



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Over de fragiele relatie tussen de curator en de rechter-commissaris

Pool, J.M.W.

Citation

Pool, J. M. W. (2023). Over de fragiele relatie tussen de curator en de rechter-commissaris. *Financiering, Zekerheden En Insolventierechtpraktijk*, 2023(7), 22-35. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3725159>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3725159>

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

232. Over de fragiele relatie tussen de curator en de rechter-commissaris

MR. DR. J.M.W. POOL

De wettelijke taak van de rechter-commissaris is het houden van toezicht op de curator. Tegelijkertijd is de rechter-commissaris ook broodheer en beoordelaar van de curator. Deze combinatie van functies kan op veel kritiek rekenen. In dit artikel bespreekt de auteur op basis van empirisch onderzoek in hoeverre die kritiek terecht is. Afsluitend concludeert ze dat de meeste kritiek kan worden weggenomen door te investeren in de relatie tussen de curator en de rechter-commissaris.

1. Introductie

De wettelijke taak van de rechter-commissaris is die van toezichthouder.¹ De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel, hetgeen inhoudt dat hij toezicht houdt op de werkzaamheden van de curator. In de praktijk is de rechter-commissaris echter allesbehalve slechts toezichthouder van de curator. Als onderdeel van de insolventieafdeling van de rechtbank fungeert de rechter-commissaris ook als rechter in de rechtbank, die bepaalt welke curator in welk faillissement wordt benoemd. Daarmee is de rechter-commissaris als onderdeel van die rechtbank ook broodheer van de curator. Bovendien is het gebruikelijk dat de rechtbank evaluatiegesprekken voert met curatoren. Omdat degenen die de evaluatiegesprekken voeren, eveneens rechter-commissaris zijn, fungeert de rechter-commissaris ook als beoordelaar van de curator.

Deze combinatiefunctie van toezichthouder, broodheer en beoordelaar maakt de relatie tussen de rechter-commissaris en de curator bijzonder, of beter gezegd fragiel.² Sinds jaar en dag klinkt er kritiek op de verschillende petten van de rechter-commissaris, met name omdat deze petten onderling onverenigbaar zouden zijn en bovendien niet zouden

zorgen voor effectief toezicht.³ Verschillende oplossingen zijn de revue gepasseerd, variërend van het verkleinen van de rol van de rechter-commissaris bij het toezicht tot het verbeteren van de opleiding van rechters-commissarissen, maar geen van die oplossingen heeft geleid tot een substantiële wijziging van de invulling van de taak van de rechter-commissaris. Ik durf te stellen dat een substantiële wijziging

3 Zie bijv. H.S. Menonides & P.C. Voûte, 'Good bankruptcy governance: "checks and balances"', *TvI* 2004/23; B. Wessels, 'Toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Toetsing door de R-C', *MvV* 2007/12, p. 264; W. Aerts, 'Het toezicht op de integriteit van de faillissementscurator', *TvI* 2007/31, par. 11; F.H.E. Boerma, 'Krijgt het rechterlijk toezicht nog enig krediet?', *TvI* 2007/38, afl. 6, p. 191-193; R.D. Vriesendorp, 'De R-C bij insolventies: onpartijdige rechter of betrokken commissaris?', in: *Justitiële verkenningen: Faillissement, jaargang 26, 2000*, nr. 2, p. 55 e.v.; zie ook B.J. Engberts, 'Toezicht in insolventies in ontwikkeling', *TvI* 2005/40, p. 171-179; R.J. van Galen, 'Waarheen met de R-C?', *TvI* 2021/36; T.B. de Clerck & R.J. van Galen, 'Artikel 67 Fw: een kansloze exercitie?', in: *De curator en het Faillissementsproces(recht), INSOLAD jaarbundel 2020*, p. 225 e.v.; R.J. van Galen, 'Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement', *WPNR* 2001/6463, p. 905-911, met name onder 3. 'Het interne appel' en 4. 'Het getuigenverhoor van artikel 66 Fw'. R.J. van Galen, 'Knelpunten in ons insolventierecht', *Ondernemingsrecht* 2014/81, v.a. 6. 'Structurele herziening'. R.J. van Galen, 'Toezicht op de curator in faillissement', in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, 2006, p. 137 e.v. Vgl. M.C. van Genugten, 'Kort commentaar bij twee procedures over de curator en het EVRM: Wie is de onafhankelijke rechter bij een verzoek tot ontslag van de curator en welke rechten heeft de failliet op inzage in het faillissementsdossier?', *TvCu* 2021/3, p. 70-74. A. van Hees, 'Toezicht op de R-C', *TvI* 2010/25, p. 159; R.D. Vriesendorp, 'De R-C als trendvolger', *TvI* 1995/5; R. Mulder, 'Verdere professionalisering van het benoemingsbeleid en toezicht op de kwaliteit van curatoren', *TvI* 2005/41; W.A.H. Melissen, 'Toezicht op toezicht?', *TvI* 2011/5; P.J. Neijt, 'De curator: een octopus, de R-C: een kwal?', in: J.J. Reiziger & A. van der Schee (red.), *De Curator en Informatie, INSOLAD jaarboek 2013*, p. 79-88. Ph.W. Schreurs, 'Op weg naar transparant toezicht', *TvI* 2018/26; J.W.M. Tromp, 'Werk aan de winkel voor de wetgevingsjurist', *WPNR* 6463 (2001), p. 911 e.v.; J.J. van Hees, 'De schone schijn van toezicht in het insolventierecht', in: T. Havinga, P. Verbruggen & H.C.F.J.A. de Waele (red.), *Toezicht tegen het licht*, 2015, p. 157-171, par. 11.5; H.H. Dethmers, 'Het toezicht van de R-C op curatoren', *TvI* 2004/5.

1 Art. 64 Faillissementswet (hierna: 'Fw').

2 R.D. Vriesendorp, 'De curator en de rechter: soms net (geen) egeltjes', *TvI* 2010/12.

ook niet nodig is, omdat een relatief eenvoudige oplossing voorhanden is, te weten het verbeteren van de relatie tussen de curator en de rechter-commissaris.

In dit artikel onderbouw ik de stelling dat het verbeteren van de relatie tussen de rechter-commissaris en de curator zorgt voor beter toezicht. Het artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 ga ik in op de verschillende petten van de rechter-commissaris in relatie tot de curator, waarbij ik aandacht besteed aan de risico's die voortvloeien uit de combinatie van petten. Vervolgens doe ik in paragraaf 3 verslag van twee empirische studies, op basis waarvan ik in paragraaf 4 concludeer dat het verbeteren van de relatie tussen de rechter-commissaris en de curator zorgt voor beter toezicht.

2. De drie petten van de rechter-commissaris

2.1 De rechter-commissaris als broodheer van de curator

De eerste pet die de rechter-commissaris op kan zetten, is die van broodheer van de curator. De rechters-commissarissen benoemen, als onderdeel van de rechtbank die het faillissement uitspreekt, de curator (en de rechter-commissaris) in een specifiek faillissement (art. 14 Fw).⁴ In de praktijk bestaat de rechtbank die het faillissement uitspreekt, uit dezelfde rechters die fungeren als rechter-commissaris in een specifiek faillissement. De rechter-commissaris heeft dus een belangrijke stem in de benoeming van curatoren in een specifiek faillissement.

De rechtbank benoemt in de regel slechts advocaten die zijn geplaatst op de zogenoemde curatorenlijst tot curator.⁵ Om op deze curatorenlijst te worden geplaatst moet een advocaat bij de rechtbank waar hij op het tableau is gesteld een schriftelijk verzoek indienen. De rechtbank beslist vervolgens op basis van twee toetsen of de curator (voorlopig) kan worden toegelaten tot de curatorenlijst:

- De eerste toets bestaat uit een kwalitatieve geschiktheidstoets over de kennis en de ervaring van de advocaat.⁶ Zo dient de advocaat onder meer tenminste anderhalf jaar ingeschreven te staan als advocaat, voldoende ervaring te hebben met de afwikkeling van faillissementen en direct na benoeming voldoende tijd te kunnen besteden aan de afwikkeling van faillissementen. Bovendien moet de advocaat werkzaam zijn bij een kantoor *'waar minstens één andere curator werkzaam is die op de lijst van aan te stellen curatoren uit het arrondissement van vestiging is geplaatst.'*⁷
- De tweede toets is een omstandighedentoets. De omstandighedentoets houdt in dat de rechtbank het ver-

zoek tot plaatsing op de curatorenlijst slechts honoreert *'wanneer zij uitbreiding / wijziging van de lijst van aan te stellen curatoren wenselijk acht, mede gelet op het aantal uitgesproken en te verwachten aantal uit te spreken faillissementen, geografische spreiding van curatoren en faillissementen en kennis en ervaring van de curatoren op de lijst.'*⁸ Dat betekent dat een curatorenlijst ook 'op slot' kan zitten omdat er voldoende curatoren zijn om de uitgesproken faillissementen af te wikkelen. De rechtbank kan ook bepalen dat de advocaat *voorlopig* op een curatorenlijst wordt geplaatst. Als dat het geval is, bekijkt de rechtbank na twee jaar of de curator goed genoeg functioneert om de plaatsing te continueren.⁹

Plaatsing op de curatorenlijst betekent niet dat curatoren het 'recht op aanstelling' hebben. Meer ervaren curatoren dienen er ingevolge de Recofa-richtlijnen bovendien op bedacht te zijn dat de rechtbank van hen kan verlangen dat zij plaatsmaken voor aanwas van jonge curatoren op de lijst.¹⁰ De rechtbank kan daarnaast, op verzoek van de curator zelf of op voordracht van de rechtbank, besluiten om een advocaat van de curatorenlijst te schrappen.¹¹ Een curator wordt met onmiddellijke ingang van de curatorenlijst geschrapt wanneer sprake is van zwaarwegende omstandigheden zoals verlies van vertrouwen van de rechters-commissarissen of ernstige of herhaalde incidenten bij de afwikkeling van faillissementen. De rechtbank kan ook besluiten om een curator met inachtneming van een opzegtermijn van maximaal 18 maanden van de curatorenlijst te verwijderen, wanneer daar redenen voor zijn. De Recofa-richtlijnen noemen als redenen een *'niet constructieve samenwerking met andere curatoren, ketenpartners of gefailleerde'*, een *'reorganisatie in het arrondissement'* of een verwachte beperking van de inzetbaarheid *'gelet op de verwachtingen rond het aantal en het type uit te spreken faillissementen of de aanwas van nieuwe curatoren.'*¹²

Waar de vereisten voor plaatsing op de curatorenlijst behoorlijk uitgebreid worden beschreven, geldt dat in mindere mate voor benoeming in individuele faillissementen.¹³ De rechtbank moet op grond van art. 14 lid 5 Fw bij de aanstelling van curatoren rekening houden met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en de deskundigheid van de curator. De procedure en voorwaarden voor

4 Van Galen, *TvI* 2021/36; Dethmers, *TvI* 2004/5; B. Wessels, 'Taak en aansprakelijkheid van de R-C in insolventiezaken', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, 2003, p. 607-608.

5 Recofa-richtlijnen aanstellen curatoren, versie 2023.

6 Recofa-richtlijnen aanstellen curatoren, versie 2023, onder 'geschiktheids-criteria'.

7 Recofa-richtlijnen aanstellen curatoren, versie 2023, onder 'geschiktheids-criteria'.

8 Recofa-richtlijnen aanstellen curatoren, versie 2023, onder 'criteria plaatsing op de lijst'.

9 Recofa-richtlijnen aanstellen curatoren, versie 2023, onder 'voorlopige plaatsing op de lijst'.

10 Recofa-richtlijnen aanstellen curatoren, versie 2023, onder 'continuering plaatsing op de lijst'.

11 Recofa-richtlijnen aanstellen curatoren, versie 2023, onder 'redenen om niet meer in aanmerking komen om te worden aangesteld als curator en verwijdering van de lijst van aan te stellen curatoren'.

12 Recofa-richtlijnen aanstellen curatoren, versie 2023, onder 'redenen om niet meer in aanmerking komen om te worden aangesteld als curator en verwijdering van de lijst van aan te stellen curatoren'.

13 Zie ook Dethmers, *TvI* 2004/5, par. 6.

aanstelling van curatoren moeten duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.¹⁴ Volgens de Recofa-richtlijnen houdt de rechtbank bij de keuze voor de aanstelling van een curator, onder meer, rekening met de volgende criteria:¹⁵

- (verwachte) omvang van gefailleerde;
- locatie van gefailleerde (geografische verdeling);
- kennis van de branche van gefailleerde;
- eventuele grensoverschrijdende aspecten;
- eventuele noodzakelijke kennis van vreemde talen;
- specifieke kenmerken van gefailleerde (bijvoorbeeld vermoeden van fraude);
- omvang van de aanwezige kantoorondersteuning;
- kennis, specifieke vaardigheden en ervaring van de curator;
- evenredige verdeling van faillissementen over de curatoren ('plaats op de lijst') en over de kantoren in het arrondissement;
- Voor zover de rechtbank bekend geen sprake van een tegenstrijdig belang.

Hoewel bovengenoemde criteria een verduidelijking zijn ten opzichte van de eerdere versie van de Recofa-richtlijnen,¹⁶ is het de vraag of deze richtlijnen voldoende duidelijk maken op basis van welke criteria de rechtbank in een specifiek faillissement voor een bepaalde curator kiest.¹⁷ Een grote verandering lijken de nieuwe richtlijnen daarin niet teweeg te brengen.¹⁸ In de Recofa-richtlijnen uit 2013 stond immers al dat de rechtbank in een individueel faillissement steeds de curator benoemt 'die zij het meest geschikt acht voor het desbetreffende faillissement', waarbij de rechtbank 'voor verdeling van faillissementen naar zwaarte categorieën kan hanteren die zijn gebaseerd op ervaring, opleiding en functioneren'.¹⁹ De in de Recofa-richtlijnen uit 2023 genoemde criteria, zoals vermoedens van fraude,²⁰ kennis van de branche²¹ en omvang van de gefailleerde,²²

lijken geen verandering teweeg te brengen ten opzichte van de eerdere benoemingspraktijk. Ook de benoemingslijst is geen nieuw fenomeen.²³ Daar komt bij dat het document weliswaar uitgangspunten heeft geformuleerd, maar dat daaraan geen rechten kunnen worden ontleend en in specifieke gevallen van de uitgangspunten kan worden afgeweken.²⁴ Het is aan de rechtbanken zelf om invulling te geven aan de richtlijnen in de praktijk, waarbij ruimte is gelaten voor verschillen tussen de verschillende arrondissementen.²⁵ De rechters-commissarissen zelf menen overigens dat de werkwijzen niet sterk uiteen lopen,²⁶ terwijl onderzoek laat zien dat de verschillen in werkwijze tussen arrondissementen juist enorm kunnen zijn.²⁷

2.2 De rechter-commissaris als toezichthouder van de curator

De tweede pet van de rechter-commissaris is die van toezichthouder. Op grond van art. 64 van de Faillissementswet is de rechter-commissaris belast met het houden van toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel en het zou dus logisch zijn om de toezichthoudende taak als eerste pet te beschouwen. Toch is het de pet van broodheer die in een faillissementsprocedure als eerste tot uiting komt, en om die reden als eerste pet is besproken.

Sinds jaar en dag klinkt er kritiek op de verschillende petten van de rechter-commissaris, met name omdat deze petten onderling onverenigbaar zouden zijn en bovendien niet zouden zorgen voor effectief toezicht

Het toezicht van de rechter-commissaris maakt een belangrijk onderdeel uit van de faillissementsprocedure. Dit toezicht vormt de grondslag voor sommige ruime bevoegdheden die aan de curator zijn toebedeeld.²⁸ De rechter-commissaris is dus een waarborg voor de rechtmatige en doeltreffende afwikkeling van faillissementen. Om die reden is de toezichthoudende taak veelomvattend en ziet het toezicht zowel op de naleving van wettelijke voorschriften als op de behoorlijke taakvervulling door de curator,²⁹ waaronder valt toetsing van de rechtmatigheid, de doelmatigheid en de doelgerichtheid.³⁰

Om adequaat toezicht te kunnen houden, heeft de rechter-commissaris verschillende instrumenten tot zijn beschik-

14 Deze bepaling vloeit voort uit art. 26 lid 1 sub a Herstructureringsrichtlijn. De Recofa-richtlijnen 2023 vormen de implementatie van dit artikel, zie S. Boot e.a., 'Duidelijk, transparant en rechtvaardig. Over de richtlijnen voor aanstelling, benoeming en ontslag van curatoren, bewindvoerders, HD's en observatoren in het insolventierecht', *FIP* 2023/1 (afl. 1), p. 4 e.v. Over de vraag in hoeverre de Recofa-richtlijnen voldoen aan de Herstructureringsrichtlijn, zie J.B.A. Jansen, 'Duidelijk, transparant en rechtvaardig? De nieuwe Recofa-richtlijnen 2023', *Tvl* 2023/20.

15 Recofa-richtlijnen aanstellen curatoren, versie 2023, onder 'criteria aanstelling van een specifieke curator door de rechtbank'.

16 Zie daarover uitgebreid Boot e.a., *FIP* 2023/1, p. 4 e.v., en Jansen, *Tvl* 2023/20.

17 Jansen *Tvl* 2023/20. Zie daarover voor wat betreft de oude richtlijnen: J.J. van Hees, 'Op zoek naar een Professionele Standaard Insolventie', *Tvl* 2016/2, en Van Galen, *Tvl* 2021/36.

18 Zie bijv. B. Wessels, 'Naar een betere waarborging van de onafhankelijkheid van de faillissementscurator', *MvV* 2013/10.4, p. 291-295, waarin de meeste 'nieuwe' uitgangspunten al worden besproken. Zie ook Jansen, *Tvl* 2023/20.

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

20 R.F. Feenstra, 'De curator: beoogd opsporingsambtenaar zonder midelen', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedchapskist van de Curator. INSOLAD Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 405-430.

21 B. Wessels, 'Transparantie bij de benoeming van de faillissementscurator', *AA* 2017, afl. 12, p. 967.

22 Van Galen, *Tvl* 2021/36, par. 1.

23 Zie bijv. Dethmers, *Tvl* 2004/5.

24 Schreurs, *Tvl* 2018/26, par. 2.

25 Boot e.a., *FIP* 2023/1, p. 6.

26 Boot e.a., *FIP* 2023/1, p. 6.

27 Pool 2022, par. 4.5.4, 6.5.7, 6.5.8 en 7.3.4. Wessels, *MvV* 2007/12, p. 262-263.

28 Verstijlen, *GS Faillissementswet*, art. 64 Fw, aant. 2.

29 Aerts, *Tvl* 2007/31.

30 Wessels 2003, p. 606-607.

king. Zo vormt het faillissementsverslag dat de curator op grond van art. 73a van de Faillissementswet om de drie maanden moet uitbrengen een belangrijke bron van informatie voor de rechter-commissaris. Het faillissementsverslag moet ‘globaal inzicht’ geven in de ontwikkelingen en stand van de boedel. Sommige ontwikkelingen hoeft de curator niet in het faillissementsverslag te noteren, bijvoorbeeld omdat dat de afwikkeling van de boedel niet dient³¹ of omdat dat in strijd is met de AVG.³² Het faillissementsverslag dient daarom niet als een volledige verantwoording.³³ Het is om die reden in de praktijk gangbaar dat de curator en de rechter-commissaris buiten het faillissementsverslag om over bepaalde zaken vertrouwelijk communiceren.³⁴ In dit kader is ook de verslaglegging over de urenverantwoording van de curator van belang (art. 71 lid 1 Fw).³⁵ Inzicht in de tijdsbesteding van de curator is een waardevol instrument voor de rechter-commissaris om de efficiëntie van de afwikkeling te beoordelen.

De Faillissementswet regelt daarnaast dat de curator voor bepaalde handelingen machtiging, goedkeuring of toestemming nodig heeft van de rechter-commissaris.³⁶ Zo heeft de curator bijvoorbeeld machtiging van de rechter-commissaris nodig als hij in rechte wil optreden. Dit soort bepalingen moet ervoor zorgen dat de rechter-commissaris van bepaalde handelingen die belangrijk worden geacht op de hoogte is en daardoor zijn toezichthoudende taak effectief kan uitoefenen.

Naast deze bepalingen en de periodieke formele en informele contactmomenten tussen de curator en de rechter-commissaris, bevat de Faillissementswet ook een aantal specifieke instrumenten die de rechter-commissaris kan gebruiken om invloed uit te oefenen op de curator. Zo kan de rechter-commissaris de curator van raad voorzien, berispingen geven en in het uiterste geval ontslaan (art. 73 Fw).³⁷ Tevens biedt de Faillissementswet de rechter-commissaris de ruime bevoegdheid om ter opheldering van alle omstandigheden getuigen te horen of een onderzoek van deskundigen te bevelen (art. 66 Fw).³⁸ Hoewel de rechter-commissaris niet de bevoegdheid heeft om algemene instructies te geven aan de curator,³⁹ heeft hij wel de mogelijkheid om

de curator in sommige specifieke situaties bevelen te geven (bijvoorbeeld via art. 69 Fw).⁴⁰ Bovendien heeft de rechter-commissaris wel degelijk een bepaalde instructiemacht, mede omdat hij de bevoegdheid heeft om de curator te ontslaan.⁴¹

2.3 De rechter-commissaris als beoordelaar van de curator

De derde en laatste pet van de rechter-commissaris is de pet van beoordelaar van de curator. Met het oog op de borging van kwaliteit van curatoren wordt volgens de Recofa-richtlijnen in beginsel eenmaal per twee jaar een gesprek gevoerd, waarbij de samenwerking tussen het kantoor en de individuele curatoren, en de rechtbank concreet aan de orde komt.⁴² In het gesprek worden daarnaast de voortgang en de wijzen van afwikkeling van de lopende faillissementen aan de orde gesteld. In dat kader kan de rechtbank ook inzage verlangen in de dossiers van de curator.⁴³

Voorafgaand aan het gesprek wordt van curatoren gevraagd om het ‘Formulier Kantoor Curator’ in te vullen, waarbij curatoren onder meer inzicht moeten geven in hun aandachtsgebieden.⁴⁴ Het formulier vraagt specifiek naar verbeterpunten voor wat betreft de relatie tussen de rechtbank en de rechter-commissaris.

Het toezicht wordt al jaren verder gedigitaliseerd en bovendien wordt steeds vaker gebruik gemaakt van kwantitatieve cijfers bij de beoordeling van curatoren.⁴⁵ Sommige rechtbanken maken bij de evaluatiegesprekken gebruik van *key performance indicators* (KPI's).⁴⁶ Curatoren worden volgens de KPI's geacht ‘het boedelactief te maximaliseren tegen zo laag mogelijke kosten in een zo kort mogelijke tijd conform de procedures die de wet voorschrijft’.⁴⁷ De KPI's meten daarom (onder andere) het gerealiseerde boedelactief, de boedelkosten, de snelheid waarmee curatoren het faillissement afwickelen en de procedurele *compliance*.⁴⁸ De analyses die worden gebruikt om de KPI's meetbaar te maken, lijken te zijn gebaseerd op cijfers die worden gebruikt in het tijdschrijfsysteem en in het finan-

31 HR 21 januari 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AS3534, NJ 2005/249, m.nt. Van Schilfgaarde (*Funds/Curatoren Jomed I*). Zie bijv. rb. Rotterdam 6 januari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL1861, «JOR» 2010/248.

32 M.D. Reijneveld, ‘Persoonsgegevens in openbare faillissementsverslagen’, *Tvl* 2019/38.

33 Verstijlen, *GS Faillissementswet*, art. 73a Fw, aant. 3.

34 Zie bijv. art. 68 lid 2 Fw. Van Galen, *Tvl* 2021/36.

35 Van Galen, *Tvl* 2021/36.

36 Zie voor een compleet overzicht Verstijlen, *GS Faillissementswet*, art. 64 Fw, aant. 2.

37 Van der Feltz II, p. 2. Zie bijv. rb. Dordrecht 17 juni 1992, ECLI:NL:RBDOR:1992:AD1695, NJ 1993/92, en rb. ‘s-Hertogenbosch 26 april 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ6195, RI 2011/89 (*Van Vlerken q.q.*)

38 Wessels 2003, p. 612 en de aldaar beschreven verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

39 Rb. ‘s-Hertogenbosch 9 februari 2007, «JOR» 2007/127; Verstijlen, *GS Faillissementswet*, art. 64 Fw, aant. 2; Van Galen, *Tvl* 2021/36.

40 Verstijlen, *GS Faillissementswet*, art. 64 Fw, aant. 2.

41 Vgl. de instructiemacht en bevoegdheid van de AVA in het kader van benoeming en ontslag van bestuurders. Zie HR 21 december 2001, «JOR» 2002/38, m.nt. Bartman (*Hurks II*).

42 Recofa-richtlijnen aanstellen curatoren, versie 2023, onder ‘evaluatie gesprekken’.

43 Recofa-richtlijnen aanstellen curatoren, versie 2023, onder ‘evaluatie gesprekken’.

44 Formulier kantoor curator voor het kantoorgesprek, versie 2023, te raadplegen via <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Formulier-kantoor-curator-voor-het-kantoorgesprek.pdf>

45 J.C.A.T. Frima, ‘Wat is het grote doel van het faillissement – een voorstel voor kwantitatief onderzoek’, in: B. Rikkert, R.F. Feenstra, E.J. Oppedijk van Veen, B.F. Louwerier & L.J.J. Kerstens (red.), *Het Verdelingsvraagstuk. INSOLAD Jaarboek 2022*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 4.4.

46 In de Recofa-richtlijnen wordt gesproken van ‘stuurinformatie’.

47 J.C.A.T. Frima, ‘Meten is weten, spreken is goud: KPI's en het kantoorgesprek van de R-C met de curator’, *FIP* 2021/94 (afl. 4), p. 6 e.v.

48 Frima, *FIP* 2021/94, p. 6.

ciële verslag.⁴⁹ De kwantitatieve gegevens verschaffen een objectief inzicht in de prestaties van curatoren en vormen daarom een basis voor evaluaties, die worden aangevuld met (kwalitatieve) informatie uit de evaluatiegesprekken en ervaringen met curatoren uit specifieke faillissementen.⁵⁰

2.4 Het combineren van de drie petten: probleem of noodzakelijk kwaad?

De rechter-commissaris is dus zowel toezichthouder als broodheer en beoordelaar. In de literatuur wordt al jaren debat gevoerd over de (on)wenselijkheid van de combinatie van die drie petten.⁵¹ Het combineren van de verschillende werkzaamheden lijkt door veel auteurs als onwenselijk te worden gezien omdat de taken niet altijd met elkaar te verenigen zouden zijn.⁵²

2.4.1 Afhankelijke rechters-commissarissen?

Een van de argumenten die in de discussie naar voren komt, is dat de rechter-commissaris niet voldoende onafhankelijk zou zijn om toezicht te houden op de curator. Dat heeft niet alleen te maken met het combineren van de drie petten, maar ook met de wijze waarop de toezichthoudende taak in de praktijk wordt ingevuld. Het palet aan werkzaamheden lijkt immers uitgebreider dan een toezichthoudende taak doet vermoeden.⁵³ In de praktijk komt het veelvuldig voor dat curatoren contact opnemen met rechters-commissarissen voor (informeel) overleg over de afwikkeling van faillissementen, waardoor de rechter-commissaris als het ware de rol van sparringpartner van de curator vervult.⁵⁴ Daarnaast treedt de rechter-commissaris soms op als geschillenbeslechter en/of bemiddelaar.⁵⁵ Bovendien hebben de rechter-commissaris en de curator ook contact buiten de individuele faillissementen om, bijvoorbeeld in het beoordelingsgesprek (par. 2.3) of tijdens congressen. Incidenteel neemt een curator zelfs plaats in dezelfde redactie als een rechter-commissaris. De curator en de rechter-commissaris hebben hierdoor vaak een intensieve en vertrouwelijke werkrelatie.⁵⁶ Deze intensieve werkrelatie kan ervoor

zorgen dat er een schijn van partijdigheid bestaat. In andere woorden: het is de vraag in hoeverre een rechter-commissaris nog objectief kan oordelen over het handelen van een curator.

In dit artikel onderbouw ik de stelling dat het verbeteren van de relatie tussen de rechter-commissaris en de curator zorgt voor beter toezicht

Volgens critici zorgt de schijn van partijdigheid ervoor dat schuldeisers en andere belanghebbenden belemmerd worden in hun mogelijkheden om aanspraak te maken op bescherming van hun rechten en belangen.⁵⁷ Het is immers de vraag of de rechter-commissaris als onpartijdige geschillenbeslechter op kan treden als hij een intensieve werkrelatie heeft met de curator.⁵⁸ Dit volgt volgens Van Galen ook uit art. 12 Wet op de rechterlijke organisatie (RO) ‘dat immers bepaalt dat rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast zich niet op enige wijze mogen inlaten met partijen over enige bij hen aanhangige geschillen of geschillen waarvan zij weten of vermoeden dat die bij hen aanhangig zullen worden.’⁵⁹ Van Galen meent dat rechters-commissarissen zich in de praktijk als in een ‘reflex’ achter de curator te scharen.⁶⁰ Deze reflex zou inhouden dat de rechter-commissaris door de intensieve werkrelatie de curator eerder zal vertrouwen dan een ‘klagende’ schuldeiser. Door anderen wordt deze reflex ook wel rugdekking genoemd en dat is iets wat curatoren soms juist missen bij de afwikkeling van faillissementen.⁶¹

2.4.2 Bange curatoren?⁶²

Een ander argument dat wordt genoemd in de discussie over het toezicht ziet niet op de onpartijdigheid van de rechter-commissaris ten opzichte van de curator, maar op de openheid van curatoren ten opzichte van rechters-commissarissen. De rechter-commissaris is voor het houden van toezicht afhankelijk van de informatie die de curator aanlevert. Het is aan de curator om inzichtelijk te maken waarom bepaalde zaken volgens hem noodzakelijk zijn.⁶³ Daarbij is van belang dat de curator open kaart speelt en inzicht geeft in voor- en nadelen van de gekozen route.⁶⁴ De rechter-commissaris krijgt alleen te beoordelen wat de

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

50 Frima, *FIP* 2021/94.

51 A.H. van Delden & E. Bauw, ‘Toezicht in faillissementen, een rechterlijke taak?’, *Tvl* 2004/51. Zie ook B.J. Engberts, ‘Toezicht in insolventies in ontwikkeling’, *Tvl* 2005/40, p. 171-179, waarin enkele bestaande kritiekpunten worden samengevat.

52 Zie bijv. Van Delden & Bauw, *Tvl* 2004/51; Van Galen, *Tvl* 2021/36.

53 Zie Van Delden & Bauw, *Tvl* 2004/51; Vriesendorp, *Faillissement, Justitiële verkenningen* 2002/2, p. 55 e.v.; Wessels 2003, p. 603-626; C. Rijkenberg, ‘De R-C insolventies: quality proof?’, *Tvl* 2008/28, waarbij verschillende sprekers hun licht lieten schijnen op vijf petten van de rechter-commissaris (die van organisator, procesbewaker, toezichthouder, geschillenbeslechter en supervisor-gesprekspartner). Deze petten zijn volgens mij allemaal onderdeel van de toezichtspet.

54 A. Beukelman, ‘De verhouding curator – R-C in de praktijk’, *Tvl* 2001/5, p. 152-157.

55 Van Delden & Bauw, *Tvl* 2004/51.

56 Van Galen, *Tvl* 2021/36. Zie ook Van Galen, *Ondernemingsrecht* 2014/81, v.a. 6. ‘Structurele herziening’.

57 Van Galen, *Tvl* 2021/36, par. 6.

58 Van Galen, *Ondernemingsrecht* 2014/81, v.a. 6. ‘Structurele herziening’. Van Galen 2006, p. 137 e.v. Van Galen, *WPNR* 2001/6463, p. 905-911, met name onder 3. ‘Het interne appel’ en 4. ‘Het getuigenverhoor van artikel 66 Fw’. Van Hees 2015, p. 157-171, par. 11.5.

59 Van Galen, *Tvl* 2021/36.

60 Van Galen, *Tvl* 2021/36.

61 Beukelman, *Tvl* 2001/5, p. 152-157.

62 Naar analogie van de ‘bange bestuurders’ van Maarten Kroeze, zie: M.J. Kroeze, ‘Bange bestuurders’, *Ondernemingsrecht* 2006/1.

63 Zie ook F.H.E. Boerma, ‘Doorstart vanuit het perspectief van de R-C’, in: A.A.M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart, INSOLAD Jaarboek 2008*, Deventer: Kluwer 2008, p. 188. Wessels, *MvV* 2007/12, p. 262-265.

64 Boerma 2008, p. 189.

curator hem voorschotelt en moet er dus op vertrouwen dat de curator hem het volledige verhaal vertelt.⁶⁵

Het is echter de vraag in hoeverre de curator zich vrij voelt om volledig open kaart te spelen en inzicht te geven in voor- en nadelen van een gekozen route, of inzicht te geven in eventuele (achteraf gezien) verkeerde beslissingen. De curator is immers afhankelijk van de rechters-commissarissen voor de toebedeling van faillissementen. Het zou zo kunnen zijn dat curatoren denken dat transparantie gevolgen kan hebben voor de toekomstige benoeming en daardoor zich niet altijd volledig uit durven te spreken. Empirische studies lijken dat beeld te bevestigen.⁶⁶ Rechters-commissarissen zelf zijn overigens niet bang dat curatoren ‘halve waarheden’ vertellen om zichzelf in een beter daglicht te plaatsen.⁶⁷

Bovendien kan het zo zijn dat curatoren geen tegenspraak durven te geven wanneer een rechter-commissaris een bepaalde route voorstelt. Idealiter leidt een verschil van inzicht tussen de rechter-commissaris en de curator niet per definitie tot het doordrukken van het woord van de rechter-commissaris.⁶⁸ Het is de vraag in hoeverre, gezien de afhankelijkheidsrelatie, daadwerkelijk een gelijk overleg plaats kan vinden tussen de curator en de rechter-commissaris. Het risico bestaat dat curatoren meegaan met de mening van de rechter-commissaris uit angst anders niet meer benoemd te zullen worden.⁶⁹ Dit zorgt er volgens critici voor dat de rechter-commissaris niet goed toezicht kan houden.

2.4.3 Noodzakelijk kwaad?

Niet iedereen is van mening dat de combinatie van de drie petten van de rechter-commissaris voor problemen zorgt. Zo meent Engberts (destijds zelf rechter-commissaris) dat de petten van de rechter-commissaris wel degelijk te verenigen zijn, en dat deze taken niet anders zijn dan die van een ‘coachende leidinggevende’. Volgens Engberts heeft de combinatie van benoeming en toezicht juist als belangrijk voordeel dat de benoemer door het toezicht goed weet welke curator welke kwaliteiten heeft, en daardoor de juiste curator in een faillissement kan benoemen.⁷⁰

Ook Boerma (destijds zelf rechter-commissaris) meent dat een intensieve werkrelatie tussen de rechter-commissaris en de curator juist van groot belang is, zodat de rechter-

commissaris betrokken is bij de zaak en waar nodig rugdekking kan geven aan de curator.⁷¹

Kort gezegd zorgt de combinatie van de drie petten van de rechter-commissaris voor bepaalde risico's bij de afwikkeling van faillissementen. Zo is het de vraag of i) de rechter-commissaris wel voldoende onafhankelijk toezicht kan houden op de curator gezien hun intensieve werkrelatie en is het tevens de vraag of ii) de curator gezien zijn afhankelijkheid van de rechter-commissaris wel voldoende open en transparant is over de wijze waarop een faillissement wordt afgewikkeld.⁷² Tijdens de hierna te bespreken empirische studies heb ik aanwijzingen gevonden voor deze risico's, maar is mijn oog ook gevallen op een oplossing voor de besproken problematiek. In de navolgende paragraaf doe ik, na kort te zijn ingegaan op de gebruikte methodologie, verslag van mijn bevindingen.

3. De door curatoren gepercipieerde relatie met de rechter-commissaris

3.1 Enkele korte methodologische opmerkingen

De resultaten die ik in deze paragraaf bespreek, zijn gebaseerd op twee van de drie empirische studies die ik heb uitgevoerd naar de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden.⁷³ De eerste studie was een interview-onderzoek onder 33 Nederlandse curatoren, waarin ik op basis van de *Grounded Theory*-methode⁷⁴ heb onderzocht hoe curatoren onregelmatigheden aanpakken en welke factoren hen daarbij belemmeren of stimuleren. Een van de belemmeringen bleek te liggen in (de relatie met) de rechter-commissaris. Curatoren bleken eerder geneigd om onregelmatigheden aan te pakken wanneer (zij wisten dat) ‘hun’ rechter-commissaris die aanpak belangrijk vond.

De resultaten van het interviewonderzoek heb ik getoetst via een documentanalyse van ruim tweeduizend faillissementsverslagen, om meer inzicht te krijgen in het verband

65 A. van Hees, 'Nieuwe tijden', *Tvl* 1999/193. R. Hollemans & G. van Dijk, 'Een empirische studie naar toezicht door rechters(-commissarissen) op curatoren in de praktijk', *Tvl* 2020/10. Van Hees, *Tvl* 2010/25, p. 159. Neijt 2013, p. 79-88. R.J. Verschoof, 'Het toezicht van de R-C, in het bijzonder op overeenkomsten', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees en N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, 2012, p. 21-48. Wessels, *MvV* 2007/12, p. 262-265. Van Hees 2015, p. 157-171, par. 11.5.

66 Zie Beukelman, *Tvl* 2001/5, p. 152-157; Hollemans & Van Dijk, *Tvl* 2020/10; Pool 2022, par. 4.5.4.

67 Melissen, *Tvl* 2011/5.

68 Boerma 2008, p. 184.

69 Hollemans & Van Dijk, *Tvl* 2020/10.

70 Engberts, *Tvl* 2005/40, p. 171-179; Mulder, *Tvl* 2005/41.

71 Boerma, *Tvl* 2007/38, p. 191-193, afl. 6.

72 Het argument dat toezichthouden geen rechterlijke taak is, blijft vanwege de scope van dit artikel hier buiten beschouwing. Zie daarover Van Delden & Bauw, *Tvl* 2004/51; Tromp, *WPNR* 6463 (2001), p. 911 e.v. Ook Wessels beschouwt de taak van de rechter-commissaris niet als een algemene rechtsprekende taak: Wessels, *MvV* 2007/12, p. 262.

73 Deze paragraaf is gebaseerd op mijn proefschrift, zie: 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, te raadplegen via <https://hdl.handle.net/1887/3464369>. Ik heb de data voor dit artikel aan een nadere analyse onderworpen. Dat betekent dat niet alle resultaten die in dit artikel worden vermeld, ook in mijn proefschrift te vinden zijn.

74 De *Grounded Theory* methode is een sociaalwetenschappelijke methode waarin op basis van kwalitatieve data een verklarende 'theorie' kan worden ontwikkeld van bepaalde processen. Meer specifiek voor mijn onderzoek betekent dat dat ik op basis van de interviews met curatoren een zogenaamde besluitvormingstheorie heb ontwikkeld op basis waarvan curatoren beslissingen nemen bij de aanpak van onregelmatigheden. Zie over de onderzoekopzet en de gebruikte analysemethode verder Pool 2022, par. 4.2.

Stelling	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
Het benoemingsbeleid bij mijn rechtbank is transparant	16% (n = 22)	38% (n = 53)	28% (n = 39)	17% (n = 24)	1% (n = 2)
Het benoemingsbeleid bij mijn rechtbank is eerlijk	3% (n = 4)	13% (n = 18)	57% (n = 80)	24% (n = 34)	3% (n = 4)
De rechtbank houdt er bij de benoeming van curatoren rekening mee dat lege boedels eerlijk verdeeld worden onder de kantoren in mijn arrondissement	3% (n = 4)	9% (n = 13)	66% (n = 93)	20% (n = 28)	1% (n = 2)

Tabel 1. Het gepercipieerde benoemingsbeleid
De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond.

tussen een gebrek aan verhaalsmogelijkheden en de beslissing van de curator om onregelmatigheden aan te pakken. Deze studie heeft naar zijn aard geen inzicht kunnen geven in de relatie tussen de curator en de rechter-commissaris en blijft in dit artikel dan ook buiten beschouwing. De derde empirische studie was een surveystudie onder ruim 30% van alle Nederlandse curatoren ($n = 197$)⁷⁵ en was eveneens bedoeld om de resultaten van de interviewstudie te toetsen. Daarbij was de surveystudie gericht op het onderzoeken van de samenhang tussen bepaalde belemmeringen uit de surveystudie (waaronder de relatie met de rechtbank) en de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken.

In de navolgende paragrafen bespreek ik een nadere analyse van de resultaten van de interviewstudie en de surveystudie, waarbij ik aandacht besteed aan de opvattingen van curatoren over de (relatie met de) rechter-commissaris en hoe die opvattingen in de verschillende arrondissementen variëren. Ik bespreek de gecombineerde resultaten van de interviewstudie en de surveystudie aan de hand van de drie petten van de rechter-commissaris.

3.2 Resultaten: de rechter-commissaris als broodheer

Rechters-commissarissen fungeren in de praktijk als onderdeel van de insolventieafdeling ook als rechter in de rechtbank die bepaalt welke curator in welk faillissement wordt benoemd. Vanuit het perspectief van curatoren bestaat soms de aanname dat de rechter-commissaris op basis van ervaringen uit het verleden besluit welke curator hij in een nieuw faillissement benoemt, en dat het volgen van de gepercipieerde visie van de rechter-commissaris zijn kansen om benoemd te worden vergroot. Die aanname lijkt te zijn

gebaseerd op de onduidelijkheid die onder curatoren heerst over het benoemingsbeleid.

'Vriendjespolitiek. Volstrekt ondoorzichtig, niet transparant. Duidelijk bevoordeling van een aantal kantoren. Ik weet dat een van de huidige RC's in [arrondissement X] oud-advocaat is. Is opgeleid door een curator nu in [stad X], van één van de grotere kantoren, was dus haar stagiaire, is na zes/zeven jaar vertrokken bij dat kantoor, is rechter in een ander arrondissement geworden, wordt vervolgens rechter in [arrondissement X] en is nu RC in faillissementen van zijn oud patroon. Ja, ik vind dat dat niet mag. En niet moet kunnen. Zo onafhankelijk moet je als RC zijn. Maar ja, je merkt ook dat RC's mensen zijn.'

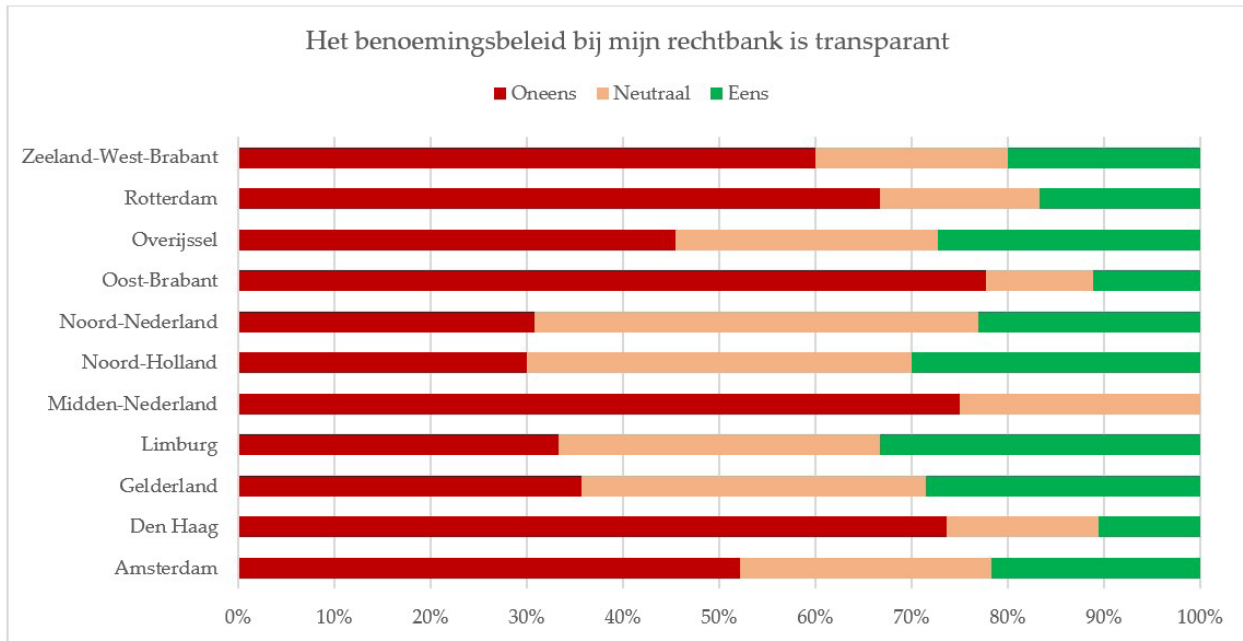
'En je krijgt soms zelfs het idee dat als ze je 's ochtends aan de telefoon hebben gehad, dat je ineens top of mind zit als die middag de benoemingen moeten worden verdeeld.'

Bovenstaande citaten laten zien dat sommige curatoren zeer ontevreden zijn over de wijze waarop rechtbanken de faillissementen verdelen. Tabel 1 laat zien dat die onvrede op grotere schaal onder curatoren bestaat en dat curatoren met name niet te spreken zijn over de transparantie van het benoemingsbeleid. Ook over de eerlijke verdeling van de lege boedels en over de eerlijkheid van benoemingen lijken curatoren niet overwegend positief, al valt op dat curatoren daar vooral neutraal hebben geantwoord (zie tabel 1).

Een nadere analyse van bovenstaande resultaten laat zien dat er grote verschillen bestaan in hoe curatoren in de verschillende arrondissementen het benoemingsbeleid ervaren. Zo laat figuur 1 zien dat curatoren in bepaalde arrondissementen het benoemingsbeleid als minder transparant ervaren. Curatoren zijn het minst te spreken over de transparantie van het benoemingsbeleid in Oost-Brabant (78% oneens), Midden-Nederland (75% oneens) en Den Haag (74% oneens), terwijl in de arrondissementen Limburg (33% eens), Noord-Nederland (31% eens) en Noord-Holland (30% eens) relatief minder onvrede over de transparantie van het benoemingsbeleid bestaat.

Een kleiner verschil is te zien in figuur 2 over de ervaren eerlijkheid van het benoemingsbeleid. Curatoren uit de arrondissementen Noord-Holland (50% eens) en Limburg

⁷⁵ De respondenten waren tussen de 25 en 71 jaar oud, met een gemiddelde leeftijd van 46 jaar. Het grootste deel van de respondenten was man ($n = 153$), een kleiner deel vrouw ($n = 37$). De andere respondenten vallen in een andere categorie of hebben aangegeven geen antwoord te willen geven op de vraag over hun geslacht. De respondenten hebben gemiddeld 20 jaar ervaring als advocaat, variërend van 1 tot 44 jaar (standaarddeviatie (hierna: 'SD') = 10,8) en gemiddeld 17 jaar ervaring als curator, variërend van 0 tot 43 jaar ($SD = 11,2$). Het grootste deel ($n = 156$) is lid van INSOLAD. Zie over de onderzoeksopzet en steekproef verder Pool 2022, par. 6.3.



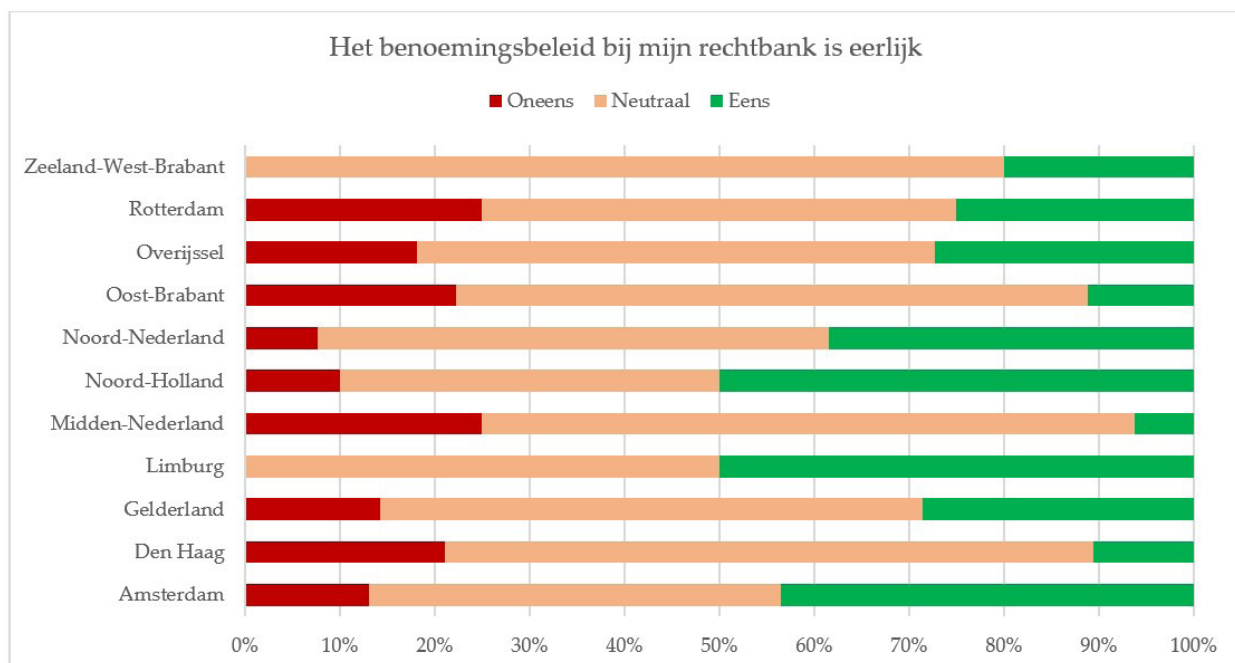
Figuur 1. De ervaren transparantie van het benoemingsbeleid per arrondissement

(50% eens) vinden het benoemingsbeleid het eerlijkst, terwijl dat minder geldt voor curatoren uit de arrondissementen Midden-Nederland (25% oneens) en Rotterdam (25% oneens). Opvallend is dat curatoren het benoemingsbeleid ondanks het gebrek aan transparantie (zie figuur 1) niet op grote schaal als oneerlijk beoordelen.

Curatoren lijken dus vooral moeite te hebben met het gebrek aan transparantie over het benoemingsbeleid. Door het gebrek aan transparantie is het voor veel curatoren gissen hoe zij hun kansen kunnen vergroten om benoemd te worden. Dat brengt me bij de tweede pet van de rechter-commissaris.

3.3 Resultaten: de rechter-commissaris als toezichthouder in de praktijk

De toezichthoudende rol van de rechter-commissaris is veelomvattend. Om die reden kan de rechter-commissaris veel invloed uitoefenen op de wijze waarop curatoren faillissementen afwikkelen. De resultaten van mijn onderzoek laten zien dat de visie van de rechtbank en de rechter-commissaris in de praktijk inderdaad veel invloed lijkt te hebben op het handelen van curatoren. Bijna alle curatoren zijn geneigd rekening te houden met de wijze waarop ‘hun’ rechter-commissaris vindt dat een faillissement afgewikkeld zou moeten worden. Sommige curatoren volgen de visie van de rechter-commissaris omdat zij de toezichthou-



Figuur 2. De ervaren eerlijkheid van het benoemingsbeleid per arrondissement

dende rechter-commissaris zien als een belangrijk controle-mechanisme voor de besluitvorming, bijvoorbeeld in (de voorbereidingen voor) een bestuurdersaansprakelijkheids-procedure.

‘Soms denken wij als curatoren echt: die bestuurder is aansprakelijk, we moeten gaan. (...). Maar de rechters-commissarissen kijken ook echt naar van “wat is het belang van de boedel en wat blijft er over voor de boedel nadat jij salaris hebt opgenomen”. Zij zijn daar gewoon heel kritisch in. Dus ze wegen meerdere belangen af.’

Bovenstaand citaat laat zien dat sommige curatoren een kritische rechter-commissaris zien als tweede paar ogen en menen dat de visie van de rechter-commissaris kan bijdragen aan een beter onderbouwde besluitvorming van de curator. Verschillende curatoren gaven aan de visie van een kritische rechter-commissaris te waarderen omdat die ervoor zorgt dat zij betere beslissingen kunnen nemen.

Niet iedere curator is echter van mening dat alle rechters-commissarissen in de praktijk altijd een kritisch paar ogen bieden.

‘Dat is wel eens lastig, sommige rechters-commissarissen die boeit het echt geen fuck. Die kan je vragen: verzoek toestemming om de buurvrouw te elimineren. Oh goedgekeurd als verzocht, niks, die lezen het niet eens die kan je de gekste dingen verzoeken. En sommigen die kijken kritisch mee, dat is soms wel eens lastig.’

‘In alle openheid en eerlijkheid dat laatste. Ik heb het gevoel dat het meer afstempelen is. Je kunt het verhaal altijd goed neerzetten, hoe evenwichtig is dat. Ik denk dat de check van de RC nog wel belangrijker zou kunnen zijn. Proactiever, kritischer. Aan de voorkant dus niet achteraf als het mis gaat. Extra waarborg. Je hebt toch goedkeuring nodig om een procedure te starten en ook om schikkingen te treffen. Ik denk dat je daar best nog wel wat mee zou kunnen, in het hele systeem. Dus dat je extra eisen stelt, van: “ik wil graag een toetsing van een andere advocaat of ik wil dat je de procedure laat doen door een ander kantoor”. Dat kan allemaal.’

‘Zo’n RC heeft duizend dossiers in de kast hangen. Kan die nog wel van al die faillissementen overzien wat er gebeurt. En natuurlijk, die wordt ook nog eens een keer alleen gevoed door de curator. Ik weet in ieder geval wel, dat zie je ook wel gelukkig, dat RC’s hier in Oost-Brabant maar ook in Amsterdam weet ik dat, wel zeggen: “ik wil ook de reactie zien van de bestuurder anders krijg je helemaal niets van mij”.’

Bovenstaande citaten laten zien dat sommige curatoren het idee hebben dat niet iedere rechter-commissaris altijd even kritisch toezicht houdt op het beheer en de vereffening van de boedel. Ook laten de citaten zien dat de invulling van het toezicht verschilt per arrondissement. De citaten lijken

bovendien te suggereren dat het in theorie mogelijk is om het toezicht te ontlopen door het schetsen van een gekleurd en eenzijdig beeld over de wijze waarop een faillissement wordt afgewikkeld. Curatoren gaven echter allemaal aan dat zij zelf nooit informatie achterhouden voor een rechter-commissaris, ook niet als zij zeker zouden weten dat de rechter-commissaris in kwestie er nooit achter zou komen.

De tweede reden voor curatoren om waarde te hechten aan de visie van de rechter-commissaris, is omdat zij afhankelijk zijn van de rechter-commissaris voor benoeming in nieuwe faillissementen. Dit geldt ook (of: juist) voor curatoren die menen dat de toezichhoudende rol van de rechter-commissaris in de praktijk niet veel toegevoegde waarde heeft. Onderstaand citaat laat zien hoe die afhankelijkheid zich openbaart.

‘Het heeft toch ook wel weer te maken – en dat is misschien een hele flauwe reden – dat je er bij de rechtbank en bij de rechters-commissarissen er ook niet heel slecht op wilt staan als je het elke keer niet doet. En ook niet doorpakt als daar wel een aanleiding toe is. En dat kan ook wel weer vervelende consequenties hebben bij de verdeling van faillissementen die wel wat ondoorzichtig is, waar we het eerder al over hadden. Ik denk dat dat misschien ook wel meespeelt bij het functioneren van een curator. Als je nooit een fraudemelding doet terwijl de rechter-commissaris vindt dat daar wel aanleiding toe is, dan – ik kan niet overzien of de rechtbank daar consequenties aan verbindt – maar ik kan me wel voorstellen dat ze daar niet zo heel blij mee zijn.’

Dit citaat laat duidelijk zien dat curatoren zich ervan bewust zijn dat zij voor toekomstige benoemingen afhankelijk zijn van de rechter-commissaris en dat zij door onduidelijke benoemingscriteria voor specifieke faillissementen niet goed kunnen inschatten in hoeverre hun gedrag in faillissementen, en dan met name het niet volgen van de visie van de rechter-commissaris, invloed heeft op de kans om in een volgend faillissement benoemd te worden (par. 3.2). Het lijkt erop dat sommige curatoren de visie van de rechter-commissaris alleen belangrijk vinden omdat zij denken dat als ze deze visie *niet* volgen, zij niet meer benoemd zullen worden in nieuwe faillissementen.

Voor sommige curatoren blijkt de manier waarop zij worden beoordeeld onduidelijk. Weinig curatoren konden mij goed vertellen wat de beoordelingscriteria waren op basis waarvan de rechtbank hen evalueert in het beoordelingsgesprek

Enerzijds kan de mening van de rechter-commissaris voor een curator dus waardevol zijn omdat de rechter-commissaris met een frisse blik kan meekijken en kan wijzen op

Stelling	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
De rechtbank organiseert voldoende evaluatiemomenten waarin ik feedback krijg over de wijze waarop ik faillissementen afwikkel	3% (n = 4)	21% (n = 29)	34% (n = 47)	36% (n = 51)	6% (n = 9)

Tabel 2. Evaluatiemomenten

De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond.

andere invalshoeken die de curator, al dan niet als gevolg van tunnelvisie, over het hoofd had gezien. Voor deze curatoren is de rechter-commissaris dus een middel om het eigen besluitvormingsproces te verbeteren. Anderzijds bestaat het risico dat curatoren de visie van de rechter-commissaris alleen belangrijk vinden omdat zij denken dat het volgen van deze visie bijdraagt aan de kansen om in een nieuw faillissement benoemd te worden.

3.4 Resultaten: de rechter-commissaris als beoordelaar

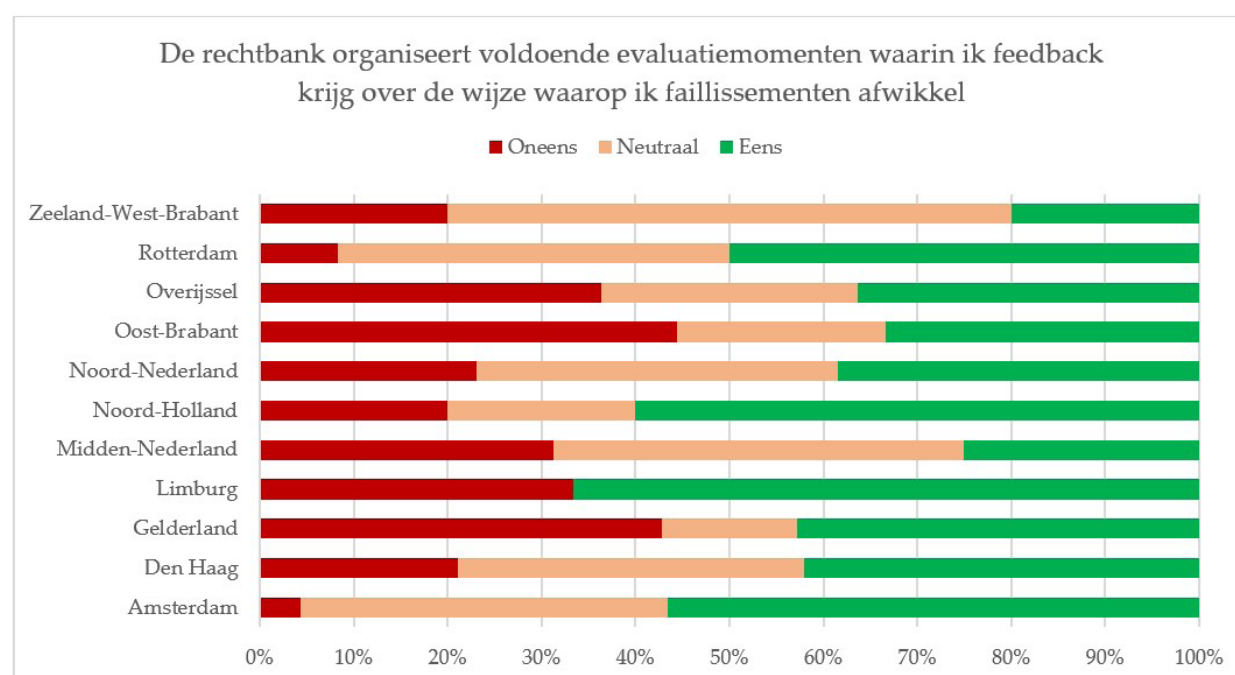
Het is gebruikelijk dat de rechtbank de curatoren in hun arrondissement evalueert (zie par. 2.3). Deze beoordeling gebeurt in de tweejaarlijkse evaluatiegesprekken, waarbij informatie over de afgewikkelde faillissementen wordt verzameld en besproken. Curatoren nemen aan (en ik denk niet onterecht) dat deze beoordeling meeweegt bij de verdeling van faillissementen onder curatoren. Om die reden is inzicht in de wijze waarop de rechtbank curatoren beoordeelt van groot belang voor curatoren. Als curatoren immers niet weten hoe zij worden beoordeeld, is het voor hen niet mogelijk om hun gedrag af te stemmen op de eisen van de rechtbank.

Voor sommige curatoren blijkt de manier waarop zij worden beoordeeld onduidelijk. Weinig curatoren konden

mij goed vertellen wat de beoordelingscriteria waren op basis waarvan de rechtbank hen evalueert in het beoordelingsgesprek.

‘Maar ook vooral die beoordeling. Want inderdaad aan de ene kant vind ik ook in heel Nederland de eisen om curator te mogen worden gelijk zouden moeten zijn, dat vooropgesteld. Maar ik vind ook de beoordeling daarvan. Het kan niet zo zijn dat jij bij de ene rechtbank toevallig niet zo lekker ligt – ik heb dat ook wel eens gehoord, dat een advocaat of een curator bij het ene arrondissement een goede klik had met de RC en hij had altijd leuke faillissementen. Op een gegeven moment gaat die RC naar een ander arrondissement en krijgt hij geen faillissementen meer, nee niet veel meer en uiteindelijk wordt hij geschrapt als curator. Vervolgens verplaatst hij zijn kantoor naar het andere arrondissement van die RC en is hij daar weer curator. Dat kán niet, weet je!’

‘Je krijgt daar tegenwoordig wel een terugkoppeling op. Wel overigens weinig hoor, een keer per jaar, een keer per twee jaar dus dat is vrij weinig. Maar wat met name wel een ding is, is als er wel wat aan de hand is dan merk je het. Dan moet je het eigenlijk min of meer merken aan het feit dat je een tijd lang niet benoemd wordt. Dus dat is een beetje gek.’



Figuur 3. De behoefte aan feedback

Bovenstaande citaten laten zien dat er onvrede heerst over de wijze waarop curatoren worden beoordeeld, en dan met name het ervaren gebrek aan terugkoppeling vanuit de rechtbank. Het lijkt erop dat curatoren de tevredenheid van de rechtbank impliciet afleiden uit de frequentie waarmee zij worden benoemd in faillissementen. De citaten laten zien dat curatoren meer feedback vanuit de rechtbank zouden waarderen. Tabel 2 bevestigt dat bijna een kwart van de curatoren behoefte heeft aan meer evaluatiemomenten. Deze behoefte aan meer evaluatiemomenten verschilt per arrondissement. Figuur 3 laat zien dat vooral curatoren in de arrondissementen Oost-Brabant (44% oneens) en Gelderland (43% oneens) meer behoefte hebben aan feedback. In de arrondissementen Limburg (67% eens), Noord-Holland (60%) en Amsterdam (57%) lijken de feedbackmomenten voldoende regelmatig te worden georganiseerd, al vindt toch ruim een derde van de respondenten uit Limburg dat onvoldoende evaluatiemomenten worden georganiseerd.

Curatoren zijn afhankelijk van de rechtbanken voor de toebedeling van faillissementen. Hoe meer faillissementen curatoren toebedeeld krijgen en hoe meer boedel er beschikbaar is in die faillissementen, des te meer inkomsten zij genereren.

Resultaten suggereren dat curatoren hun gedrag afstemmen op de wensen van de rechtbank (en de rechters-commissarissen)

Curatoren zullen dus – bij gebrek aan een (voor hen) duidelijk benoemings- en beoordelingsbeleid – op zoek gaan naar mogelijkheden om in een goed daglicht te komen bij de rechtbank en/of de rechters-commissarissen om zo de kans te vergroten dat zij worden benoemd in faillissementen.

Een dergelijke handelwijze van curatoren brengt risico's met zich mee. De kans bestaat dat curatoren op spreek-

woordelijke eieren lopen tijdens hun contact met de rechtbank. In mijn onderzoek heb ik aanwijzingen gevonden dat dit risico zich daadwerkelijk openbaart. De relatie tussen de curator en de rechter-commissaris of de rechtbank bleek een gevoelig gespreksonderwerp voor curatoren. Sommige curatoren vroegen voorafgaand aan de beantwoording van de interviewvragen over de relatie met de rechter-commissaris en/of de rechtbank nogmaals om bevestiging van anonimiteit en bij het controleren van de transcripten hebben curatoren veelvuldig passages geschrapt waarin zij zich kritisch uitlaten over de (relatie met de) rechtbank en/of de rechters-commissarissen.

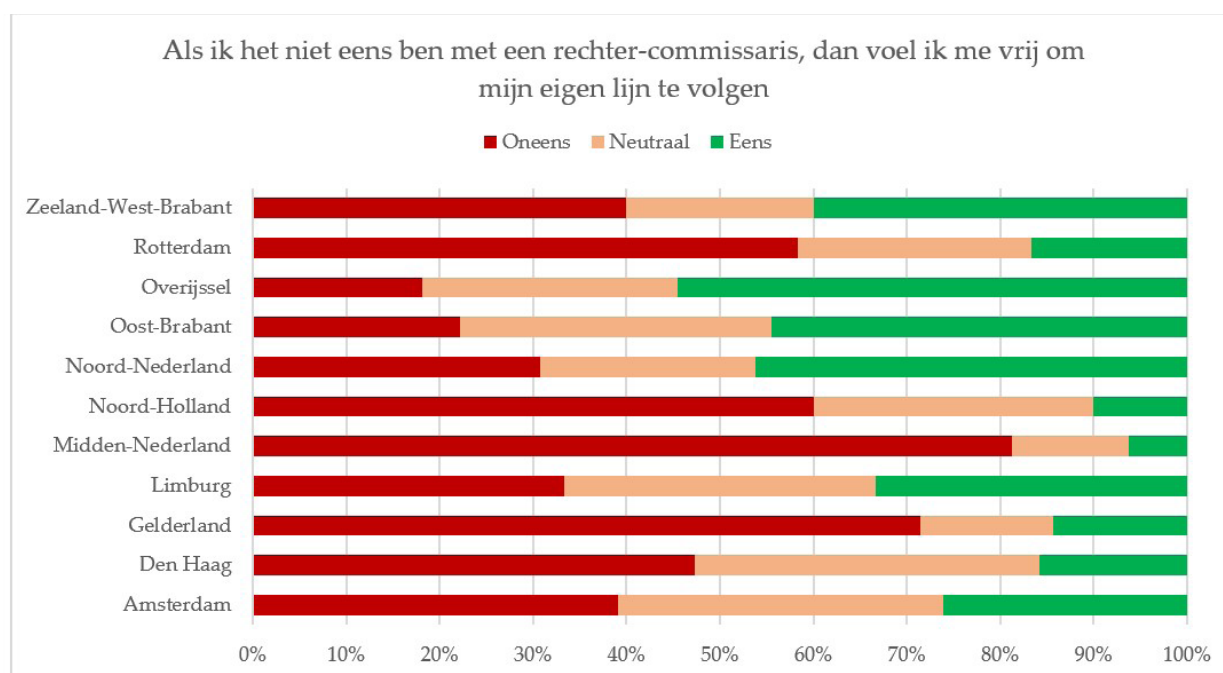
'Ik neem aan dat ik niet met naam en toenaam word gequote hierin, maar ik heb niet het idee dat – we hebben in [arrondissement X] één keer per jaar een bijeenkomst met de RC's en curatoren, maar laat ik het zo zeggen, de ene RC die staat overal voor open en laat dat ook blijken en daar heb je ook het idee dat er iets mee gebeurt. Maar andere RC's – op het moment dat je dingen naar voren zou brengen die als kritiek kunnen worden beschouwd, dan zullen die ook als kritiek worden beschouwd en dat leidt niet direct tot applaus aan de andere kant van de tafel.'

Bovenstaand citaat laat zien dat sommige curatoren terughoudend zijn in het delen van informatie die als kritiek kan worden beschouwd door de rechter-commissaris. Tabel 3 laat echter juist zien dat het grootste deel van de curatoren meent dat de rechtbank open staat voor feedback. Ook lijken curatoren zich op grote schaal vrij te voelen om afwijkende visies met de rechter-commissaris te delen. Opvallend is wel dat curatoren zich niet vrij voelen hun eigen lijn te volgen als de rechter-commissaris anders in de wedstrijd staat.

Of curatoren hun eigen lijn volgen, lijkt ook af te hangen van het arrondissement waarin zij werkzaam zijn. Figuur 4 geeft inzicht in de verschillen. Vooral in Midden-Nederland (81% oneens) en Gelderland (71% oneens) voelen curatoren zich niet vrij om hun eigen lijn te volgen wanneer de rechter-commissaris het niet met hen eens is. Alleen in

Stelling	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
De rechtbank staat open voor feedback op de (samenwerking met de) rechters-commissarissen	4% (n = 5)	11% (n = 15)	33% (n = 46)	43% (n = 60)	10% (n = 14)
Als ik het niet eens ben met een rechter-commissaris, dan voel ik me vrij dat met diegene te delen	1% (n = 2)	8% (n = 11)	26% (n = 37)	53% (n = 74)	11% (n = 16)
Als ik het niet eens ben met een rechter-commissaris, dan voel ik me vrij om mijn eigen lijn te volgen (behoudens waar ik zijn goedkeuring/machtiging nodig heb of mij een bevel is gegeven)	5% (n = 7)	42% (n = 59)	28% (n = 39)	24% (n = 33)	1% (n = 2)

Tabel 3. De interactie met de rechtbank
De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond.



Figuur 4. Het volgen van de eigen lijn

Overijssel (55% eens) geeft het grootste deel van de curatoren aan zich wel vrij te voelen hun eigen lijn te volgen.

Curatoren lijken zich dus relatief vrij te voelen om het de rechter-commissaris te vertellen als ze het ergens niet mee eens zijn, maar niet om daadwerkelijk tegen de visie van de rechter-commissaris in te gaan.

3.5 Resultaten: een goede relatie zorgt voor beter toezicht?

Samenvattend suggereren bovenstaande resultaten dat curatoren hun gedrag afstemmen op de wensen van de rechtbank (en de rechters-commissarissen). Enerzijds stemmen curatoren hun gedrag af op expliciete sturing die wordt gegeven bij feedbackmomenten en anderzijds op impliciete sturing die volgens curatoren zou blijken uit de frequentie waarmee zij worden benoemd. Uit de onderzoeken lijkt te volgen dat de door curatoren gepercipieerde kwaliteit van de relatie met de rechtbank van invloed is op de mate waarin de curator de visie van de rechtbank mee laat spelen in zijn besluitvorming. Met andere woorden, hoe meer de curator ervaart afhankelijk te zijn van de rechtbank door onduidelijkheid over het benoemings- en beoordelingsbeleid en dus hoe slechter de relatie tussen de rechter-commissaris en de curator, hoe meer de curator geneigd zou zijn de visie van de rechter-commissaris te volgen.

Die aanname is gestoeld op de bijzondere relatie tussen de curator en de rechtbank en diens insolventierechters. De insolventierechters die de curator aanwijzen in het ene faillissement zijn dezelfde rechters als de insolventierechters die in een ander faillissement optreden als rechter-commissaris. Dat betekent dat de rechter-commissaris die in een specifiek faillissement toezicht houdt op de curator, ook bepaalt – zij het als onderdeel van de rechtbank – welke curator in welk faillissement wordt aangesteld. Omdat de rechter-commissaris naast toezichthouder tevens broodheer

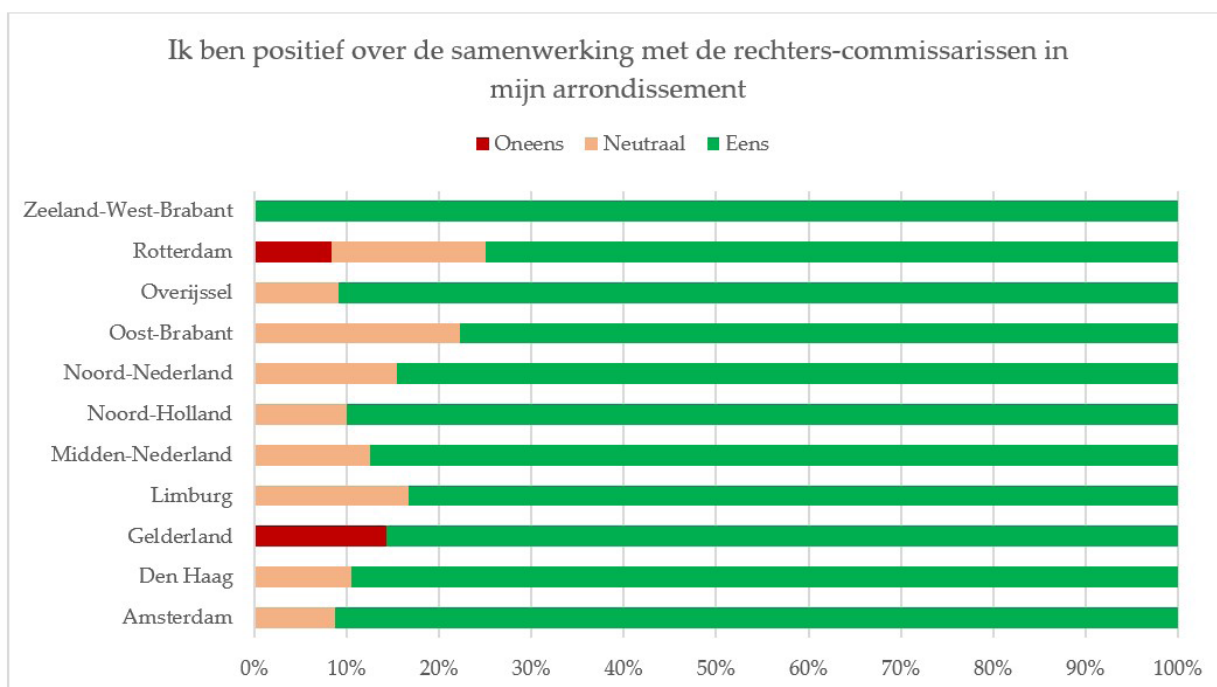
is van de curator, bestaat er een – in ieder geval door menig curator ervaren – afhankelijkheidsrelatie tussen de curator en de rechter-commissaris. Curatoren blijken die afhankelijkheid in de praktijk ook te ervaren en op basis daarvan te acteren. Het gevoel van afhankelijkheid komt doordat curatoren het vaak onduidelijk vinden hoe de rechtbank faillissementen verdeelt onder de curatoren. Bovendien blijkt het voor curatoren soms lastig in te schatten op basis van welke criteria de rechtbank hen beoordeelt. Wanneer curatoren een gevoel van afhankelijkheid ervaren, waarde- ren zij de relatie met de rechtbank lager. Zo heeft een voor curatoren onduidelijk en niet transparant benoemings- en beoordelingsbeleid zijn weerslag op de relatie tussen de curator en de rechtbank.

Hoe meer de curator afhankelijk is van de rechtbank – door gebrek aan een transparant benoemingsbeleid of door gebrek aan terugkoppeling en de daarmee samenhangende financiële afhankelijkheid – hoe meer de curator geneigd lijkt te zijn om de (impliciete) wensen van de rechtbank en de rechters-commissarissen te volgen. Hoe zwaar de curator de visie van de rechtbank (of de rechter-commissaris) laat meewegen, lijkt dus te worden beïnvloed door de relatie die de curator met de rechtbank heeft.

Dit vermoeden heb ik statistisch onderzocht, waarbij ik uitging van de veronderstelling dat curatoren de visie van de rechter-commissaris eerder zouden volgen als zij een slechtere relatie met de rechtbank zouden hebben, omdat dan de afhankelijkheid van de rechtbank voor benoemingen als groter zou worden ervaren. Die hypothese baseerde ik op de hierboven besproken afhankelijkheidsrelatie tussen de curator en de rechtbank. Ik verwachtte dat curatoren die menen dat het benoemings- en beoordelingsbeleid onduidelijk is, door die onzekerheid eerder geneigd zouden

Stelling	Helemaal niet mee eens	Niet mee eens	Neutraal	Mee eens	Helemaal mee eens
Ik ben positief over de samenwerking met de rechters-commissarissen in mijn arrondissement	1% (n = 1)	1% (n = 2)	12% (n = 17)	53% (n = 74)	33% (n = 46)

Tabel 4. De ervaren relatie met de rechtbank
n = 140.



Figuur 5. De ervaren relatie met de rechtbank

zijn om de visie van de rechtbank te volgen. De resultaten waren verrassend. De regressieanalyse liet een positieve en significante interactiecoëfficiënt zien voor de samenhang tussen de variabele 'visie van de curator' en 'relatie met de rechtbank', hetgeen impliceert dat de invloed van de visie van de rechtbank sterker (en dus positiever) is wanneer de curator een positieve relatie meent te hebben met de rechtbank.⁷⁶ De ervaren afhankelijkheid bleek dus juist een negatief effect te hebben op de mate waarin de curator geneigd is de visie van de rechter-commissaris te volgen. Juist de curator die de relatie met de rechtbank als positief evalueerde, was meer geneigd om de visie van de rechtbank en de rechter-commissaris te volgen en was eerder geneigd om een tegengestelde mening te delen. Mijn conclusie: hoe beter de relatie tussen de curator en de rechter-commissaris, hoe beter het toezicht.

De relatie met de rechtbank wordt overigens, ondanks de besproken kritiekpunten, door curatoren over het algemeen als (zeer) positief geëvalueerd. Ruim 85% van de curatoren is positief over de samenwerking met de rechters-commissarissen (zie tabel 4).

De ervaren relatie met de rechters-commissarissen verschilt per arrondissement. Het meest positief over de relatie zijn

curatoren in Zeeland-West-Brabant, het minst positief zijn de curatoren in Rotterdam en Gelderland, al zijn curatoren in deze arrondissementen zeker niet ontevreden over de relatie met de rechtbank.

4. Concluderend

Op basis van de besproken resultaten kom ik tot een aantal conclusies. Allereerst blijkt de relatie tussen curatoren en rechters-commissarissen over het algemeen goed, wellicht zelfs beter dan verwacht. Tegelijkertijd blijkt, ten tweede, dat de wijze waarop het toezicht in de praktijk is ingericht, voor bepaalde risico's zorgt. Zo lijkt het erop dat het risico bestaat dat curatoren gezien hun afhankelijkheid van de rechter-commissaris niet altijd voldoende open en transparant zijn over de wijze waarop een faillissement wordt afgewikkeld. Omdat het onderzoek niet is uitgevoerd onder rechters-commissarissen zelf,⁷⁷ kunnen de resultaten geen uitsluitsel geven over het antwoord op de vraag of rechters-commissarissen voldoende onafhankelijk zijn (het tweede in par. 2 besproken risico). Ten derde laten de resultaten opmerkelijk genoeg zien dat curatoren die de relatie met

76 $b = 0,325$ ($p < 0,05$). Zie voor meer informatie Pool 2022, p. 148-149.

77 Hoewel ik wel heb geprobeerd om ook rechters-commissarissen te betrekken bij mijn onderzoeken, is mijn verzoek meermaals afgewezen door de Raad voor de Rechtspraak.

de rechtbank positiever beoordelen, eerder geneigd zijn om de visie van de rechtbank te volgen. Juist curatoren die een afhankelijkheid ervaren, zijn minder geneigd om die visie te volgen. Een betere relatie met de rechtbank zorgt er dus niet alleen voor dat curatoren de visie van de rechter-commissaris beter volgen, maar ook dat zij eerder openheid van zaken geven over de afwikkeling van hun faillissementen. Ook durven curatoren bij een betere gepercipieerde relatie eerder tegen de rechter-commissaris in te gaan. Kortom, een betere relatie tussen de curator en de rechter-commissaris zorgt voor beter toezicht.

Bovenstaande staat haaks op de aanname dat curatoren de rechter-commissaris geneigd zijn te volgen, *omdat* zij afhankelijk zijn van de rechter-commissaris. Het bevestigt het beeld dat de rechter-commissaris, ook in de huidige

vorm, kan zorgen voor een kritisch tweede paar ogen. Toch blijft het risico bestaan dat curatoren geen volledige openheid van zaken geven wanneer zij denken afhankelijk te zijn van de rechtbank. Het is dus aan te bevelen om te kijken hoe de ervaren afhankelijkheid bij curatoren kan worden verminderd. In een volgend nummer van dit tijdschrift ga ik in op enkele mogelijkheden om de relatie tussen de curator en de rechter-commissaris te verbeteren, onder meer op basis van een focusgroep met curatoren.

Dit artikel is afgesloten op 13 oktober 2023.

Over de auteur

Mr. dr. J.M.W. (Jessie) Pool

Jessie Pool is verbonden aan de afdeling Ondernemingsrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden.