden voornamelijk betrekking op het soort maatschappelijk belang dat zij hadden laten prevaleren. In mindere mate legden zij uit waarom zij dat hadden gedaan. Wanneer dat wel het geval was, gaven de deelnemers veelal als toelichting²⁰ dat ze dat deden omdat sprake was van kwetsbare partijen ($n = 12$). Een ander vaak genoemd argument was dat het offer van de gezamenlijke schuldeisers beperkt was ($n = 6$). Verdere redenen voor curatoren om andere belangen te laten prevaleren, waren omdat de RC daarop aandrong ($n = 3$) of omdat het onderdeel is van de taak van de curator ($n = 5$). Opvallend is dat vier respondenten aangaven dat de kosten van het laten prevaleren van het andere belang werden vergoed en dat twee andere respondenten aangaven dat het laten prevaleren van andere belangen in die specifieke casus ook in het belang van de schuldeisers was. Blijkbaar stonden de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en maatschappelijke belangen in die situaties niet op gespannen voet met elkaar, zodat hier geen sprake was van een laten prevaleren. Het is onduidelijk of deze curatoren maatschappelijke belangen hadden laten prevaleren als de belangen wel strijdig zouden zijn geweest.

Van de 61 curatoren die aangaven nog nooit andere belangen te hebben laten prevaleren, hebben 57 uitgelegd waarom zij dat niet hebben gedaan. Het grootste deel gaf aan een dergelijke afweging nog niet te hebben hoeven maken ($n = 22$). Curatoren die die afweging al wel eerder hadden moeten maken en dat in het voordeel van de gezamenlijke schuldeisers hadden gedaan, gaven als reden omdat “het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop staat” ($n = 22$) of “omdat de wettelijke taak van de curator zich daartegen verzet” ($n = 13$). Daarnaast gaven respondenten uit deze

groep vaak aan dat ze andere belangen “wel meewegen, maar niet laten prevaleren” ($n = 13$). Deze respondenten nuanceerden hiermee de – met opzet zwart-wit gestelde – vraag in die zin dat een deel aangaf wel bereid te zijn om aandacht te besteden aan maatschappelijke belangen, maar deze niet te willen laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Wat de respondenten bedoelen met “rekening houden met”, blijkt niet uit de gegeven antwoorden.

2.3.2 *Wat mogen curatoren doen?*

Vervolgens vroegen we de respondenten of zij van mening waren dat curatoren de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in de praktijk ondergeschikt *mogen* maken aan andere belangen. Deze vraag ziet niet zozeer op hoe curatoren in de praktijk belangenafwegingen maken, maar hoe de belangenafweging volgens de respondenten zou moeten zijn. Het grootste deel van de respondenten ($n = 142$) is van mening dat curatoren de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in de praktijk ondergeschikt mogen maken aan andere belangen, waar een kleiner deel ($n = 75$) vindt dat curatoren dat niet mogen. Het antwoord op de vraag hebben we in figuur 5 uitgesplitst per categorie respondenten.

Figuur 5. Een normatief perspectief op belangenafwegingen bij faillissementen*



Van alle groepen respondenten zijn vooral curatoren het eens met de stelling dat curatoren de belangen van gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt mogen maken aan andere belangen: 69,7% beantwoordde de vraag bevestigend ('ja'). Ook relatief veel jongere (68,3%) en mannelijke respondenten (67,2%) vonden dat curatoren andere belangen mogen laten prevaleren boven die van de gezamenlijke schuldeisers. Relatief weinig (maar nog steeds een meerderheid) niet-curatoren (56,9%) en vrouwelijke respondenten (57,5%) zijn het met de stelling eens.

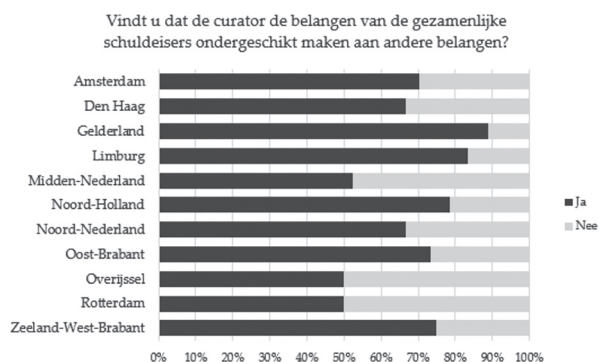
Uit eerder onderzoek is bekend dat de meningen nog wel eens kunnen verschillen per arrondissement.²¹ Om die reden hebben we het antwoord op de vraag ook per arrondissement uitgesplitst in figuur 6.

²⁰ Ook hier geldt dat het gaat om antwoorden op open vragen, die we hebben gecodeerd door er een label aan te hangen (bijvoorbeeld “omdat het de taak is”) en vervolgens gecategoriseerd met behulp van het softwareprogramma ATLAS.ti.

* De scheidslijn tussen de twee leeftijdscategorieën is gebaseerd op de gemiddelde leeftijd van de respondenten.

²¹ Pool 2022, par. 7.3.4.

Figuur 6. Een normatief perspectief op belangenafwegingen bij faillissementen per arrondissement*



Het gros van de advocaten die werkzaam zijn in het arrondissement Gelderland vindt dat curatoren de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt mogen maken aan andere belangen. Ook advocaten uit de arrondissementen Limburg (83,3%), Noord-Holland (78,6%) en Zeeland-West-Brabant (75,0%) lijken deze mening te hebben. Van de advocaten uit de arrondissementen Overijssel, Rotterdam en Midden-Nederland vindt de helft (respectievelijk 50,0%, 50,0% en 52,4%) dat curatoren andere belangen mogen laten prevaleren.

Waarom?

Om meer inzicht te krijgen in de gedachtegang van de respondenten met betrekking tot bovenstaande normatieve kwestie, hebben we de vraag gesteld waarom en onder welke omstandigheden curatoren volgens hen wel of niet andere belangen mogen laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Van de respondenten die de vraag met 'ja' hebben beantwoord, hebben 125 een uitleg gegeven en voor de respondenten die de vraag met 'nee' hebben beantwoord, hebben 65 dat gedaan. We hebben deze antwoorden wederom gecodeerd en gecategoriseerd.

De meest genoemde uitleg van respondenten die menen dat curatoren andere belangen mogen laten prevaleren, was opvallend genoeg dat dat alleen mag in "zeer uitzonderlijke omstandigheden" ($n = 15$). Deze respondenten lijken hun eigen antwoord te nuanceren. Volgens deze respondenten waren redenen om andere belangen wel te laten prevaleren dat het verschil in uitkeringspercentage niet onevenredig groot is ($n = 13$) of dat het nu eenmaal onderdeel is van de taak van de curator ($n = 5$). De meeste respondenten gaven overigens geen uitleg voor hun keuze, maar legden uit welke belangen volgens hen mogen prevaleren. Zo benoemde een groot deel van de respondenten dat curatoren maatschappelijke belangen mogen laten prevaleren ($n = 33$). Dit is natuurlijk een algemene en brede categorie.

* De n voor de verschillende arrondissementen is als volgt: Amsterdam ($n = 57$), Den Haag ($n = 15$), Gelderland ($n = 9$), Limburg ($n = 6$), Midden-Nederland ($n = 21$), Noord-Holland ($n = 14$), Noord-Nederland ($n = 9$), Oost-Brabant ($n = 15$), Overijssel ($n = 10$), Rotterdam ($n = 22$) en Zeeland-West-Brabant ($n = 20$).

Bijna evenveel respondenten gaven aan dat curatoren alleen *zwaarwegende* maatschappelijke belangen mogen laten prevaleren ($n = 31$). Welke maatschappelijke belangen ze daarmee bedoelen, is onduidelijk. Daarom is het belangrijk ook te kijken naar de specifiekere belangen die genoemd werden bij deze vraag. De vaakst genoemde belangen waren die van de werknemers ($n = 31$), de (patiënten)zorg ($n = 24$) en het milieu ($n = 18$).

De nee-stemmers gaven vrijwel allemaal als toelichting dat de "kerntaak van de curator" is om het faillissement af te wikkelen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, of varianten op die stelling, zoals dat de "curator er niet is om Sinterklaas te spelen" ($n = 69$). Als reden om nee te stemmen, werd ook regelmatig aangegeven dat het te "arbitrair" was om de afweging tussen verschillende belangen aan de curator te laten ($n = 9$) of "dat het rechtsongelijkheid in de hand werkt" ($n = 2$). Ook hier valt op dat sommige respondenten hun antwoord nuanceren. Zo geeft een deel van de respondenten die nee hadden gestemd aan dat curatoren wel "rekening mogen houden met" andere belangen, maar deze niet mogen laten prevaleren ($n = 8$) of dat de curator alleen bij hoge uitzondering andere belangen mag laten prevaleren ($n = 8$).

Met welke belangen mogen curatoren rekening houden?

Afsluitend hebben we de respondenten de open vraag gesteld met welke belangen en met welke stakeholders curatoren volgens hen rekening zouden mogen houden bij de afwikkeling van faillissementen. Zoals gezegd had een deel van de respondenten in hun antwoord op eerdere open vragen al verschillende soorten belangen genoemd. Aanvullend hebben bijna alle respondenten ($n = 191$) deze algemene vraag beantwoord. De analyse van de antwoorden leverde een breed scala aan soorten stakeholders en belangen op waar curatoren rekening mee mogen houden, variërend van "geen" ($n = 2$) tot "alle mogelijke belangen" ($n = 37$).

De meest genoemde stakeholders waar curatoren volgens respondenten rekening mee mogen houden, zijn werknemers ($n = 99$), schuldeisers ($n = 46$), patiënten ($n = 30$), bepaalde kwetsbare schuldeisers ($n = 21$), het bestuur of de DGA ($n = 14$), de gefailleerde ($n = 10$), aandeelhouders ($n = 12$) en consumenten ($n = 11$). Belangen waar curatoren volgens respondenten rekening mee mogen houden, zijn milieubelangen ($n = 53$), het belang van fraudesignalering en -bestrijding ($n = 14$) en het belang van het behoud van een bedrijf en/of dienstverlening ($n = 18$). De algemene categorie 'maatschappelijke belangen' werd ook weer vaak genoemd ($n = 58$).

2.3.3 Samenvattend

De resultaten van het surveyonderzoek laten zien dat curatoren regelmatig andere belangen laten prevaleren boven die van de gezamenlijke schuldeisers. De meeste respondenten vinden dat curatoren dat ook mogen doen. Ze lijken het erover eens te zijn dat de curator *zwaarwegende*

(maatschappelijke) belangen mag laten prevaleren boven die van de gezamenlijke schuldeisers, maar alleen als de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet al te veel worden geschaad. Waar geen consensus over bestaat, is wat zwaarwegende (maatschappelijke) belangen zijn. Waar de ene respondent meent dat de curator de belangen van werknemers mag laten prevaleren boven die van de gezamenlijke schuldeisers, vindt een andere respondent weer dat “de curator niet de belangen van het personeel voor mag laten gaan, want dan treedt de curator buiten zijn boekje”. Iets soortgelijks zien we terug in de antwoorden over milieu-belangen. Waar de ene respondent het milieu noemt als goede reden om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt te maken, geeft een andere respondent aan dat “het milieu niet onder die belangen [waarmee de curator rekening mag houden] valt”.

Bovendien blijkt geen consensus te bestaan over de wijze waarop curatoren om moeten gaan met andere belangen dan die van de gezamenlijke schuldeisers. Opvallend was dat veel respondenten bij de toelichting aangaven dat “prevaleren boven” en “ondergeschikt maken aan” te sterk uitgedrukte termen waren. We hebben meermaals in de antwoorden op de open vragen gezien dat respondenten vinden dat de curator andere belangen wel mag meewegen en/of wel met deze belangen rekening mag houden, maar dat het laten prevaleren daarvan boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers een ander verhaal is. Wat dat betekent is onduidelijk. Het zou zo kunnen zijn dat deze curatoren de belangen van derden wel in ogenschouw nemen, maar deze altijd aan de kant zullen schuiven als het behartigen van die belangen niet in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Het kan ook zo zijn dat deze afweging soms wel de kant opvalt van de derden. Kortom, wat curatoren bedoelen met ‘rekening houden met’ en ‘laten meewegen’, en in hoeverre dat in de praktijk verschilt van ‘laten prevaleren’, is moeilijk te zeggen.

2.4 Resultaten experiment

2.4.1 Doel van het experiment

Het surveyonderzoek heeft inzicht gegeven in hoe de respondenten denken over afwegingen tussen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en andere belangen in algemene zin. In dit surveyonderzoek, maar ook in eerdere surveyonderzoeken,²² gaven respondenten soms aan dat het moeilijk is om algemene vragen te beantwoorden, omdat het antwoord op een vraag kan verschillen als de omstandigheden van een casus veranderen. Om die reden hebben we de respondenten tijdens het congres gevraagd deel te nemen aan een experiment. Dat hield in dat zij een concrete, beknopte casus voorgelegd kregen met de vraag om de rol aan te nemen van een curator die bij de afwikkeling van het daarin voorkomende faillissement een keuze moet maken tussen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en

andere (maatschappelijke) belangen. In totaal deden 229 respondenten mee aan het experiment.

Het doel van dit experiment was om inzicht te krijgen in de belangenafweging van curatoren in een bepaalde casus en dan concreet in hoeverre zij bereid zijn om andere belangen dan die van de gezamenlijke schuldeisers te laten prevaleren. In de voorgelegde casus moest de curator daarom steeds een afweging maken tussen het belang van de schuldeisers enerzijds en een ander (maatschappelijk) belang anderzijds. We wilden ook achterhalen of er een verschil in belangenafweging bestaat tussen verschillende maatschappelijke belangen. Daarom hebben de respondenten niet allemaal dezelfde casus voorgelegd gekregen, maar werd gevarieerd met het andere belang dat naast het schuldeisersbelang op het spel stond. De gekozen belangen zagen op fraudebestrijding (casus 1), het behoud van een iconische onderneming (casus 2) en het milieu (casus 3), waarbij de casus met het belang fraudebestrijding is gekozen als een soort controlecasus. De curator heeft immers een wettelijke verplichting om onderzoek te doen naar onregelmatigheden (artikel 68 Fw). Bovendien blijkt uit eerder onderzoek dat sommige curatoren het belang van fraudesignalering en -bestrijding sowieso laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.²³ Op basis van deze wettelijke verplichting en de resultaten van eerder onderzoek verwachten we dat curatoren onderzoek zullen doen naar onregelmatigheden, ook als dat niet direct in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Bij de andere twee casus, waarin de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden afgezet tegen het belang van het behoud van een iconische onderneming en het milieubelang, is het daarentegen minder helder wat van curatoren wordt verwacht.

Overigens is met opzet niet voor het belang van werkgelegenheid gekozen, omdat de afweging tussen het belang van de gezamenlijke schuldeisers en dat van werkgelegenheid al in eerder onderzoek experimenteel is onderzocht.²⁴ Ook het belang van patiënten en andersoortige belangen die te maken hebben met failliete zorginstellingen zijn niet gebruikt voor een casus, omdat bij dergelijke faillissementen onder curatoren consensus lijkt te bestaan dat uitkering aan schuldeisers niet opweegt tegen de noodzaak van acute zorg.

2.4.2 Belangenafwegingen

Als we de resultaten van de verschillende casus samenvoegen ($n = 229$), is te zien dat 42,4% van de respondenten een beslissing in het belang van de gezamenlijke schuldeisers neemt tegenover 57,6% die voor het maatschappelijke belang kiest.

Uit figuur 6 blijkt echter dat die belangenafweging sterk afhankelijk is van het soort maatschappelijk belang dat op het spel staat. In de figuur geeft de donkergrijze balk een keuze

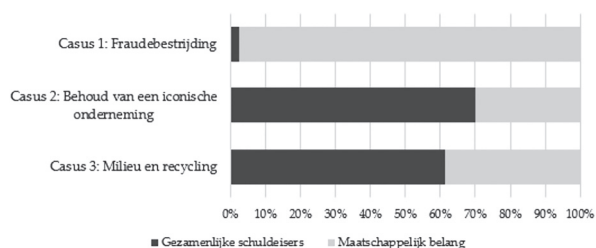
22 Pool 2022, hoofdstuk 6; Adriaanse e.a. 2023.

23 Pool 2022, hoofdstuk 6.

24 Adriaanse e.a. 2023.

weer die in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is en de lichtgrijze balk een keuze weer die ten faveure van het maatschappelijk belang is.

Figuur 7. Belangenafweging per casus*



Casus 1: fraudebestrijding

Het maatschappelijk belang uit de eerste casus betrof fraudebestrijding. In deze casus²⁵ werd de respondenten gevraagd zich te verplaatsen in de rol van de curator die een faillissement afwikkelt waarin sterke aanwijzingen voor fraude aanwezig zijn. De vraag was of de respondent als curator wel of geen nader onderzoek zou verrichten naar fraude, waarbij vaststond dat de schuldeisers in ieder geval 10% minder uitgekeerd zouden krijgen als het onderzoek uiteindelijk geen verhaalbare vordering zou opleveren. Het leeuwendeel (97,6%) van de 84 respondenten koos ervoor om wel onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden. Slechts twee respondenten (2,4%) kozen ervoor om geen onderzoek te doen.

We hebben de respondenten vervolgens in een open vraag verzocht om uit te leggen waarom ze die keuze hadden gemaakt.²⁶ De twee respondenten die aangaven geen onderzoek te verrichten, gaven beiden aan onderzoek achterwege te laten omdat het “niet in het belang van de schuldeisers was”. Van de respondenten die aangaven wel nader onderzoek te verrichten, hebben 82 van de mogelijkheid gebruikgemaakt om hun keuze uit te leggen. De meeste respondenten gaven aan nader onderzoek te gaan verrichten omdat “het de wettelijke taak van de curator is en dus verplicht is” ($n = 55$) en/of omdat er “alsnog verhaal zou kunnen zijn” ($n = 38$). Andere redenen die de respondenten aangaven, waren dat er “voldoende aanwijzingen waren om nader onderzoek te doen” ($n = 10$) of omdat de schuldeisers er belang bij hebben “te weten wat er is gebeurd” ($n = 6$). Ook gaf een deel aan dat het ging om een “marginaal verschil” ($n = 6$). Overigens gaf een groot deel van de respondenten aan eerst verhaalsonderzoek te zullen doen ($n = 30$) om vervolgens te kunnen beoordelen of nader onderzoek wenselijk zou zijn.

Casus 2: iconische onderneming

Het maatschappelijk belang dat in de tweede casus centraal stond, was het behoud van de identiteit van een iconisch Nederlands bedrijf. In deze casus²⁷ werd de respondenten gevraagd zich te verplaatsen in de rol van de curator die een faillissement afwikkelt van een bekend Nederlands bedrijf dat winkels heeft in iedere winkelstraat en daarmee volgens het grote publiek (maatschappelijk) bepalend is voor het Nederlandse straatbeeld. Na een uitgebreid onderzoek naar doorstartmogelijkheden blijven in de casus twee kandidaten over die de onderneming willen overnemen: een Amerikaanse private-equitypartij die het bedrijfsmodel volledig wil omgooien en een Nederlandse investeerder die juist wil voortborduren op de iconische reputatie van de onderneming door de naam in stand te houden. De vraag was met welke doorstarter de respondent in de rol van curator in zee zou gaan, waarbij de schuldeisers 10% minder uitgekeerd zouden krijgen als de curator het bod van de Nederlandse investeerder zou aanvaarden.

Bij deze casus waren de resultaten een stuk minder ondubbelzinnig. Het grootste deel (70,0%) van de 70 respondenten koos ervoor om in zee te gaan met de Amerikaanse private-equitypartij, maar toch ook een aanzienlijk deel (30,0%) koos voor de Nederlandse investeerder.

Ook hier hebben we de respondenten in een open vraag verzocht uit te leggen waarom ze die keuze hadden gemaakt. Alle respondenten die een keuze hadden gemaakt, hebben van deze mogelijkheid gebruikgemaakt. Wij analyseerden hun antwoorden. Het grootste deel van respondenten die ervoor koos om te verkopen aan de Amerikaanse private-equitypartij ($n = 49$), gaf aan dat te doen omdat “het een hogere opbrengst oplevert voor de schuldeisers” ($n = 38$). Zes respondenten gaven aan het verschil in uitkering te groot te vinden. Andere redenen om in zee te gaan met de Amerikaanse private-equitypartij waren omdat “geen sprake is van een (zwaarwegend) maatschappelijk belang” ($n = 18$) of omdat “het businessmodel niet toekomstbestendig is” ($n = 5$). Opmerkelijk is dat vijf respondenten aangaven dat hun antwoord anders zou zijn als de andere partij als onderdeel van het bod zou beloven dat “meer werkgelegenheid behouden zou blijven”.

De respondenten die wilden verkopen aan de Nederlandse investeerder ($n = 21$), gaven als redenen “het behoud van het (iconische) bedrijf” ($n = 11$), “behoud van werkgelegenheid” ($n = 8$), het beschermen van kwetsbare schuldeisers ($n = 6$) en het voorkomen van een verdere aftakeling van “het toch al treurige straatbeeld” ($n = 3$). Drie respondenten gaven aan geen vertrouwen te hebben in Amerikaanse private-equitypartijen en daarom geen zaken met deze partij te willen doen.

* Voor casus 1 geldt dat $n = 84$, casus 2 $n = 70$ en casus 3 $n = 75$.

²⁵ De volledige casus is opgenomen in Annex 2.

²⁶ Ook hier geldt weer dat het gaat om antwoorden op open vragen, die wij hebben gecodeerd door er een label aan te hangen (bijvoorbeeld “omdat het moet”) en vervolgens gecategoriseerd met behulp van het softwareprogramma ATLAS.ti.

²⁷ De volledige casus is opgenomen in Annex 3.

Casus 3: milieu en recycling

In de derde casus was het maatschappelijk belang een milieubelang. Ook in deze casus²⁸ werd de respondenten gevraagd zich te verplaatsen in de rol van de curator, maar nu een die het faillissement afwikkelt van een Nederlands bedrijf dat consumenten de mogelijkheid bood om oude huishoudelijke artikelen in te leveren voor korting en daarmee recycling te stimuleren. Het geschetste scenario is dat de ingeleverde huishoudelijke artikelen nog in een gehuurd bedrijfspand liggen en na faillissement sowieso uit dat bedrijfspand moeten worden verwijderd. De vraag was of de respondent als curator de huishoudelijke artikelen eenvoudigweg naar de vuilstort zou laten afvoeren of zou laten recycleren. Recyclen is duurder dan regulier laten afvoeren, en dat gebeurt op kosten van de boedel, waardoor de schuldeisers 10% minder uitgekeerd zouden krijgen als de curator zou besluiten te recycleren.

In deze casus waren de antwoorden het meest genuanceerd. Het grootste deel (61,3%) van de 75 respondenten koos ervoor om niet te recycleren, maar ook een flink aantal (38,7%) koos daar wel voor.

Ook hier vroegen we de respondenten in een open vraag om uit te leggen waarom ze die keuze hadden gemaakt. Alle respondenten hebben deze vraag beantwoord. De respondenten die ervoor kozen niet te recycleren ($n = 46$), deden dat vooral omdat “dat de boedel meer oplevert” ($n = 36$), omdat het “verschil in uitkering te groot is” ($n = 8$) en/of omdat het “geen zwaarwegend maatschappelijk belang is” ($n = 4$). Opvallend is dat veertien respondenten (uit zichzelf) aangaven dat hun antwoord anders zou zijn als “er een wettelijke verplichting zou zijn”.

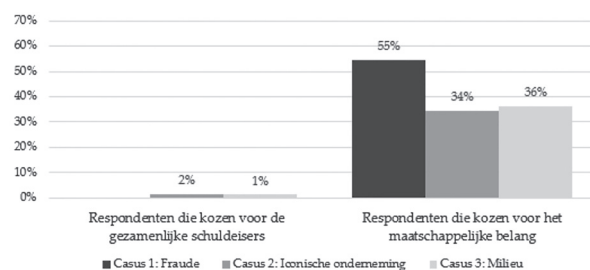
Respondenten die wel kozen te recycleren ($n = 29$), deden dat vooral uit “milieuoverwegingen” ($n = 14$). Een aantal respondenten gaf aan dat “de achterliggende filosofie van de onderneming” maakte dat zij voor recycling kozen ($n = 7$) of dat volgens hen “recycling de norm is” ($n = 6$).

2.4.3 Het uitkeringspercentage

Onderdeel van de belangenafweging van curatoren is hoeveel de schuldeisers moeten inleveren als rekening wordt gehouden met een maatschappelijk belang. In alle voorgeselde casus hebben we gekozen voor een willekeurig verschil in uitkering van 10%. Uit de toelichtingen bleek dat dit verschil door de respondenten die kozen voor het belang van de schuldeisers groot werd gevonden, terwijl de respondenten die kozen voor het maatschappelijk belang 10% juist een klein verschil vonden. Dat curatoren verschillende percepties hebben over wat een groot of klein verschil in uitkering is, weten we uit recent onderzoek.²⁹ Om meer inzicht te krijgen in hoe groot (of klein) het verschil in uitkering zou moeten zijn om de belangenafweging in het voordeel van het maatschappelijk belang uit te laten vallen,

hebben we de respondenten de vraag gesteld bij welk uitkeringspercentage hun eerder gegeven antwoord zou veranderen.³⁰ De respondenten hadden ook de mogelijkheid om aan te geven dat het uitkeringspercentage in zijn geheel niet relevant was voor hun beslissing.³¹ Figuur 8 geeft een overzicht van de resultaten.

Figuur 8. Bij welk uitkeringspercentage zou het antwoord anders zijn?



Casus 1: Fraudebestrijding

Voor de casus fraudebestrijding hadden twee respondenten aangegeven geen nader onderzoek te verrichten. Een van hen gaf aan dat het verschil in uitkeringspercentage niet relevant was voor deze beslissing, terwijl de andere respondent geen antwoord heeft gegeven op de vraag. Van de respondenten die aangaven wel nader onderzoek te verrichten, vonden 50 respondenten het verschil in uitkeringspercentage niet relevant voor de beslissing. De antwoorden van de 30 respondenten die het verschil in uitkeringspercentage wel relevant vonden, liepen uiteen van 20% tot 100%, maar het gemiddelde kwam uit op 54,7%. Aangezien bijna alle respondenten in de casus nader onderzoek zouden verrichten, betekent dit resultaat dat gemiddeld genomen de participerende curatoren pas bij een vermindering van het uitkeringspercentage met bijna 55% geen onderzoek naar onregelmatigheden meer zouden verrichten.

Casus 2: Behoud van een iconische onderneming

Daar is wezenlijk anders voor de casus waarin het behoud van een iconische onderneming op het spel stond. Daar hadden 49 respondenten aangegeven te kiezen voor de doorstarter

30 Respondenten die een beslissing namen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, zouden logischerwijs een percentage moeten kiezen dat onder de 10% ligt. Dat zou een eventuele keuze voor het maatschappelijk belang namelijk minder 'kostbaar' maken. Volgens diezelfde logica zouden respondenten die een beslissing namen in lijn met een maatschappelijk belang een percentage moeten kiezen dat boven de 10% ligt. Wanneer de keuze voor het maatschappelijk belang meer geld kost, zou hen dat tot een andere beslissing kunnen brengen. Toch zijn er in elke casus door enkele respondenten alternatieve uitkeringspercentages genoemd die deze logica niet volgen. Hieronder valt ook het percentage 10%, aangezien dit identiek is aan het genoemde percentage in de casus, terwijl hier gevraagd werd om een alternatief uitkeringspercentage. Na bestudering van de antwoorden hebben we besloten in bovengenoemde situaties het percentage niet mee te nemen. Dit zijn dus 'missing values' geworden. Op deze manier worden de gemiddeldes niet beïnvloed door 'outliers'.

31 Sommige respondenten gaven aan dat het uitkeringspercentage niet relevant was voor hun beslissing en vulden toch een alternatief uitkeringspercentage in waarbij hun beslissing zou veranderen. Na bestudering van de antwoorden hebben we om dezelfde reden deze percentages buiten beschouwing gelaten.

28 De volledige casus is opgenomen in Annex 4.

29 Adriaanse e.a. 2023.

die het meest zou opleveren voor de gezamenlijke schuldeisers. Van deze respondenten gaven er achttien aan dat het verschil in uitkeringspercentage voor hun beslissing niet relevant was. Van de 28 respondenten die het verschil in uitkeringspercentage wel relevant vonden, was gemiddeld genomen een verschil in uitkeringspercentage van 1,6% het omslagpunt. Dat wil zeggen dat deze groep enkel zou kiezen voor de doorstarter die de identiteit van de iconische onderneming zou behouden als het verschil in uitkeringspercentage minimaal is (nog geen 2% dus).

Van de 21 respondenten die kozen voor de doorstarter die de identiteit van de iconische onderneming zou behouden, gaven er twee aan dat het verschil in uitkeringspercentage niet relevant was en zij dus altijd voor die doorstarter zouden kiezen. De zestien respondenten die het verschil in uitkeringspercentage wel relevant vonden, noemden alternatieve percentages die uiteenliepen van 20 tot 81%. Gemiddeld genomen zouden zij voor de andere doorstarter kiezen als het verschil in uitkering 34,4% zou zijn in plaats van 10%.

Casus 3: Milieu

Voor de casus waarin het maatschappelijk belang zag op het milieu, kozen 46 respondenten ervoor om het afval te laten afvoeren in plaats van te laten recyclen. Van die respondenten gaven er twaalf aan dat het verschil in uitkeringspercentage niet relevant was voor hun beslissing. Voor het gros was dit echter wel het geval ($n = 32$), maar hun antwoorden duiden erop dat zij alleen de milieubewuste keuze zouden maken als deze niet kostbaar is. De alternatieve uitkeringspercentages die deze groep noemde, lagen tussen de 0 en 5%, waarbij het gemiddelde een verschil in uitkeringspercentage van 1,2% was. Oftewel, bij minder dan 2% verschil in uitkeringspercentage zouden zij ervoor kiezen om afval te laten scheiden en recyclen.

Van de 29 respondenten die ervoor kozen te recyclen, vonden er tien het verschil in uitkeringspercentage niet relevant. Voor de zestien respondenten die hun antwoord bij een ander uitkeringspercentage wel zouden wijzigen, was 36,2% het gemiddelde omslagpunt. De antwoorden liepen uiteen van 15 tot 91%, maar gemiddeld genomen gold dus dat deze groep niet meer zou kiezen voor recycling als het verschil in uitkeringspercentage meer dan 36% in plaats van 10% zou zijn.

2.4.4 Samenvattend

Doel van dit deel van het onderzoek (het experiment) was om inzicht te krijgen in de redenen waarom belangenafwegingen van curatoren verschillen. De resultaten laten zien dat de belangenafwegingen van curatoren afhankelijk zijn van het soort maatschappelijk belang dat op het spel staat.³²

32 We hebben gegevens verzameld van drie verschillende groepen. Om na te gaan of gemiddelden van elkaar verschillen, gebruiken we een eenwegsvariantieanalyse. De verschillen tussen de casus over fraudebestrijding als maatschappelijk belang en die van het iconische bedrijf en het milieu zijn statistisch significant (p 's < 0,001). De resultaten voor casus 2 en 3 zijn niet wezenlijk verschillend.

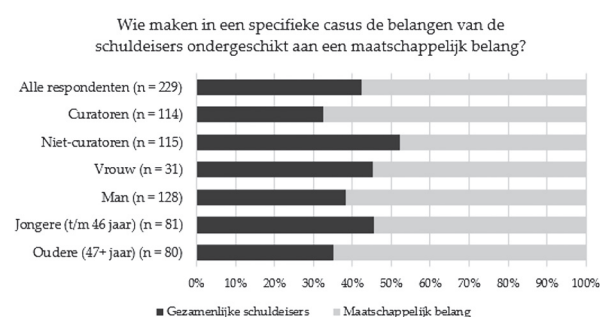
Zo zijn curatoren wanneer het gaat om fraudebestrijding eerder geneigd om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt te maken dan wanneer het belang van het behoud van een iconische onderneming of een milieu-belang op het spel staat.

Ook het uitkeringspercentage speelt een rol bij de belangenafweging. Het verschil in uitkeringspercentage dat curatoren klein genoeg vinden om te kiezen voor een maatschappelijk belang boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers, blijkt afhankelijk van het soort maatschappelijk belang dat op het spel staat. Wanneer het gaat om fraudebestrijding is het uitkeringspercentage weinig doorslaggevend voor de beslissing van curatoren om wel of niet nader onderzoek te verrichten; alleen bij een erg groot verschil zullen ze hun beslissing heroverwegen. In de andere twee gevallen lijkt de belangenafweging gevoeliger voor het verschil in uitkeringspercentage dat gepaard gaat met een keuze tussen het belang van de gezamenlijke schuldeisers en het maatschappelijke belang.

Zoals gezegd konden we door het unieke identificatienummer de data van het surveyonderzoek en het experiment aan elkaar koppelen en op deze manier de belangenafweging van respondenten met betrekking tot een specifieke casus relateren aan enkele kenmerken van de respondenten. Uit de analyses blijkt dat werkervaring in jaren samenhangt met de gemaakte belangenafweging: de meer ervaren respondenten waren meer geneigd om het schuldeisersbelang ondergeschikt te maken aan het maatschappelijke belang (of dat nu fraudebestrijding, behoud van een iconische onderneming of het milieu was).³³ Er was bovendien een significant verschil tussen curatoren en niet-curatoren waar te nemen: curatoren zijn meer dan niet-curatoren geneigd om maatschappelijke belangen te laten prevaleren. Het zou zo kunnen zijn dat dit significante verschil voortkomt uit het feit dat niet-curatoren vaak optreden als vertegenwoordiger van banken of andere schuldeisers, maar dat is op basis van het gedane onderzoek niet vast te stellen. We hebben echter geen statistisch significante verschillen in de belangenafweging gevonden op basis van geslacht, leeftijd of arrondissement, al laten de beschrijvende statistieken in figuur 9 wel zien dat deze groepen verschillend denken over de vraag of curatoren de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt mogen maken aan andere belangen.³⁴

33 Deze samenhang is significant ($p = 0,027$).

34 Onderliggend aan deze beschrijvende statistieken zijn relaties tussen categoriale variabelen. Zo kent de variabele 'belangenafweging' de categorieën 'schuldeisersbelang' en 'maatschappelijk belang'. Verder zijn er de variabelen 'curator' (wel/niet) en 'geslacht' (man/vrouw). Leeftijd is opgesplitst in de categorieën 'jong' en 'oud', waarbij de scheidingslijn is gebaseerd op de gemiddelde leeftijd van de respondenten in onze steekproef. Om de (cor)relatie tussen twee categoriale variabelen te beschrijven, gebruiken we kruistabellen met een chi-kwadraattoets. Alleen curator/niet-curator hangt significant samen met belangenafweging ($\chi^2 = 9,1$, $p = 0,003$).

Figuur 9. Belangenafweging per categorie respondenten

2.5 Concluderend

De resultaten van het surveyonderzoek en het experiment dragen bij aan de bestaande (empirische) inzichten over de wijze waarop curatoren verschillende, soms met elkaar conflicterende, belangen afwegen in faillissementen. Zo bevestigen de resultaten dat curatoren (in steeds grotere mate) bereid zijn om maatschappelijke belangen te laten prevaleren boven die van de gezamenlijke schuldeisers.³⁵ Hoe curatoren dat doen en met welke belangen zij bereid zijn rekening te houden, verschilt echter enorm. Ook dat resultaat sluit aan bij eerder onderzoek, waaruit blijkt dat onder curatoren geen consensus bestaat over hoe zij moeten omgaan met belangen van andere stakeholders dan de schuldeisers.³⁶

Wat dit onderzoek toevoegt aan de bestaande empirische inzichten, is inzicht in de afweging van individuele curatoren in een specifieke casus. Dat curatoren in het algemeen bereid zijn om belangen als fraudebestrijding en milieu mee te wegen, is immers niet zo spannend. Het gaat erom of curatoren in een specifieke casus de belangen van de gezamenlijke schuldeisers willen opofferen om voorrang te geven aan maatschappelijke belangen. De resultaten laten zien dat curatoren in algemene zin menen dat andere belangen (zoals het milieubelang) mogen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (65% op basis van het surveyonderzoek), maar dat zij in een specifieke casus minder bereid zijn dat te doen (48% op basis van het experiment). De vergelijking tussen de groepen in ons experiment geeft een eerste antwoord op de vraag welke belangen mogen prevaleren boven die van de gezamenlijke schuldeisers. Fraudebestrijding wordt door de respondenten duidelijk als zo'n belang gezien. Voor het behoud van de identiteit van een iconisch bedrijf en het milieu lijkt dat minder evident.

De resultaten van dit onderzoek laten tevens zien dat het verschil in belangenafwegingen tussen de curatoren onderling minder groot is wanneer de curator minder beleidsvrijheid heeft. Curatoren zijn geneigd wettelijke verplichtingen te volgen, ook al zijn ze het niet eens met die verplichting. Uit het experiment blijkt immers dat curatoren op grote

schaal onderzoek willen doen naar onregelmatigheden en als een van de belangrijkste redenen noemen dat zij daartoe nu eenmaal wettelijk verplicht zijn, ook al weten we dat niet alle curatoren het eens zijn met de fraudesignalerende rol.³⁷

Ten slotte laten onze resultaten opnieuw zien dat curatoren van mening zijn dat (andere) curatoren (ten onrechte) hun eigenbelang voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers plaatsen, terwijl zij dat over zichzelf nooit zeggen.³⁸ Dit kan duiden op een egocentrische bias, een veelvoorkomende onbewuste denkfout waarbij het beeld van de werkelijkheid en herinneringen vervormd zijn op een manier die voordelig is voor de eigen persoon. Hoewel de curator zijn werk moet doen in de context van de beschikbare middelen in de boedel en daarom voor de beloning van dat werk het eigenbelang een van de drijfveren is die het handelen van de curator beïnvloedt bij de afwikkeling van faillissementen, lijkt het er dus op dat curatoren nog altijd terughoudend zijn in het delen van die overwegingen of zelfs daaraan daadwerkelijk een andere herinnering hebben.

3. Implicaties: wat vertellen deze resultaten ons?

3.1 Terminologie: rekening houden met, meewegen of laten prevaleren van (alle) (zwaarwegende) (maatschappelijke) belangen

Curatoren mogen rekening houden met alle belangen die bij de afwikkeling van een faillissement spelen. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat curatoren in ieder geval rekening hebben te houden met maatschappelijke belangen, waaronder de belangen van werknemers en werkgelegenheid.³⁹ Uit die jurisprudentie blijkt tevens dat curatoren "zwaarwegende maatschappelijke belangen" onder omstandigheden mogen laten prevaleren boven de belangen van een individuele schuldeiser, maar niet boven die van de gezamenlijke schuldeisers.⁴⁰ Ook in de literatuur lijkt de heersende leer te zijn dat curatoren zwaarwegende maatschappelijke belangen niet mogen laten prevaleren boven die van de gezamenlijke schuldeisers.⁴¹ Uitzonderings-situaties zoals het blijven leveren van zorg aan patiënten in ziekenhuizen daargelaten, moeten curatoren zich dus bij de uitoefening van hun taak laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.⁴² Een ruimere opvatting van de taak van de curator, waarbij dus meer ruimte is voor niet-zwaarwegende⁴³ maatschappelijke belangen, wordt door

³⁷ Pool 2022, par. 4.5.3 en 6.5.4.

³⁸ Pool 2022, par. 4.5.3.

³⁹ 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*).

⁴⁰ HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, NJ 2004, 293 (*Curatoren Mobell/Interplan*).

⁴¹ Zie de literatuur genoemd in voetnoot 5.

⁴² Zie daarover M.R. Schreurs, 'De interactie tussen boedelbelang en patiëntenbelang: een reconstructie van de vier ziekenhuisfaillissementen en voorstellen ter verbetering', *Tvl* 2020/25. Anders: Van Eekelen-Atema en Van Hees 2023.

⁴³ Er wordt ook wel gesproken van evident maatschappelijke belangen, zie Van Eekelen-Atema *Tvl* 2022/27.

³⁵ Pool 2022, p. 136; Van Eekelen-Atema 2021.

³⁶ Pool 2022, met name hoofdstuk 4, 6 en 7; Adriaanse e.a. 2023.

veel auteurs gezien als een onrechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht van schuldeisers.⁴⁴

Deze redenering houdt echter alleen stand wanneer voor curatoren voldoende duidelijk is wat die zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn. Wanneer curatoren (zeer) uiteenlopende gedachten hebben over wat zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn, kan dit ten koste gaan van de eigendomsrechten van de schuldeisers, zoals beschermd door artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Betoogd kan worden dat in de huidige praktijk, waarin curatoren belangen die op het eerste oog niet zwaarwegend zijn, *kunnen* laten prevaleren boven die van de gezamenlijke schuldeisers, al inbreuk wordt gemaakt op de eigendomsrechten van schuldeisers. Op het eigendomsrecht mag volgens het EHRM immers slechts inbreuk gemaakt worden indien die inbreuk *'is lawful and in the public interest, and whether it struck a fair balance between the demands of the general interest and the applicants' rights'*.⁴⁵ Een wettelijke basis voor het laten prevaleren van maatschappelijke belangen lijkt in Nederland echter te ontbreken. Bovendien is niet duidelijk wanneer een bepaald maatschappelijk belang zwaarwegend genoeg is om te prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De schending van het eigendomsrecht lijkt daarmee onvoldoende precies gedefinieerd en voorzienbaar.⁴⁶ De praktijk is immers weerbarstig. Een groot deel van de curatoren meent dat andere belangen wel degelijk mogen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en een deel van deze curatoren geeft aan daar in de praktijk ook naar te handelen.⁴⁷ Het gaat dan niet alleen om uitzonderingssituaties zoals het (blijven) leveren van zorg in levensbedreigende situaties, maar ook om situaties waarin het maatschappelijke belang minder evident is, zoals het recyclen van producten. Bovendien vindt de ene curator maatschappelijke belangen zoals het milieu wel zwaarwegend, terwijl een andere curator meent dat het milieu niet altijd onder de maatschappelijke belangen valt die de curator bij zijn taakuitoefening in ogenschouw mag nemen.

Het huidige normenkader voor curatoren is dus, zoals wel is betoogd,⁴⁸ helemaal niet zo duidelijk. Het bestaande richtsnoer, dat curatoren verplicht hun taak uit te oefenen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers maar hen tegelijkertijd de ruimte biedt om rekening te houden met alle bij het faillissement betrokken belangen en zelfs de ruimte biedt om "zwaarwegende maatschappelijke belangen" in

uitzonderlijke omstandigheden te laten prevaleren boven die van de gezamenlijke schuldeisers, zorgt dus voor rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid, zowel bij de curator zelf als bij degenen die met die curator te maken hebben (bijvoorbeeld als aangesproken persoon).

Daar staat tegenover dat de norm de ruimte biedt aan curatoren om in concrete gevallen aan te sluiten bij hetgeen op een bepaald tijdstip door hen als maatschappelijk betamelijk wordt gezien.⁴⁹ Ook hier speelt echter hetzelfde probleem. Wat als maatschappelijk betamelijk wordt gezien, is namelijk niet alleen afhankelijk van de tijdsgeest, maar ook van de persoonlijke percepties van curatoren. Als de wens is om curatoren bij hun taakuitoefening meer aansluiting te laten zoeken bij hetgeen dat maatschappelijk betamelijk wordt geacht, dan is beleidsvrijheid daarvoor niet de meest geschikte optie (zie hierover meer in de volgende paragraaf).

Al met al brengt bovenstaande ons tot de conclusie dat de huidige praktijk kan leiden tot een onrechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht van schuldeisers en dat het huidige normenkader zorgt voor rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid voor de bij een faillissement betrokken actoren.

3.2 Waarde van duidelijke richtsnoeren

Volgens de Hoge Raad mogen – en soms moeten – curatoren naar geldend recht rekening houden met alle belangen die bij de afwikkeling van een faillissement spelen.⁵⁰ De beleidsvrijheid die curatoren bij die belangenafweging hebben, maakt het echter lastig om het gedrag van curatoren te sturen en – met het oog op rechtseenheid en rechtszekerheid – op elkaar af te stemmen. Wat curatoren in een concreet faillissement *moeten* doen, is immers onduidelijk. Hoewel kan worden beargumenteerd dat een ruime beleidsvrijheid recht doet aan de wijze waarop curatoren moeten manoeuvreren tussen verschillende, vaak tegenstrijdige, belangen, is die beleidsvrijheid niet het meest geschikte instrument om zo nodig een gedragsverandering bij curatoren te bewerkstelligen. Of dit nodig is, hangt ervan af of de verschillende aanpak eventueel tot ongewenste resultaten leidt, al naargelang de opvattingen van de curator die in een concreet faillissement is aangesteld. Het ingewikkelde in deze discussie is dat mogelijk ongewenste resultaten niet altijd in een specifieke casus zijn aan te wijzen; of er een 'foute' beslissing is genomen en of er dus in individuele gevallen iets is misgegaan, weten we niet. De curator vult zijn beleidsvrijheid naar eer en geweten in, en de vraag of een andere curator in een identieke situatie tot een andere beslissing zou zijn gekomen, blijft onbeantwoord en is als hypothetische situatie ook niet te beantwoorden behoudens in gevallen waarin curatoren om deze redenen persoonlijk aansprakelijk zijn gebleken. Het onwenselijke aan de grote variëteit in taakopvatting en daarop gebaseerde oordelen van verschillende curatoren ziet op de

44 Reumers *TvCu* 2023/1, par 3.

45 Europees Hof voor de Rechten van de Mens 5 juli 2018, nrs. 41299/09 en 11132/10 (Nußberger, Potocki, Grozev, Mits, Kucsko-Stadlmayer, Hüseyinov, Chanturia), *JOR* 2019/64, m.n. I. Kokorin en B. Wessels.

46 Zie ook Reumers *TvCu* 2023/1, par. 3, die echter betoogt dat het huidige normenkader wel voldoet aan de regels voor inbreuk op het eigendomsrecht.

47 Pool 2022, p. 136, Van Eekelen-Atema 2021 en de resultaten van de in dit artikel besproken surveystudie.

48 S.H. de Ranitz, 'Crediteurenbelang versus 'andere belangen'', in: S.C.J.J. Kortmann et al (red.), *De curator, een octopus* (Serie Onderneming en Recht deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 en Reumers *TvCu* 2023/1, p. 6.

49 Van Eekelen-Atema en Van Hees 2023 en Reumers *TvCu* 2023/1, par. 3.

50 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*).

onzekerheid, ongelijkheid en onvoorspelbaarheid in het systeem van de faillissementsafwikkeling.⁵¹

De resultaten van dit onderzoek laten zien dat curatoren voornamelijk waarde lijken te hechten aan wettelijke verplichtingen en minder aan hetgeen maatschappelijk betaamelijk is, omdat dit laatste minder algemeen hanteerbaar is, want het wordt beïnvloed door het eigen normenkader van iedere curator afzonderlijk. Zo geven vrijwel alle curatoren uitvoering aan hun fraudesignalerende taak, die hen wettelijk opgedragen is, ook als dat ten koste gaat van (een deel van) de uitkering aan de gezamenlijke schuldeisers en ook al vinden zij dat die taak niet bij de curator zou moeten liggen. Tegelijkertijd willen curatoren het milieubelang, dat gezien de huidige tijdsgeest als een zwaarwegend maatschappelijk belang zou kunnen worden beschouwd, niet op grote schaal ten koste van een uitkering aan de gezamenlijke schuldeisers laten gaan. Voor andere door de curatoren in het surveyonderzoek genoemde maatschappelijke belangen geldt dit mogelijk nog sterker.

Hoewel vaak wordt betoogd dat een grotere rol voor de maatschappelijke belangen ten koste zou gaan van voorzienbaarheid en rechtszekerheid,⁵² zijn wij van mening dat duidelijke regels over de rol en het gewicht van maatschappelijke belangen de voorzienbaarheid en rechtszekerheid juist kunnen vergroten.⁵³ Als de wens bestaat om curatoren meer maatschappelijk verantwoord te laten vereffen, dan is meer duidelijkheid over de gewenste belangenafweging nuttig en wellicht zelfs noodzakelijk.⁵⁴ Wellicht zou er in lijn met het huidige tijdsgewricht meer gewicht moeten worden toegekend aan maatschappelijke belangen (zoals het milieu) of aan de belangen van kwetsbare schuldeisers, zoals consumenten of cliënten van zorginstellingen. Het bestaande normenkader lijkt te suggereren dat dat niet de bedoeling is, en als het wel gebeurt, dan komt dat omdat die belangen in de ogen van de in dat specifieke faillissement aangestelde individuele curator belangrijk zijn, terwijl dat bij een andere curator niet hetzelfde hoeft te zijn. Dat wil overigens niet zeggen dat curatoren in de hun toevertrouwde faillissementen niet de 'juiste' beslissingen nemen, maar het is eenvoudigweg niet te toetsen. Of het wenselijk is om meer gewicht toe te kennen aan andere belangen, en zo ja, aan welke belangen dan meer gewicht zouden moeten worden toegekend en hoe groot het verschil in uitkeringspercentage mag zijn, vergt een nadere afweging die niet door een individuele curator in het specifieke faillissement gedaan moet worden, maar een die langs de weg van politieke besluitvorming en regelgeving tot stand moet komen, net zoals dat is gebeurd bij de fraudesignalerende taak van de curator in artikel 68 lid 2 Fw: de meningen over deze aanpassing van de Faillissementswet in literatuur

en praktijk liepen (en lopen) fors uiteen, maar de opdracht van de wetgever aan de curator heeft hier wel richting gegeven. Het lijkt ons daarom op basis van dit onderzoek wenselijk om ook voor de andere maatschappelijke belangen bovenstaande vragen in een politiek besluitvormingsproces te beantwoorden en de gewenste belangenafweging en wettelijk vast te leggen.

3.3 Eigenbelang van curatoren

Curatoren mogen rekening houden met alle belangen die bij de afwikkeling van een faillissement spelen en dat zij dat doen blijkt ook uit ons onderzoek. Uitzondering op die regel lijkt het eigenbelang van de curator. Een groot aantal curatoren meent dat hun collega-curatoren – in hun ogen ten onrechte – hun eigenbelang bij belangenafwegingen betrekken, terwijl vrijwel geen enkele curator voor zichzelf aangeeft dat het eigenbelang mag worden meegewogen. Mogelijk bestaat er een vorm van onbehagen onder curatoren dat hen ervan weerhoudt om toe te geven dat het eigenbelang een rol speelt bij de afwikkeling van faillissementen, terwijl dat toch kan worden beschouwd als een legitiem belang. Het is ook iets dat bij lege boedels pijnlijk zichtbaar wordt wanneer de curator zijn of haar werkzaamheden zonder (adequate) beloning moet uitvoeren.

Het gebrek aan openheid over de rol van het eigenbelang van de curator bij de afwikkeling van faillissementen lijkt gevolgen te hebben voor het vertrouwen dat curatoren op dit punt in hun eigen beroepsgroep hebben.⁵⁵ Ook in de maatschappij klinken regelmatig geluiden waaruit blijkt dat het vertrouwen in curatoren niet onverminderd groot is. Zo verschijnen met enige regelmaat mediaberichten waarin vraagtekens worden gesteld bij het salaris(verzoek) van een curator, zeker wanneer geen uitkering kan worden gedaan aan de concurrente schuldeisers.⁵⁶ Meer openheid en duidelijkheid over de rol van het gerechtvaardigde eigenbelang van de curator zou kunnen bijdragen aan het maatschappelijke vertrouwen in de beroepsgroep.

Bovendien zou meer duidelijkheid over het eigenbelang van de curator een rol kunnen spelen bij de oplossing van de legeboedelproblematiek. Als iedere curator blijft volhouden dat het eigenbelang geen rol speelt bij de afwikkeling van faillissementen, ontstaat er ook geen gevoel van urgentie om het probleem op te lossen. Meer inzicht in de wijze waarop het eigenbelang van curatoren de taakuitoefening belemmert, kan bijdragen aan het zoeken naar oplossingen voor die belemmeringen voor deze problematiek.

Samenvattend laten bovengenoemde implicaties zien dat de huidige wijze waarop curatoren belangen afwegen schuurt. Curatoren hebben volgens vaste rechtspraak rekening te

51 Zie N. Strohmaier en J.M.W. Pool, 'Ruis bij open normen. Een onderschat risico voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid', Pre-advies voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2023, te raadplegen via <https://www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl>.

52 Reumers TvCu 2023/1, par 3; Van Zanten 2012, par. 2.5.3.

53 Zie ook Pool 2022, par. 8.4.2.

54 Pool Tvl 2022/22.

55 Zie ook Pool 2022, par. 4.5.2.

56 J. Polman, 'Curatoren Imtech en topadvocaten De Brauw clashen over 'graai-gedrag'', fd.nl, 2 november 2020; R. de Boeck, 'De een zijn dood... Curatoren doen aan gelegaliseerde necrofilie', quote.nl, 25 september 2020; D. Mijnheer, 'Het extreme verdienmodel van curatoren', ftm.nl, 26 september 2015.

houden met alle belangen die bij de afwikkeling van een faillissement spelen, maar wat zij daarbij moeten doen, lijkt niet altijd duidelijk. De beleidsvrijheid die curatoren hebben bij belangenafwegingen, maakt dat het risico bestaat dat zij geen rekening houden met zwaarwegende maatschappelijke belangen terwijl dat wel zou moeten, of dat er juist wel rekening wordt gehouden met belangen terwijl die niet of onvoldoende zwaarwegend zijn. Bovendien lijkt het niet of nauwelijks bespreekbaar om het eigenbelang van een curator in die belangenafweging te betrekken, terwijl dat eigenbelang gerechtvaardigd is en door het groeiende aantal lege boedels meer speelt dan ooit tevoren.

4. Ter afsluiting: suggesties voor vervolgonderzoek

Bovenstaande conclusies leiden tot een aantal vervolgvragen. Ten eerste denken wij aan de vraag welke belangen bij de afwikkeling van faillissementen meer aandacht zouden moeten krijgen en of die aandacht ten koste mag gaan van een (deel van de) uitkering van de gezamenlijke schuldeisers.⁵⁷ Het gaat dan, naast wettelijke belangen (fraudebestrijding) en evidente belangen (kwesties van leven of dood bij zorginstellingen), om bijvoorbeeld werknemersbelangen, milieubelangen of belangen van kwetsbare groepen zoals bepaalde groepen consumenten.

Ten tweede is het, gezien de grote verschillen in de wijze waarop individuele curatoren belangen afwegen, de vraag hoe curatoren het beste kunnen worden aangemoedigd om bepaalde belangen in hun belangenafweging mee te nemen (en zo ja, met hoeveel gewicht) en hoe ze kunnen worden ontmoedigd om andere minder of niet-zwaarwegende belangen mee te nemen, zodat de wijze waarop curatoren faillissementen afwickelen voorspelbaarder en daarmee minder willekeurig wordt.⁵⁸ Het lijkt ons daarom relevant onderzoek te doen naar de drijfveren van curatoren om een bepaald maatschappelijk belang te laten prevaleren. Het eigen waarden- en normenstelsel van de curator kan daarbij intrinsiek een rol spelen, maar de curator heeft ook te maken met druk, regels en verwachtingen van buitenaf. De belangenafweging door een curator kan extrinsiek gemotiveerd zijn door bijvoorbeeld de rechtbank, de specifieke rechter-commissaris, wet- en regelgeving, collega's, commerciële overwegingen en maatschappelijke druk. Voorts valt te verwachten dat ervaringen uit eerdere faillissementen de belangenafweging in een volgend faillissement beïnvloeden.

Ten derde is vervolgonderzoek naar het oplossen of beperken van de legeboedelproblematiek relevant om meer inzicht te krijgen in de rol die het eigenbelang van de curator speelt bij de afwikkeling van faillissementen, en hoe

de invloed van dat eigenbelang kan worden gereguleerd.⁵⁹ In dit kader is het interessant om meer inzicht te krijgen in de achtergronden van het verschil tussen hetgeen curatoren over zichzelf zeggen en wat zij over andere curatoren zeggen. Is het daadwerkelijk zo dat zij vinden dat zij zelf nooit hun eigenbelang laten prevaleren of is sprake van een bepaalde terughoudendheid (onbehagen) om dat toe te geven of een al dan niet onbewust vooroordeel of *bias*?

Ten vierde en afsluitend vinden wij het relevant om onderzoek te doen naar het beeld dat curatoren onderling van elkaar hebben, alsmede naar het beeld van curatoren bij andere partijen die regelmatig met curatoren te maken hebben. De curator draagt een bijzondere verantwoordelijkheid en heeft in ieder faillissement te maken met conflicterende belangen. Als de 'boodschapper van het slechte nieuws' is de curator volgens bepaalde betrokkenen snel de boeman of boevrouw ('boemens'?), zelfs als de curator kort gezegd geen verkeerde of vreemde beslissing heeft genomen. Het is de vraag wat dit doet met de persoon van de curator en welke invloed dit heeft op diens handelen bij de afwikkeling van faillissementen. Mogelijk dat dergelijk onderzoek een bijdrage kan leveren aan een betere maatschappelijke acceptatie van de rol van de curator en daarmee van faillissementen in het algemeen.

57 Zie ook J.M.W. Pool, 'Rethinking the Goal of Bankruptcy Proceedings', *Erasmus Law Review* 2023/2, doi: 10.5553/ELR.000247.

58 Zie ook Pool 2022, par. 8.4.

59 In dit kader voert de Universiteit Leiden (Jessie Pool, Reinout Vriesendorp, Peter van der Zwan en Harold Koster) in samenwerking met SEO Economisch onderzoek in opdracht van het WODC een onderzoek uit naar de financiering van curatoren, zie <https://www.wodc.nl/onderzoek-in-uitvoering/welk-onderzoek-doen-we/3365---financiering-curator>.

Annex 1. Survey

Welkom bij de survey voor het INSOLAD Lustrumcongres 2023!

De survey gaat over de taak van de curator. Invullen neemt maximaal 5 minuten in beslag. Het is belangrijk dat u de survey voorafgaand aan het congres invult.

Vraag 1. Wat is uw unieke en anonieme inschrijfnummer? (zie het nummer in de e-mail met het verzoek de survey in te vullen)

Vraag 2. Wat is uw beroep? (meerdere antwoorden mogelijk)

- ☐ Advocaat
- ☐ Curator
- ☐ Rechter
- ☐ Wetenschapper
- ☐ Financieel deskundige
- ☐ Anders, namelijk ...

Vraag 3. Hoeveel jaar werkervaring heeft u op het terrein van het insolventierecht?

Vraag 4. Wat is uw leeftijd?

Vraag 5. Wat is uw geslacht?

- ☐ Man
- ☐ Vrouw
- ☐ Anders
- ☐ Zeg ik liever niet

Vraag 6. In welk arrondissement bent u advocaat?

(alleen zichtbaar voor degenen die bij vraag 2 aangaven advocaat en/of curator te zijn)

- ☐ Amsterdam
- ☐ Den Haag
- ☐ Gelderland
- ☐ Limburg
- ☐ Midden-Nederland
- ☐ Noord-Holland
- ☐ Noord-Nederland
- ☐ Oost-Brabant
- ☐ Overijssel
- ☐ Rotterdam
- ☐ Zeeland-West-Brabant

Vraag 7. Heeft u weleens andere belangen dan die van de gezamenlijke schuldeisers laten prevaleren bij de afwikkeling van een faillissement?

(alleen zichtbaar voor degenen die bij vraag 2 aangaven werkzaam te zijn als curator)

- ☐ Ja
- ☐ Nee

Vraag 8. Waarom heeft u er toen voor gekozen om die belangen boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers

te laten prevaleren? Om welke belangen/stakeholders ging het?

(alleen zichtbaar voor de curatoren die bij vraag 7 'ja' hebben geantwoord)

Vraag 9. Waarom niet?

(alleen zichtbaar voor de curatoren die bij vraag 7 'nee' hebben geantwoord)

Vraag 10. Bent u weleens bij een faillissement betrokken geweest waarbij de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt heeft gemaakt aan andere belangen?

(alleen zichtbaar voor degenen die bij vraag 2 aangaven niet werkzaam te zijn als curator)

- ☐ Ja
- ☐ Nee

Vraag 11. Om welke belangen ging het? Waarom heeft de curator destijds gekozen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt te maken aan die andere belangen?

(alleen zichtbaar voor de respondenten die bij vraag 10 'ja' hebben geantwoord)

Vraag 12. Bent u weleens in een andere hoedanigheid dan die van curator bij een faillissement betrokken geweest waarbij de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt heeft gemaakt aan andere belangen?

(alleen zichtbaar voor degenen die bij vraag 2 aangaven werkzaam te zijn als curator)

- ☐ Ja
- ☐ Nee

Vraag 13. Om welke belangen ging het? Waarom heeft de curator destijds gekozen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt te maken aan die andere belangen?

(alleen zichtbaar voor de curatoren die bij vraag 12 'ja' hebben geantwoord)

Vraag 14. Vindt u dat een curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt mag maken aan andere belangen?

- ☐ Ja
- ☐ Nee

Vraag 15. Wanneer mag een curator volgens u de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt maken aan andere belangen?

(alleen zichtbaar voor de respondenten die bij vraag 14 'ja' hebben geantwoord)

Vraag 16. Waarom mag een curator volgens u de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet ondergeschikt maken aan andere belangen?

(alleen zichtbaar voor de respondenten die bij vraag 14 'nee' hebben geantwoord)

Vraag 17. Met welke belangen en met welke stakeholders mogen curatoren volgens u bij de afwikkeling van een faillissement rekening houden?

Dit waren de laatste vragen. Neem nog even de tijd om te controleren of u alle belangen en stakeholders die u relevant acht bij de afwikkeling van faillissementen in de voorgaande vraag heeft benoemd.

Als u op volgende klikt, wordt de survey ingediend.

Veel dank voor het invullen van deze survey. Mocht u vragen hebben, of uw antwoord willen laten verwijderen, neem dan contact op met Jessie Pool via j.m.w.pool@law.leidenuniv.nl.

We kijken ernaar uit u te zien tijdens het INSOLAD Lustrumcongres 2023 in Brugge!

Annex 2. Casus 1: Fraudebestrijding**Casus Bekker N.V.**

Bekker N.V. is een vennootschap die zich bezighoudt met de verkoop van huishoudelijke artikelen. Bekker heeft last gehad van de opkomst van prijsstunters die artikelen voor veel lagere prijzen kunnen aanbieden. Bovendien weet de webshop van Bekker onvoldoende klanten te trekken om te concurreren met de online webshops. Bekker N.V. wordt uiteindelijk failliet verklaard en u wordt aangesteld als curator.

Tijdens het eerste kennismakingsgesprek met het bestuur krijgt u niet het gevoel dat het bestuur de zaken goed op orde heeft. Beide bestuurders geven tijdens dat gesprek aan door hun persoonlijke omstandigheden onvoldoende tijd te hebben om hun volledige aandacht te richten op het faillissement van Bekker en daaraan hun medewerking te verlenen. Zij vragen u om enkele weken geduld. Ook na enkele weken heeft u nog geen compleet inzicht gekregen in de administratie en de financiën. Ondertussen wordt u benaderd door werknemers die de oorzaak van het faillissement bij het bestuur leggen. Een eerste quick scan van de gedeeltelijke administratie lijkt te suggereren dat er inderdaad fouten zijn gemaakt.

Om vast te stellen of wat er precies mis is gegaan in de aanloop naar het faillissement, moet u nader onderzoek verrichten. De boedel bevat voldoende geld om dat onderzoek te verrichten, maar als u het onderzoek uitvoert en er blijkt geen verhaal mogelijk dan kunt u de schuldeisers 10% minder uitkeren dan wanneer u besluit geen nader onderzoek te verrichten. Welke beslissing neemt u?

Vraag 1. Wat is uw unieke inschrijfnummer (zie badge)?

Vraag 2. Welke beslissing neemt u?

- ☐ Ik verricht geen nader onderzoek
- ☐ Ik verricht wel nader onderzoek

Vraag 3. Waarom?

Vraag 4. In de casus is aangegeven dat u – door nader onderzoek te verrichten – verwacht dat u de schuldeisers 10% minder kunt uitkeren als uiteindelijk het onderzoek niets oplevert, omdat er geen vordering blijkt te bestaan of verhaal niet mogelijk blijkt. Bij welk uitkeringspercentage zou uw antwoord op vraag 2 anders worden? Als het uitkeringspercentage niet relevant is voor uw beslissing, kunt u de optie onder de slider aanvinken.

___ %

- ☐ Het verschil in uitkeringspercentage is niet relevant voor mijn beslissing

Annex 3. Casus 2: Behoud iconische onderneming en producten**Casus Bekker N.V.**

Bekker N.V. is een vennootschap die zich bezighoudt met de verkoop van huishoudelijke artikelen. Bekker heeft meer dan vierhonderd winkels die al sinds 1892 menig straatbeeld kleuren. Het bedrijf staat bekend als een van de meest iconische bedrijven in Nederland en de iconische Bekker producten zijn in menig huishouden terug te vinden.

Bekker heeft echter last gehad van de opkomst van prijsstunters die artikelen voor veel lagere prijzen kunnen aanbieden. Bovendien weet de webshop van Bekker onvoldoende klanten te trekken om te concurreren met de andere webshops. Bekker N.V. wordt uiteindelijk failliet verklaard en u wordt aangesteld als curator.

Het faillissement van Bekker zorgt voor een schokgolf in Nederland. Er worden verschillende actiegroepen in het leven geroepen die met leuzen als 'Red de Bekker' en 'Behoudt Hollands Glorie' proberen te bewerkstelligen dat de winkels van Bekker niet uit het straatbeeld verdwijnen en de iconische producten te koop blijven.

Na een uitgebreid onderzoek naar doorstartmogelijkheden, blijven twee kandidaten over die de onderneming van Bekker willen overnemen. Doorstarter 1 is een Amerikaanse private equity partij die van plan is om de onderneming in te richten naar het model van de succesvol gebleken prijsstunters. De winkels van Bekker zullen uit het straatbeeld verdwijnen en de doorstarter wil geen toezeggingen doen over het voortzetten van de verkoop van de iconische producten. Doorstarter 2 is een Nederlandse investeerder die de reputatie van Bekker juist wil gebruiken door daarop voort te borduren, zij het met een efficiëntere bedrijfsvoering. Deze doorstarter doet ook verregaande toezeggingen rond de voortgezette verkoop van de iconische producten. De overige voorwaarden voor de overname zijn voor beide doorstarters vergelijkbaar. Als u besluit in zee te gaan met doorstarter 2, kunt u de schuldeisers 10% minder uitkeren dan wanneer u besluit in zee te gaan met doorstarter 1. Welke beslissing neemt u?

Vraag 1. Wat is uw unieke inschrijfnummer (zie badge)?

Vraag 2. Met welke partij zou u een overeenkomst sluiten?

- ☐ Doorstarter 1: Amerikaanse private equity partij
- ☐ Doorstarter 2: Nederlandse investeerder

Vraag 3. Waarom?

Vraag 4. In de casus is aangegeven dat u – door in zee te gaan met de Nederlandse investeerder (doorstarter 2) – verwacht dat u de schuldeisers 10% minder kunt uitkeren. Bij welk uitkeringspercentage zou uw antwoord op vraag 2 anders

worden? Als het uitkeringspercentage niet relevant is voor uw beslissing, kunt u de optie onder de slider aanvinken.

____ %

Het verschil in uitkeringspercentage is niet relevant voor mijn beslissing

Annex 4. Casus 3: Milieu***Casus Bekker N.V.***

Bekker N.V. is een vennootschap die zich bezighoudt met de verkoop van huishoudelijke artikelen. Bekker heeft last gehad van de opkomst van prijsstunters, die artikelen voor veel lagere prijzen kunnen aanbieden. Bovendien weet de webshop van Bekker onvoldoende klanten te trekken om te concurreren met de andere webshops. Bekker N.V. wordt uiteindelijk failliet verklaard en u wordt aangesteld als curator.

Onderdeel van de ooit zo succesvolle formule van Bekker was de mogelijkheid voor klanten om oude huishoudelijke artikelen in te leveren voor korting en daarmee recycling te stimuleren. Tijdens het eerste kennismakingsgesprek met het bestuur komt u erachter dat veel van de ingeleverde artikelen nog aanwezig zijn op een door Bekker gehuurde werkplaats naast het hoofdkantoor van Bekker. De verhuurder heeft de huur inmiddels opgezegd en vraagt u om de huishoudelijke artikelen snel te verwijderen.

U benadert de afvalverwerker die u vaker bij afwikkeling van faillissementen inschakelt voor een offerte voor het afvoeren van de huishoudelijke artikelen. De afvalverwerker geeft aan dat u de huishoudelijke artikelen kunt laten afvoeren voor verwerking in de verbrandingsoven of tegen een meerprijs kunt laten scheiden zodat deze nagenoeg geheel gerecycled kunnen worden. De boedel bevat voldoende geld om de huishoudelijke artikelen te laten scheiden voor recycling, maar als u hiertoe besluit, kunt u de schuldeisers 10% minder uitkeren dan wanneer u besluit niet te recyclen. Welke beslissing neemt u?

Vraag 1. Wat is uw unieke inschrijfnummer (zie badge)?

Vraag 2. Welke beslissing neemt u?

- ☐ Ik laat de huishoudelijke artikelen afvoeren
- ☐ Ik laat de huishoudelijke artikelen scheiden zodat deze gerecycled kunnen worden

Vraag 3. Waarom?

Vraag 4. In de casus is aangegeven dat door te recyclen u de schuldeisers 10% minder kunt uitkeren. Bij welk uitkeringspercentage zou uw antwoord op vraag 2 anders worden? Als het uitkeringspercentage niet relevant is voor uw beslissing, kunt u de optie onder de slider aanvinken.

___ %

- ☐ Het verschil in uitkeringspercentage is niet relevant voor mijn beslissing