



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Empirisch-juridisch onderzoek naar de belangenstrijd in het insolventierecht

Pool, J.M.W.

Citation

Pool, J. M. W. (2024). Empirisch-juridisch onderzoek naar de belangenstrijd in het insolventierecht. *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 2024(9/10), 1-17. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4198570>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4198570>

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

NTBR 2024/28

Empirisch-juridisch onderzoek naar de belangenstrijd in het insolventierecht

J.M.W. Pool, datum 29-10-2024

Datum	29-10-2024
Auteur	J.M.W. Pool ^[1]
JCDI	JCDI:ADS984201:1
Vakgebied(en)	Burgerlijk procesrecht (V)

Deze bijdrage gaat over empirisch-juridisch onderzoek naar de belangenstrijd binnen het insolventierecht. Ik bespreek aan de hand van mijn empirische studies welke methodologische uitdagingen gepaard gaan met dit type onderzoek, maar ook wat de toegevoegde waarde is van empirisch onderzoek in het insolventierecht.

Een centraal thema is de afweging die curatoren steeds vaker moeten maken tussen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en bredere maatschappelijke belangen, zoals milieubescherming. Wat blijkt uit het empirische onderzoek, is dat curatoren deze afwegingen niet op een consistente wijze maken. Dit gebrek aan eenduidigheid roept de vraag op hoe we ervoor kunnen zorgen dat curatoren in vergelijkbare situaties vergelijkbare beslissingen nemen, zonder daarbij de complexiteit van elk individueel faillissement uit het oog te verliezen, en welke belangenafweging rechtvaardig is.

1. Inleiding

Al jaren wordt aandacht besteed aan het verschil tussen *law in the books* en *law in action*.^[2] Dit verschil houdt bijvoorbeeld in dat de wet zoals die bij de totstandkoming is bedacht of zoals die opgeschreven staat, in de praktijk vaak anders uitwerkt dan verwacht. Ook blijken de aannames die ten grondslag liggen aan de wet in de praktijk niet altijd te kloppen. Om te onderzoeken hoe het recht in de praktijk functioneert, zijn empirische methoden onmisbaar.^[3] In Nederland is het gebruik van dergelijke methoden door van oorsprong doctrinaire juristen^[4] in opkomst.^[5] Hoewel het gebruik van empirische methoden door juristen veelbelovend is, bestaat er al langer de vraag of juristen voldoende uitgerust zijn om deze methoden effectief toe te passen en kritisch te beoordelen.^[6]

In dit artikel probeer ik, op basis van mijn eigen ervaringen, enkele methodologische aanbevelingen te formuleren voor het uitvoeren van empirisch-juridisch onderzoek.^[7] Hierbij richt ik mij specifiek op de uitdagingen die komen kijken bij het combineren van empirisch en juridisch onderzoek, met extra aandacht voor de combinatie van verschillende empirische methoden (*mixed method*-onderzoek). Deze aanbevelingen zijn gebaseerd op de ervaringen die ik heb opgedaan in het onderzoek dat ik (vaak samen met collega's) heb verricht naar belangenpluralisme in het insolventierecht. Het schrijven van deze bijdrage heeft mij geholpen om de zwakke plekken in mijn onderzoek te (her)ontdekken en om inzicht te krijgen in de mogelijkheden en de leemtes in onze huidige kennis over de belangenstrijd binnen het insolventierecht. Daarom bevat deze bijdrage ook een korte schets van mogelijke onderzoeksrichtingen binnen dit thema.

De opbouw van de bijdrage is als volgt. Allereerst geef ik een korte schets van het verdelingsprobleem binnen het insolventierecht, waarbij ik de nadruk leg op de belangenstrijd tussen schuldeisers en andere (maatschappelijke) stakeholders in faillissementsprocedures (par. 2).^[8] Vervolgens bespreek ik deze

belangenstrijd vanuit een empirisch perspectief en bespreek ik mijn onderzoek naar de aanpak van onregelmatigheden door de curator.^[9] Daarbij komen ook de methodologische uitdagingen aan bod waarmee ik te maken heb gehad (par. 3). Afsluitend ga ik kort in op wat we nog niet weten en welke vragen vanuit een empirisch-juridisch perspectief verdere studie verdienen (par. 4).

2. Het verdelingsprobleem binnen het insolventierecht

2.1 De insolventieprocedure als debt collection device

Als de schuldenaar is 'opgehouden te betalen', dan kan de rechtbank hem failliet verklaren.^[10] Het faillissement is een collectieve procedure die is gericht op het zo efficiënt mogelijk te gelde maken van de activa en de opbrengsten te verdelen onder de schuldeisers volgens de wettelijke rangorde. Dit doel van de faillissementsprocedure vindt zijn oorsprong in de *creditors bargain theory*.^[11] De *creditors bargain theory* stelt dat individuele schuldeisers zonder collectieve procedures geneigd zijn om in hun eigen belang te handelen door zo snel mogelijk zoveel mogelijk van hun vordering voldaan te krijgen. Elke individuele incassoactie beïnvloedt echter negatief de kansen dat andere schuldeisers hun geld terugkrijgen. Op deze manier kan een ongeorganiseerde en chaotische *race for assets* ontstaan, die volgens de theorie waardevernietigend zou werken. Dit wordt ook wel het *common pool*-probleem genoemd.^[12]

De collectieve faillissementsprocedure zou waardemaximaliserend werken, omdat: i) collectieve procedures de bedrijfscontinuïteit kunnen waarborgen door de onderneming *going concern* te verkopen; en ii) de administratieve en coördinatiekosten kunnen minimaliseren.^[13] Het idee is bovendien dat een collectief proces zou leiden tot een rechtvaardige verdeling, omdat de uitkomst van de collectieve procedure zou moeten benaderen wat schuldeisers vooraf zouden zijn overeengekomen als ze de voorwaarden van het faillissementsproces onderling hadden kunnen uitonderhandelen.^[14]

Insolventieprocedures worden, vanuit het perspectief van de *creditors bargain theory*, gezien als *debt collection device*. Dit uitgangspunt komt op verschillende manieren terug in de Nederlandse faillissementsprocedure. Zo moet bijvoorbeeld sprake zijn van pluraliteit van schuldeisers voordat het faillissement kan worden uitgesproken. Als er slechts één schuldeiser is, is het niet nodig (er is immers geen *race for assets*) en ook niet efficiënt (er zijn immers weinig tot geen coördinatiekosten) om een collectieve procedure op te tuigen.^[15] Bovendien is het de taak van de curator om het faillissement in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zo efficiënt mogelijk af te wikkelen. Dit houdt in dat de curator streeft naar een maximale opbrengst uit de boedel, zodat er zoveel mogelijk kan worden verdeeld onder de schuldeisers.^[16]

2.2 Belangenstrijd binnen het insolventierecht

De constatering dat insolventieprocedures vooral debt collection devices zijn, en daarmee in de eerste plaats het belang van de gezamenlijke schuldeisers dienen, klinkt op basis van de *creditors bargain theory* wellicht logisch. Tegelijkertijd brengt deze afbakening een belangrijke beperking met zich mee; insolventieprocedures zoals het faillissement richten zich voornamelijk op de belangen van de schuldeisers, terwijl de belangen van andere stakeholders ondergeschikt blijven.^[17]

Deze focus op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers kan problematisch zijn. Een faillissement heeft immers niet alleen gevolgen voor de schuldeisers wier vorderingen niet meer (volledig) voldaan kunnen worden, maar treft ook een breed scala aan andere stakeholders. Denk bijvoorbeeld aan werknemers die hun baan kwijtraken,^[18] omwonenden van een failliete winkel die nu verder moeten reizen voor hun dagelijkse boodschappen en hun winkelstraat verder zien verloederen,^[19] of aan patiënten van een failliete huisarts die gedwongen worden op zoek te gaan naar een nieuwe zorgverlener.^[20] Faillissementen kunnen ook bredere maatschappelijke gevolgen hebben; als een schuldenaar bijvoorbeeld verantwoordelijk is voor milieuschade, kan een faillissement leiden tot extra kosten voor de gemeenschap die moet opdraaien voor de opruiming van

de vervuiling.^[21]

In dit soort situaties kunnen maatschappelijke belangen en de belangen van andere stakeholders op gespannen voet staan met die van de gezamenlijke schuldeisers.^[22]

Vanuit het in de vorige paragraaf besproken doel van het faillissement zou de curator bij de belangenafwegingen tussen de gezamenlijke schuldeisers en een ander (maatschappelijk belang) strikt genomen altijd moeten kiezen voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers.^[23] Omdat deze verplichting de curator te veel zou beperken in zijn belangenafweging, heeft de Hoge Raad overwogen dat curatoren bij de taakuitoefening ook rekening moeten houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals werkgelegenheid.^[24] Tegelijkertijd heeft de Hoge Raad in hetzelfde arrest benadrukt dat, hoewel dergelijke belangen een rol mogen spelen, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers voorrang hebben.^[25]

2.3 Belangenstrijd in het kader van fraudebestrijding

In 2017 is de Wet versterking positie curator in werking getreden.^[26] Die wet was onderdeel van de fraudepijler van het wetgevingsprogramma Herijking faillissementsrecht, die tot doel had om de fraudesignalerende rol van de curator te versterken en wettelijk te verankeren.^[27] De bedoeling was dat curatoren in ieder faillissement een onderzoek zouden doen naar eventuele onregelmatigheden die het faillissement hebben veroorzaakt of het tekort in de boedel hebben vergroot.^[28] De wetgever meent dat curatoren voldoende worden gestimuleerd om onregelmatigheden aan te pakken, omdat zij in een faillissement vergaande bevoegdheden hebben waardoor zij op een relatief eenvoudige wijze onregelmatigheden zouden kunnen opsporen en daar bovendien profijt van hebben, omdat het optreden tegen onregelmatigheden kan leiden tot vergroting van de boedel.^[29]

Deze wetgevingsactiviteit heeft veel stof doen opwaaien. Vanuit de faillissementspraktijk klinkt al jaren kritiek op de wetgever die de curator de taak heeft opgelegd om onregelmatigheden aan te pakken.^[30] De kritiek is vooral gericht op de aanname van de wetgever dat de taak om onregelmatigheden aan te pakken in het verlengde ligt van de taak om in het belang van de gezamenlijke schuldeisers de boedel te vereffenen. Een onderzoek naar de aanpak van onregelmatigheden is immers niet per definitie in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. In sommige situaties kost het meer om onregelmatigheden te onderzoeken en te redresseren dan dat het oplevert, bijvoorbeeld omdat er onvoldoende verhaalsmogelijkheden zijn. De kosten die gemoeid zijn met de aanpak van onregelmatigheden komen dan in mindering op het geld dat beschikbaar is voor de gezamenlijke schuldeisers. De aanpak van onregelmatigheden is in die situaties niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

Bovendien wordt gesteld dat de faillissementen waarin onregelmatigheden een rol spelen, tevens de faillissementen zijn waarin onvoldoende boedel beschikbaar is om het salaris van de curator dat is gemoeid met de aanpak van onregelmatigheden te voldoen.^[31] Als er in die situaties ook geen zicht is op (voldoende) verhaalsmogelijkheden, dan draagt (het kantoor van) de curator de kosten voor de aanpak van onregelmatigheden. De aanpak van onregelmatigheden is in die situaties niet in het belang van (het kantoor van) de curator.^[32]

Critici nemen op basis van het bovenstaande aan dat de curator niet in iedere situatie staat te springen om onregelmatigheden rondom faillissementen aan te pakken.^[33] Enigszins gedateerde cijfers over het aantal geconstateerde en geredresseerde onregelmatigheden in faillissementen zijn in lijn met deze aanname.^[34] Dat betekent dat het aannemelijk is dat de inspanningen van de wetgever om curatoren aan te moedigen om onregelmatigheden aan te pakken, nog onvoldoende effect hebben. De wetgever hield echter vol dat curatoren wel degelijk voldoende mogelijkheden hadden om onregelmatigheden aan te pakken.

Deze discussie was de aanleiding voor mijn promotieonderzoek, waarin ik onderzoek heb gedaan naar de vraag hoe de belemmeringen die curatoren ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden kunnen worden ingeperkt om beter aan te sluiten bij de ambitie van de wetgever.^[35] Om deze onderzoeksvraag te beantwoorden, was zowel juridisch als empirisch onderzoek nodig. In de volgende paragraaf bespreek ik twee empirische studies die ik heb uitgevoerd tijdens mijn promotieonderzoek, waarbij ik ook inga op de methodologische uitdagingen waar ik mee te maken heb gekregen.

3. Empirie en recht binnen de belangenstrijd in het insolventierecht

3.1 Waarom pakken curatoren onregelmatigheden niet aan? Een kwalitatieve interviewstudie^[36]

Over de vraag waarom het onwenselijk zou zijn om curatoren de taak te geven om onregelmatigheden aan te pakken, was al veel geschreven toen ik mijn onderzoek begon. Veel minder was er bekend over de wijze waarop de curator onregelmatigheden in de praktijk aanpakt. Het gebrek aan kennis maakte het lastig om de anekdotische kritiek vanuit de praktijk op waarde te schatten. Het kon immers best zo zijn dat de curatoren die kritiek leverden op hun fraudesignalerende rol, slechts een kleine minderheid vormden van de gehele populatie curatoren. Ook zou het kunnen dat er weliswaar door veel curatoren belemmeringen werden ervaren, maar dat dit kwam door heel andere factoren dan in de literatuur naar voren waren gebracht.

Om deze reden vond ik het van belang om eerst in gesprek te gaan met curatoren, om te achterhalen hoe zij in de praktijk omgaan met de aanpak van onregelmatigheden en welke factoren hun beslissingen beïnvloeden. Ik wilde ervoor zorgen dat de resultaten van deze gesprekken verder zouden gaan dan de anekdotische kritiek die tot dat moment was geuit. Daarom heb ik gekozen voor de *grounded theory*-methode, die mij in staat stelde om op een systematische manier data te verzamelen en te analyseren, zonder vooraf vaststaande theorieën of aannames. Hierdoor kon ik een beter begrip krijgen van de ervaringen van curatoren, gebaseerd op hun eigen praktijk en inzichten, in plaats van alleen op bestaande opvattingen uit de literatuur.

3.1.1 De grounded theory-methode

Grounded theory is een methode waarin door een iteratief en systematisch onderzoeksproces een verklarende theorie van bepaalde processen kan worden ontwikkeld.^[37] Bij deze methode worden de onderzoeksdata inductief benaderd. Dat houdt in dat er niet wordt gewerkt met vastomlijnde hypothesen, maar met een open onderzoeksvraag of een onderzoeksprobleem. Op basis van waarnemingen (data) worden patronen gevonden die leiden tot een (voorlopige) theorie. Dataverzameling en data-analyse worden afgewisseld tot saturatie is bereikt (zie verderop). Bij een inductieve benadering worden hypothesen aan de (te formuleren) theorie ontleend en is de formulering van de hypothesen dus het resultaat van het onderzoek. Dit in tegenstelling tot een deductieve benadering, waarbij hypothesen het startpunt zijn en worden gebaseerd op al bestaande theorieën of verwachtingen.

3.1.2 Dataverzameling

Binnen mijn grounded theory-studie heb ik semigestructureerde interviews uitgevoerd met 33 curatoren.^[38] Semigestructureerd houdt in dat er geen vastomlijnde vragen zijn geformuleerd, maar dat een onderwerpenlijst als basis voor het interview is gebruikt. Semigestructureerde interviews hebben als voordeel dat de onderwerpen voor ieder gesprek gelijk zijn zodat de gesprekken goed kunnen worden vergeleken, terwijl tegelijkertijd voldoende ruimte bestaat voor inbreng van de participanten over onderwerpen die misschien niet door de onderzoekers als vragen zouden zijn geselecteerd. Die eigen inbreng van participanten was in deze studie van belang, omdat geen duidelijkheid bestond over de wijze waarop curatoren in de praktijk onregelmatigheden aanpakken en welke factoren hen daarin beïnvloeden.

Het selectieproces bestond uit twee stappen. De eerste steekproef van curatoren is geselecteerd door *purposeful sampling*.^[39] De selectie van participanten berust bij *purposeful sampling* niet compleet op toeval, maar vindt plaats aan de hand van enkele selectiecriteria die bewust zijn opgesteld. Het doel van deze selectiemethode is om die participanten te selecteren die naar verwachting de meeste informatie kunnen geven over het onderzoeksonderwerp. Op basis van een lijst van alle curatoren in Nederland ($N = 610$) is een aantal curatoren geselecteerd.^[40] Bij de selectie is rekening gehouden met de gewenste variatie in arrondissement, aantal jaren werkervaring als advocaat en kantoorgrootte. Verder is de steekproef willekeurig.

De steekproef is zodanig samengesteld dat alle relevante variaties een plek hebben gekregen in het onderzoek.^[41] Niet alle oorspronkelijk uitgekozen curatoren reageerden op mijn verzoek, dus voor een beperkt aantal arrondissementen heb ik een andere, vergelijkbare curator moeten benaderen. Op basis van de analyse van de afgenomen interviews en daaruit verkregen informatie zijn - in lijn met de *theoretical sampling*-methode - aanvullende participanten geselecteerd.^[42] Het doel van theoretical sampling was om aanvullende informatie te vergaren over specifieke onderwerpen die onderbelicht zijn gebleven in eerdere interviews.

3.1.3 Data-analyse

De interviews zijn uitgevoerd op basis van een onderwerpenlijst. De interviews zijn met toestemming opgenomen en uitgewerkt in letterlijke transcripten, die ter controle zijn voorgelegd aan de participanten. De goedgekeurde transcripten zijn gecodeerd met behulp van het programma Atlas.ti.^[43] Het coderingsproces bestond uit drie fases.^[44] In de eerste fase, de *open coding*-fase, zijn aan de verschillende percepties en ideeën van de participanten labels ('codes') toegekend. Als een curator bijvoorbeeld aangaf dat hij vond dat fraudebestrijding niet onder zijn takenpakket valt, dan werd aan het volledige citaat waar de curator dit uitlegt, de code 'fraudebestrijding valt niet onder takenpakket' toegekend. Door bij het coderen en het bedenken van namen voor de codes zo dicht mogelijk bij de bewoordingen van de participant te blijven, wordt ervoor gezorgd dat de resultaten zoveel mogelijk aansluiten bij de percepties van de curatoren. Bij ieder interview werd vervolgens gekeken of een bestaande code kon worden gebruikt om een perspectief van een curator te coderen, of dat er nog geen geschikte code bestond en dus een nieuwe code moest worden gemaakt. Dit proces wordt ook wel *constant comparison* genoemd en is een manier om verschillende perspectieven op gestructureerde wijze met elkaar te kunnen vergelijken, maar ook om te kunnen monitoren of over bepaalde onderwerpen voldoende informatie is verzameld en saturatie is bereikt (zie verderop).^[45] Alleen als dat niet mogelijk bleek, is een nieuwe code aangemaakt.^[46] Na de open coding-fase, resulterend in 262 codes, zijn de codes gecategoriseerd in overkoepelende categorieën (de *axial coding*-fase) en is ten slotte bekeken hoe de verschillende categorieën van codes met elkaar verband hielden (de *selective coding*-fase). Zo kwam ik er bijvoorbeeld tijdens de axial coding-fase achter dat de code 'fraudebestrijding valt niet onder takenpakket' samen met een aantal andere codes kon worden gecategoriseerd onder de overkoepelende categorie 'taakopvatting curator'. In de daaropvolgende selective coding-fase ontdekte ik dat de taakopvatting van de curator samen met een aantal andere factoren, zoals eerdere 'ervaringen met fraudemeldingen' gezamenlijk invloed hadden op de bereidheid van de curator om onregelmatigheden aan te pakken.

Tijdens het coderen is door memo's verslag gedaan van ontstane ideeën over bijvoorbeeld samenhang tussen codes of koppelingen tussen bepaalde uitspraken van participanten en geraadpleegde literatuur. Deze memo's vormden een belangrijke input voor de uiteindelijke analyse.

In mijn onderzoek heb ik ervoor gekozen om het coderen van de data zelf te doen, zonder gebruik te maken van een *interrater reliability*-check. Dat was vooral gebaseerd op praktische overwegingen. Over het nut en de noodzaak van de interrater reliability-check bestaat discussie binnen de kwalitatieve onderzoeksgemeenschap.^[47] Sommige onderzoekers vinden het ongeschikt of overbodig voor kwalitatieve analyses, die doorgaans gericht zijn op het verkennen van diepere betekenissen en complexe patronen, in plaats van op kwantitatieve nauwkeurigheid. Anderen zien het inzetten van meerdere codeerders en het controleren van de betrouwbaarheid van coderingen juist als een best practice om de transparantie van kwalitatief onderzoek te waarborgen. Hoewel ik in de toekomst bij een grounded theory-studie zou overwegen om met meerdere codeerders te werken en een interrater reliability-check uit te voeren, geloof ik dat het belangrijkste is om de resultaten kritisch te benaderen en te toetsen. In mijn onderzoek heb ik dit gedaan door middel van triangulatie, waarbij de bevindingen vanuit verschillende perspectieven zijn bekeken. Dit heeft de betrouwbaarheid van de resultaten versterkt, zonder het gebruik van meerdere codeerders.

De data-analyse verliep gelijktijdig met de dataverzameling, waardoor analyses konden worden gebruikt om de onderwerpen en vragen in nieuwe interviews aan te scherpen. Door het toepassen van constant comparison kon worden gemonitord op welke punten voldoende informatie was verzameld en op welke punten tijdens de latere interviews nog extra doorgevraagd moest worden. Zodra duidelijk werd dat nieuwe interviews geen nieuwe informatie (codes) meer opleverden en het punt van saturatie was bereikt, ben ik gestopt met het benaderen van participanten. Interviews die gepland stonden op het moment dat saturatie was bereikt, zijn nog

wel afgenomen. Ook deze interviews leverden geen nieuwe informatie (codes) op en bevestigden dat saturatie was bereikt.

In kwalitatief onderzoek worden drie manieren onderscheiden waarop saturatie kan worden vastgesteld, te weten: i) *informational redundancy*; ii) variatiedekkende saturatie; en iii) theoretische saturatie. Informational redundancy treedt op wanneer onderzoekers tijdens de interviews merken dat er geen nieuwe informatie meer wordt verkregen, omdat de antwoorden van deelnemers herkenbaar worden op basis van eerdere gesprekken. Variatiedekkende saturatie heeft betrekking op de diversiteit van de geselecteerde respondenten. Door een breed scala aan deelnemers te betrekken, zoals curatoren met verschillende achtergronden, regio's en ervaringsniveaus, zijn uiteenlopende perspectieven verzameld, wat deze vorm van saturatie in dit onderzoek verzekerde. Ten slotte verwijst theoretische saturatie naar het punt waarop er tijdens het coderen van de interviews geen nieuwe codes of thema's meer ontstaan. In mijn onderzoek heb ik alle drie de vormen van saturatie gebruikt.

3.1.4 Resultaten

De resultaten van de interviewstudie hebben inzicht gegeven in de wijze waarop curatoren onregelmatigheden aanpakken. Ook suggereren de resultaten dat bij het besluitvormingsproces van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden zeven factoren een rol spelen. Op basis van deze resultaten heb ik aan de hand van de grounded theory-methode een besluitvormingstheorie geformuleerd die inzicht geeft in de wijze waarop de curator beslissingen neemt bij de aanpak van onregelmatigheden. De besluitvormingstheorie is opgesteld door te onderzoeken hoe de verschillende factoren met elkaar verband houden (de selective coding-fase). Kort samengevat laten de resultaten van de interviewstudie zien dat de bereidheid van curatoren lijkt te worden beïnvloed door: i) financiële overwegingen; ii) de persoonlijke visie en ervaring van de curator; en iii) de visie van de toezichthoudende rechtbank.

3.1.5 Beperkingen

Deze studie biedt waardevol inzicht in hoe curatoren zeggen om te gaan met onregelmatigheden en vormt een basis voor oplossingen voor de lage bereidheid om deze aan te pakken. Het belangrijkste voordeel van de gebruikte methode is dat de besluitvormingstheorie direct uit de empirische data komt, de theorie is gebaseerd op wat curatoren hebben verteld en niet op mijn eigen verwachtingen of op die van anderen.

De kwalitatieve insteek van het onderzoek brengt echter ook beperkingen mee. Ten eerste bieden interviews vooral inzicht in de percepties van curatoren, zonder te onderzoeken hoe zij daadwerkelijk handelen in specifieke situaties. Het blijft onduidelijk in hoeverre curatoren tijdens de interviews sociaal wenselijke antwoorden hebben gegeven. Hoewel ik maatregelen heb genomen om dit te beperken, zoals het geruiststellen van de deelnemers, het waarborgen van anonimiteit en het stellen van controlevragen, kan deze beperking niet volledig worden uitgesloten.^[48] Deze beperking zou kunnen worden verholpen door onderzoek te doen naar de werkelijke gedragingen van curatoren door middel van observaties, experimenten, of triangulatie door dataverzameling bij andere betrokkenen, zoals rechters en bestuurders. Deze benaderingen kunnen helpen om een completer en objectiever beeld te krijgen van hoe curatoren handelen in de praktijk.

De kwalitatieve analyses zijn ten tweede niet geschikt om (causale) verbanden aan te tonen en die te generaliseren naar de volledige populatie van de huidige steekproef, omdat er geen sprake is van een representatieve steekproef.^[49] In kwalitatieve analyses wordt het concept van 'transferabiliteit' vaak gebruikt als alternatief voor generaliseerbaarheid. Transferabiliteit verwijst naar de mate waarin de resultaten, conclusies of bevindingen van een kwalitatieve studie kunnen worden overgedragen naar andere participanten of contexten. Het idee is niet om algemene geldigheid te claimen zoals bij generaliseerbaarheid in kwantitatief onderzoek, maar eerder om te laten zien in hoeverre de gevonden patronen, thema's en conclusies relevant en toepasbaar kunnen zijn in vergelijkbare situaties buiten de directe onderzoekscontext en de deelnemende participanten. Het bereiken van saturatie versterkt de betrouwbaarheid en validiteit van de bevindingen, omdat het aantoont dat alle belangrijke thema's en knelpunten binnen de beschikbare dataset zijn geïdentificeerd en verkend. Dit ondersteunt ook de conclusie dat de geanalyseerde interviews transferabel zijn naar de bredere

ervaringen van curatoren.

Ten derde is de kwalitatieve analyse naar zijn aard subjectief. Hoewel ik heb geprobeerd om het onderzoeksproces zo navolgbaar mogelijk te maken door het toepassen van een gestructureerde dataverzameling en een gestructureerde analysemethode, blijft het kwalitatieve onderzoeksproces afhankelijk van de persoon van de onderzoeker. Het zou zo kunnen zijn dat een meer ervaren onderzoeker, of een onderzoeker met veel praktijkervaring, andere gesprekken had gevoerd met curatoren.

Om enkele van de genoemde beperkingen te ondervangen, heb ik de resultaten van deze interviewstudie getoetst en aangevuld met twee kwantitatieve studies. De theorie uit de interviewstudie is omgezet in verschillende toetsbare hypothesen. Een van deze studies betrof een survey onder curatoren, die in de volgende paragraaf verder wordt besproken.

3.2 Waarom pakken curatoren onregelmatigheden niet aan? Een kwantitatieve surveystudie

Het doel van deze survey was om ten eerste te onderzoeken in hoeverre de factoren uit mijn besluitvormingstheorie herkenbaar waren bij een bredere groep curatoren. Ten tweede richtte de studie zich op het in kaart brengen van de samenhang tussen deze factoren en de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken.

Het verschil met de in de vorige paragraaf besproken interviewstudie is dat de surveystudie een deductieve benadering volgt. Dit betekent dat de surveystudie vertrekt vanuit vooraf geformuleerde hypothesen over de factoren die curatoren volgens de besluitvormingstheorie beïnvloeden bij de aanpak van onregelmatigheden. In tegenstelling tot de interviewstudie, die inductief te werk ging door een besluitvormingstheorie te ontwikkelen op basis van gesprekken en daaruit geïdentificeerde patronen, test de surveystudie deze theorie juist met gestructureerde vragen. Hierdoor kan de surveystudie de bevindingen uit de interviewstudie valideren en generaliseren naar een grotere populatie, en kunnen de resultaten inzicht bieden in de samenhang en rangorde van de belemmeringen die curatoren ervaren.

3.2.1 Hypothesen en variabelen

Voor de surveystudie begon ik met het formuleren van hypothesen op basis van de besluitvormingstheorie. Dit vereiste enige stappen, omdat de potentiële verbanden uit de besluitvormingstheorie aanvankelijk vrij open waren geformuleerd. Hypothesen moeten echter specifiek genoeg zijn om te kunnen testen. Daarom heb ik de open verbanden uit de theorie verder gespecificeerd naar zes hypothesen, zodat ze duidelijk en toetsbaar werden voor de surveystudie. Hoe ik dat heb gedaan, laat zich het beste uitleggen via een voorbeeld.

Mijn besluitvormingstheorie stelt dat de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, samenhangt met de taakopvatting van de curator. Uit de interviewstudie bleek dat curatoren grofweg twee opvattingen hebben over hun taak op het gebied van de aanpak van onregelmatigheden. Enerzijds zijn er curatoren die menen dat zij hun taak enkel en alleen uitvoeren ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en dat de aanpak van onregelmatigheden dus niet bij hun taak hoort als dit niet bijdraagt aan een vergroting van de boedel (in lijn met de creditors bargain theory). Anderzijds zijn er ook curatoren die de aanpak van onregelmatigheden en fraudesignalering uitdrukkelijk tot hun taak rekenen, ook als die aanpak niet direct bijdraagt aan een vergroting van de boedel. Op basis van de stelling uit mijn besluitvormingstheorie dat de taakopvatting van de curator meespeelt bij zijn bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, verwacht ik dat de eerste groep niet direct bereid is om onregelmatigheden aan te pakken en de tweede groep wel, althans meer dan de eerste groep. Om die reden luidt mijn hypothese als volgt:

Hypothese: De taakopvatting van de curator hangt samen met de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, op zo'n manier dat: (a) een taakopvatting die primair ziet op het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers negatief samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken; en (b) een taakopvatting die (ook) de aanpak van onregelmatigheden en fraudebestrijding inhoudt positief samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken.

Deze hypothese gaat dus uit van een afhankelijke variabele (de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken) en een onafhankelijke (ook wel verklarende) variabele (de taakopvatting van de curator).

3.2.2 Operationaliseren: van variabele naar items

Na het formuleren van hypothesen moet elke variabele worden geoperationaliseerd. Dit betekent dat abstracte concepten worden vertaald naar meetbare eenheden door het opstellen van items. Een item is een vraag of stelling die is gericht op het meten van (een aspect van) een variabele. Bij het opstellen van de survey heb ik gebruikgemaakt van de resultaten van mijn kwalitatieve interviewstudie. De voorgelegde vragen en stellingen zijn gebaseerd op hetgeen de participanten hebben verteld tijdens de interviews. Ik heb geprobeerd om waar mogelijk aan te sluiten bij de formuleringen die de participanten hebben gebruikt tijdens de interviews zodat de items voor de respondenten van de survey zo herkenbaar mogelijk zouden zijn.

De in de hiervoor besproken hypothese genoemde variabelen zijn 'bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken', 'taakopvatting - primair schuldeisersbelang' en 'taakopvatting - primair fraudebestrijding'. De afhankelijke variabele 'bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken' is gemeten aan de hand van het item 'Ik onderneem actie wanneer ik onregelmatigheden signaleer'. Het item is gemeten via een Likertschaal met 5 punten. Een Likertschaal is een schaal van doorgaans 5 of 7 punten die wordt gebruikt om de antwoorden van respondenten op bepaalde items te registreren. Het gaat dan bijvoorbeeld om een schaal met de waarden 1 t/m 5 voor 'helemaal mee oneens', 'mee oneens', 'neutraal', 'mee eens' en 'helemaal mee eens'. Hoe hoger de score, des te meer de respondent bereid is om onregelmatigheden aan te pakken. Voor de onafhankelijke variabele 'taakopvatting' geldt dat de onafhankelijke variabele 'taakopvatting - primair schuldeisersbelang' is gemeten met het item 'De curator voert zijn werkzaamheden primair uit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers'. Hogere scores zijn een indicatie dat de respondent van mening is dat zijn taak vooral is het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

De onafhankelijke variabele 'taakopvatting - ook fraudebestrijding' is gemeten aan de hand van het item 'De curator heeft een fraudebestrijdende rol'. Hogere scores zijn een indicatie dat de respondent van mening is dat de aanpak van onregelmatigheden en fraudebestrijding onderdeel is van zijn takenpakket.

In de survey zijn deze variabelen elk gemeten met één item, omdat ik er op basis van de interviewstudie van overtuigd was dat deze enkele vraag of stelling de te meten variabele adequaat kon dekken. Dat was bijvoorbeeld het geval wanneer alle curatoren in de interviewstudie op dezelfde manier een toelichting gaven over een bepaalde factor en die toelichting niet uit verschillende elementen bestond. In sommige gevallen bleek echter dat een enkel item niet voldoende was om de complexiteit van de variabele volledig te vangen. Daarom zijn voor bepaalde variabelen meerdere items ontwikkeld om een breder en gedetailleerder beeld te krijgen van de betreffende aspecten. Dat was bijvoorbeeld het geval voor de onafhankelijke variabele 'financiële situatie curator'. Ik was benieuwd naar deze variabele, omdat uit de interviewstudie leek te volgen dat de curator zijn persoonlijke financiële situatie meeweegt bij de beslissing om onregelmatigheden aan te pakken. De onafhankelijke variabele 'financiële situatie curator' is gemeten aan de hand van de volgende items: 'Binnen de insolventieafdeling op mijn kantoor heb ik voldoende doorgroeikansen', 'Ik maak voldoende declarabele uren in de faillissementspraktijk om door te groeien binnen kantoor', 'Onder de streep haal ik uit faillissementen voldoende omzet ten opzichte van de gewerkte uren', 'De insolventieafdeling op mijn kantoor maakt voldoende omzet', 'De insolventieafdeling op mijn kantoor draait qua omzet in vergelijking met andere afdelingen goed' en 'De faillissementspraktijk is voor mijn kantoor rendabel'. Om een score voor elke variabele te berekenen, heb ik de gemiddelde score van de relevante items genomen. Hogere scores zijn een indicatie dat de respondent in een goede financiële positie verkeert binnen zijn kantoor, waarbij het idee is dat hij het zich kan veroorloven om tijd te besteden aan de aanpak van onregelmatigheden.

Wanneer een variabele wordt gemeten met meerdere items, is het van belang om de consistentie van deze items te evalueren. Dit wordt gedaan met behulp van Cronbach's alpha (α). Cronbach's alpha is een statistische maat voor de betrouwbaarheid van een meetinstrument en geeft aan in hoeverre de verschillende items binnen een schaal consistent zijn in het meten van hetzelfde concept. Specifiek meet Cronbach's alpha de interne consistentie van de items, oftewel de mate waarin de items binnen een schaal onderling

samenhangen. Met andere woorden: zijn de respondenten een beetje consistent als we kijken naar de items die een variabele meten? Een hoge waarde van Cronbach's alpha wijst erop dat de items goed op elkaar zijn afgestemd en samen een betrouwbare maatstaf vormen voor de variabele. Dit is belangrijk, omdat het verzekert dat de items gezamenlijk een samenhangend en valide beeld geven van het te meten concept. Een lage Cronbach's alpha kan wijzen op inconsistenties tussen de antwoorden op de items, wat kan duiden op een probleem met de meetinstrumenten of een onvoldoende dekking van het concept. De Cronbach's alpha voor deze variabele was hoog ($\alpha = 0,879$).^[50]

3.2.3 Steekproef

De verspreiding van de survey onder Nederlandse curatoren bleek een uitdagende onderneming vanwege het ontbreken van een volledig overzicht van de totale populatie. Omdat geen complete lijsten van curatoren beschikbaar waren, heb ik mijn eerder opgestelde lijst uit de interviewstudie gecontroleerd en bijgewerkt om een zo accuraat mogelijk overzicht te verkrijgen.^[51] Op basis van deze geactualiseerde lijst schatte ik dat er in 2021 ongeveer 511 curatoren actief waren in Nederland.^[52] De curatoren zijn op verschillende manieren benaderd. Zo zijn curatoren geattendeerd op de survey via de nieuwsbrieven van de beroepsverenigingen INSOLAD en JIRA. Daarnaast heb ik curatoren benaderd via e-mail (o.b.v. de door mij opgestelde lijst met curatoren) en LinkedIn. In totaal hebben 197 respondenten de survey ingevuld. Ik heb reacties van niet-curatoren en reacties met een groot aantal ontbrekende antwoorden uit de steekproef gelaten. Uiteindelijk zijn de reacties van 177 respondenten meegenomen in de analyse en hebben 139 respondenten de survey volledig ingevuld. Dat betekent dat ruim 27% van de (bij mij bekende) populatie de survey volledig heeft ingevuld. Gezien de lengte van de survey en de constatering dat het invullen gemiddeld 30-45 minuten duurde, is dit een goede *response rate*.

3.2.4 Data-analyse en resultaten

Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om de volledige resultaten van de surveystudie te bespreken. Ik beperk mij dus tot een bespreking van de resultaten die voortvloeien uit de eerder bij wijze van voorbeeld besproken hypothese.

Uit de resultaten van de survey bleek dat de meningen over de taak van de curator sterk verdeeld waren. Zo gaf 35% van de curatoren aan het eens te zijn met de stelling dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers altijd boven maatschappelijke belangen gaan, terwijl 40% het hier juist niet mee eens was. Daarnaast bleef 24% van de respondenten neutraal. Deze uiteenlopende opvattingen laten zien dat curatoren hun rol en prioriteiten in faillissementsprocedures zeer uiteenlopend interpreteren.

De hypothese voorspelde kort gezegd dat de taakopvatting van curatoren samenhangt met hun bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Ik heb deze hypothese op verschillende manieren getest. Allereerst via een simpele correlatie. De opvatting dat de taak van de curator primair ziet op het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, bleek niet significant samen te hangen met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. De opvatting dat de taak van de curator ook de aanpak van onregelmatigheden omvat, hangt wel significant samen met de bereidheid daartoe (correlatiewaarde 0,212, $p < 0,05$).^[53] Dat betekent dat hoe meer de curator van mening is dat de aanpak van onregelmatigheden ook onder zijn taak valt, des te meer hij bereid zal zijn om onregelmatigheden aan te pakken. Deze resultaten ondersteunen hypothese 2 gedeeltelijk.

Vervolgens heb ik een meervoudige regressieanalyse gebruikt om de gecombineerde effecten van de variabelen over de taakopvatting op de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken, te bepalen. Een regressieanalyse is een statistische analysetechniek die ziet op het voorspellen van een bepaalde uitkomst voor de afhankelijke variabele op basis van informatie over andere (onafhankelijke) variabelen. We spreken dan van een regressie van de onafhankelijke variabele op de afhankelijke variabele. Bij enkelvoudige regressie is sprake van één onafhankelijke variabele. Bij meervoudige of multiële regressie is er meer dan één onafhankelijke variabele. De resultaten van de regressie laten ook zien dat de onafhankelijke variabele 'taakopvatting - primair schuldeisersbelang' niet ($b = 0.051$, $p = 0.380$) maar de

onafhankelijke variabele 'taakopvatting - ook fraudebestrijding' wel ($b = 0.163$, $p = 0.011$) significant samenhangt met de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken. Dat betekent dat hypothese 2 deels moet worden verworpen, maar dat er wel steun is voor de hypothese dat curatoren die de aanpak van onregelmatigheden onder hun taak vinden vallen, meer bereid zullen zijn om onregelmatigheden aan te pakken. Dit laatste is in lijn met de besluitvormingstheorie.

Een belangrijke uitkomst van de surveystudie is dat er een totaal gebrek aan consensus bestaat over zowel de wijze waarop curatoren onregelmatigheden in de praktijk aanpakken als over de wijze waarop zij menen dat invulling moet worden gegeven aan de taak om onregelmatigheden aan te pakken. Ook de bereidheid om onregelmatigheden aan te pakken, is bij iedere curator verschillend. Dit resultaat is in lijn met de resultaten van de interviewstudie, waaruit ook blijkt dat curatoren verschillend te werk gaan bij de aanpak van onregelmatigheden en verschillende meningen hebben over de wijze waarop zij invulling moesten geven aan de taak om onregelmatigheden aan te pakken.

3.2.5 Beperkingen

Deze studie biedt inzicht in de werkwijze van curatoren bij de aanpak van onregelmatigheden en in de bereidheid van curatoren om onregelmatigheden aan te pakken. De toegevoegde waarde van het onderzoek is gelegen in de wijze waarop de survey is opgesteld. Ik heb de survey ontwikkeld door gebruik te maken van informatie die ik eerder had verzameld in de kwalitatieve interviewstudie. Dat betekent dat ik heel specifieke vragen en stellingen aan de respondenten heb kunnen voorleggen die bovendien aansluiten bij de belevingswereld van curatoren. Ook heb ik door de interviewstudie een goed overzicht gekregen van de verschillende onderwerpen die spelen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator, waardoor het aannemelijk is dat ik de respondenten een volledige vragenlijst heb voorgelegd. Daarnaast hebben de respondenten in reactie op de afsluitende open vraag geen nieuwe factoren naar voren gebracht. De vragenlijst kan daardoor ook dienen als basis voor toekomstig onderzoek. Tegelijkertijd betekent mijn werkwijze dat ik geen gebruik heb kunnen maken van bestaande, reeds gevalideerde schalen: de betrouwbaarheid en validiteit van het meetinstrument was nog niet aangetoond.^[54]

De surveystudie kent nog een belangrijke beperking. Door de opzet van de studie kan ik geen uitspraken doen over causale relaties tussen de verschillende variabelen, maar slechts over de samenhang tussen de verschillende variabelen. Vervolgonderzoek, bijvoorbeeld in de vorm van experimenten of een survey met verschillende meetmomenten (longitudinaal design), is noodzakelijk om inzicht te geven in causale relaties tussen de verschillende variabelen.

Een vergelijkbare beperking is dat de surveystudie gebaseerd is op zelfgerapporteerd gedrag. Dit houdt in dat curatoren mogelijk sociaal wenselijke antwoorden geven, waardoor hun feitelijke gedrag kan afwijken van wat ze in de survey aangeven. Daarnaast kan het zo zijn dat curatoren in specifieke situaties anders handelen dan wat ze in algemene zin rapporteren. Hierdoor ontstaat het risico dat de resultaten niet volledig representatief zijn voor hun daadwerkelijke gedrag in de praktijk.

3.3 Conclusies: hoe kunnen de belemmeringen die curatoren ervaren, worden ingeperkt om beter aan te sluiten bij de ambitie van de wetgever?

Na het uitvoeren van de empirische studies had ik een beter inzicht in de belemmeringen die curatoren ervaren bij de aanpak van onregelmatigheden. Ondanks de eerder besproken beperkingen ligt de kracht van dit onderzoek in de combinatie van verschillende onderzoeksmethoden. Door de inzet van een mixed method-aanpak heb ik een breder en dieper inzicht verkregen in hoe curatoren onregelmatigheden in de praktijk benaderen, in tegenstelling tot wat met één methode mogelijk zou zijn geweest. Het combineren van verschillende methoden heeft bovendien de sterke punten van elke afzonderlijke aanpak benut om de beperkingen van de andere methoden te compenseren. Daarnaast toonden de overlappende resultaten uit de verschillende studies vergelijkbare uitkomsten, wat de betrouwbaarheid van het onderzoek verder versterkt.

3.3.1 Fact-value gap

Ondanks de overtuigende resultaten van de empirische studies, was het nog een hele uitdaging om normatieve aanbevelingen te formuleren. Uit empirische onderzoeksbevindingen mag immers niet rechtstreeks worden afgeleid dat een bepaalde regeling of wijziging wenselijk is. Deze stap vereist nog aanvullende normatieve afwegingen.^[55] In empirisch-juridische studies wordt dit vaak de *fact-value gap* genoemd.^[56] De fact-value gap houdt in dat het enkele gegeven dat iets op een bepaalde manier werkt (*is*) niet automatisch betekent dat het ook zo zou moeten zijn (*ought*). Het is belangrijk te onderkennen dat empirische resultaten niet automatisch normatieve conclusies bevatten. Om op basis van empirische data uitspraken te kunnen doen over eventuele normatieve implicaties van die data, is het noodzakelijk om de fact-value gap te overbruggen.

Bij het overbruggen van de fact-value gap is het van belang om expliciet te zijn over waar de verslaglegging van de empirische data eindigt en waar de interpretatie van die data om te komen tot normatieve conclusies begint.^[57] Ik moest de empirische resultaten dus 'vertalen' naar een argument voor of tegen de invoering van een bepaalde norm. Vervolgens bracht ik andere, niet-empirische argumenten in kaart die voor of tegen de desbetreffende norm pleiten. Afsluitend kwam ik dan tot een aanbeveling.^[58] De empirische resultaten vormen een onderdeel van die argumentatie, maar zijn niet altijd doorslaggevend.

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

Nu ik terugblik op mijn poging om de fact-value gap te overbruggen, besef ik dat ik daar maar zeer beperkt in ben geslaagd. De belangrijkste uitkomst van mijn onderzoek was dat curatoren vaak niet handelen zoals de wetgever had beoogd, omdat de aanpak van onregelmatigheden in strijd kan zijn met het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Aangezien de primaire taak van de curator het behartigen van de belangen van die schuldeisers is, zijn niet alle curatoren bereid om onregelmatigheden aan te pakken wanneer dit ten koste gaat van die belangen. Mijn conclusie, namelijk dat het primaat van de schuldeisers zou moeten worden losgelaten, is slechts gedeeltelijk overtuigend. Hoewel het wellicht zou helpen om curatoren het argument te ontnemen dat zij onregelmatigheden niet kunnen aanpakken vanwege die strijdigheid, is het allerm minst zeker dat zij dan daadwerkelijk anders zouden handelen. Bovendien is het de vraag of het wenselijk is om andere belangen boven die van de schuldeisers te stellen. Het enkele feit dat dit mogelijk beter aansluit bij de ambities van de wetgever, is onvoldoende om tot die conclusie te komen.

Daarnaast richtte mijn onderzoek zich uitsluitend op fraudebestrijding, waardoor ik eigenlijk geen bredere conclusies had mogen trekken over de afweging van andere maatschappelijke belangen door curatoren. Het is goed denkbaar dat curatoren in andere situaties wel degelijk maatschappelijke belangen belangrijker vinden dan die van de schuldeisers, of hele andere afwegingen maken als het gaat om andere belangen. Achteraf beschouwd lijkt mijn slotbeschouwing te snel te zijn veralgemeniseerd en mist deze de nodige nuance.

4. Een empirisch-juridische onderzoeksagenda naar de belangenstrijd in het insolventierecht

Deze leemte in mijn onderzoek heeft me de afgelopen jaren beziggehouden. Om beter te begrijpen hoe curatoren omgaan met de belangenstrijd tussen de gezamenlijke schuldeisers en andere maatschappelijke belangen, hebben we in Leiden verschillende experimenten en focusgroepen uitgevoerd.^[59] In die experimenten hebben we curatoren gevraagd te kiezen tussen het belang van de gezamenlijke schuldeisers en verschillende maatschappelijke belangen, zoals het milieu en het behoud van werkgelegenheid. In de

focusgroepen hebben we curatoren gevraagd uit te leggen of, en zo ja waarom, hoe en wanneer ze bereid waren rekening te houden met (maatschappelijke) belangen van stakeholders anders dan schuldeisers.

Uit deze onderzoeken blijkt kort samengevat dat curatoren zeer uiteenlopende meningen hebben over het meewegen van maatschappelijke belangen in faillissementen. Zowel over de vraag welke belangen mogen worden meegewogen, als over de vraag hoe en onder welke omstandigheden dat terecht zou zijn, bestaat een compleet gebrek aan consensus. Zo bleek bijvoorbeeld de ene curator bereid om een aanzienlijke vermindering van 91% op de uitkering aan schuldeisers te accepteren om afval van de failliete onderneming te recyclen in plaats van het op een manier af te voeren die het milieu zou vervuilen, terwijl een andere curator weer niet bereid was om enige vermindering van de uitkering te overwegen. De variaties in de beslissingen waren aanzienlijk en deden zich voor bij een breed scala aan maatschappelijke belangen. Het lijkt er dus op dat de conclusies uit mijn promotieonderzoek over de variatie in beslissingen van curatoren als het gaat om maatschappelijke belangen, wel degelijk correct waren. Sterker nog, de resultaten van deze onderzoeken suggereren juist dat curatoren het meest eensgezind zijn over de situaties waarin de aanpak van onregelmatigheden speelt, in vergelijking met andere maatschappelijke belangen zoals het milieu.

Het huidige normenkader voor curatoren is dus, zoals wel is betoogd,^[60] 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 (bijv. als aangesproken persoon). Het gevolg van de beleidsvrijheid is immers dat alle belanghebbenden in faillissementsprocedures, zowel schuldeisers als andere stakeholders, afhankelijk zijn van de subjectieve beslissing van de curator.

De beleidsvrijheid die curatoren hebben bij belangenafwegingen maakt bovendien 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. Gezien de rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid die kan ontstaan door deze beleidsvrijheid van de curator, concludeer ik dat de huidige beleidsvrijheid bij de afweging van belangen van de schuldeisers en maatschappelijke belangen onwenselijk is. Of het wenselijk is om meer gewicht toe te kennen aan bepaalde maatschappelijke belangen, en zo ja, aan welke belangen dan meer gewicht zou moeten worden toegekend en hoe groot het verschil in het uitkeringspercentage mag zijn, vergt een nadere belangenafweging 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. Tegelijkertijd moet, in tegenstelling tot wat er bij de fraudesignalerende taak is gebeurd, een heldere keuze worden gemaakt voor een bepaald belang. Nader onderzoek is nodig naar de vraag welke belangenafweging rechtvaardig is.

5. Afsluitend

In dit artikel heb ik de methodologische uitdagingen besproken die ik ben tegengekomen bij het empirisch onderzoeken van de belangenstrijd in het insolventierecht. Door terug te kijken op mijn onderzoek, heb ik beter inzicht gekregen in de beperkingen van mijn eigen onderzoek. Dit heeft geleid tot een aantal vervolgvragen die verdere aandacht verdienen, zoals de vraag wanneer sprake is van een rechtvaardige belangenafweging in insolventieprocedures. Deze vervolgvragen zijn bijzonder actueel, aangezien curatoren steeds vaker afwegingen moeten maken tussen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en bredere maatschappelijke belangen, zoals milieubescherming. Wat blijkt, is dat curatoren deze afwegingen niet op een consistente wijze maken. Dit gebrek aan eenduidigheid roept belangrijke vragen op over de mate waarin maatschappelijke belangen een rol zouden moeten spelen in faillissementsprocedures en hoe dit proces meer gestroomlijnd kan worden.

Een centrale vraag hierbij is hoe we ervoor kunnen zorgen dat curatoren in vergelijkbare situaties vergelijkbare beslissingen nemen, zonder daarbij de complexiteit van elk individueel faillissement uit het oog te verliezen. Dit onderstreept het belang van verder onderzoek naar de wijze waarop deze belangenafwegingen plaatsvinden en welke belangenafweging wenselijk is, met als doel een meer uniforme en transparante benadering te ontwikkelen die zowel schuldeisers als maatschappelijke belangen recht doet.

Voetnoten

- [1] Mr. dr. J.M.W. (Jessie) Pool is universitair docent ondernemings- en insolventierecht aan de Universiteit Leiden.
- [2] Zie bijv. R. Pound, 'Law in Books and Law in Action', *American Law Review* 1910/44.
- [3] Zie bijv. C. Bijleveld, *Research Methods for Empirical Legal Studies: An Introduction*, Den Haag: Eleven 2023.
- [4] Daarmee doel ik op juristen die werkzaam zijn in rechtsgebieden die het recht voornamelijk vanuit een intern perspectief benaderen, zoals het privaatrecht. Juristen die werkzaam zijn in onderzoeksdomeinen waarin het recht vanuit een extern perspectief wordt benaderd, zoals de rechtssociologie, rechtspsychologie of rechtseconomie, zijn in het bedrijven van empirisch-juridisch onderzoek al een stuk meer ervaren.
- [5] Die opkomst werd verder gestimuleerd door het speerpunt *Empirical Legal Studies* van het Sectorplan rechtsgeleerdheid.
- [6] Zie over deze discussie bijv. C.J.J.M. Stolker, "Ja geléerd zijn jullie wel!": over de status van de rechtswetenschap', *NJB* 2004, p. 766 e.v.; R.A.J. van Gestel & J.B.M. Vranken, 'Rechtswetenschappelijke artikelen: naar criteria voor methodologische verantwoording', *NJB* 2007, p. 1448 e.v.; H. Franken, 'Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen', *NJB* 2004, p. 1400 e.v. alsmede dat gehele themanummer van *NJB* en J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht; Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2006.
- [7] Deze aanbevelingen zijn deels gebaseerd op een eerdere forumdiscussie die Paulien de Winter (UU) en ik in het tijdschrift *Recht der Werkelijkheid* hebben gevoerd, zie: P. de Winter, 'De empirisch-juridische bestudering van recht der werkelijkheid', *RdW* 2024-1, p. 87-93 en J.M.W. Pool, 'De rechtswetenschapper en empirisch-juridisch onderzoek: vlees noch vis?', *RdW* 2024-1, p. 94-100.
- [8] De term 'belangenstrijd' ontleen ik aan de afscheidsrede van Bob Wessels, zie: B. Wessels, *Belangenstrijd in het insolventierecht*, Dordrecht: B. Wessels 2008.
- [9] 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.
- [10] Art. 1 en 6 lid 3 Fw. Het insolventierecht speelt een rol wanneer een schuldenaar zijn schulden niet kan voldoen. In Nederland zijn er verschillende procedures, waaronder het faillissement (gericht op liquidatie) en de Whoa (gericht op reorganisatie). Deze bijdrage richt zich op het faillissement.
- [11] T.H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge MA: Harvard University Press 1986 en T.H. Jackson, 'Bankruptcy, Non-bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain', *Yale Law Review* 1982/91, p. 862-863.
- [12] Jackson 1986, p. 14.
- [13] Jackson 1986, p. 14.
- [14] In de meeste faillissementsprocedures geldt het uitgangspunt dat schuldeisers evenredig worden voldaan

(het *pari passu*-beginsel), waarbij rekening wordt gehouden met evt. voorrangrechten die voor het faillissement zijn bedongen. Uit een experimentele studie lijkt te volgen dat de meeste mensen dit principe ook daadwerkelijk de meest eerlijke verdeling vinden, hetgeen een aanwijzing vormt voor de stelling dat deze uitkomst aansluit bij hetgeen schuldeisers zouden hebben uit onderhandeld. Zie: Alexander W. Cappelen, Roland Iwan Luttens, Erik Ø. Sørensen & Bertil Tungodden, 'Fairness in Bankruptcies: An Experimental Study', *Management Science* 2019, Volume 65, Issue 6, p. 2832-2841, doi.org/10.1287/mnsc.2018.3029.

[15] HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488, *JOR* 2017/183; HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *NJ* 2014/407 en HR 22 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4980, *NJ* 1985/548.

[16] A.F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 23.

[17] A. Jonkers & R. Weijs, 'Preventing environmental bail outs: Environmental liabilities and (non)-inclusion and (non)-dischargeability under WHOA', *NVRII pre-advies* 2024.

[18] Zie bijv. 'Doek valt definitief voor koopjesketen Big Bazar', *NOS Nieuws*, 26 september 2023, nos.nl/artikel/2491882-doek-valt-definitief-voor-koopjesketen-big-bazar.

[19] Zie bijv. 'Game Mania vraagt faillissement aan, winkels vanaf morgen dicht', *NOS Nieuws*, 2 september 2024, nos.nl/artikel/2535579-game-mania-vraagt-faillissement-aan-winkels-vanaf-morgen-dicht; 'Modeketen Esprit definitief failliet, geen zicht op doorstart', *NOS Nieuws*, 26 juli 2024, nos.nl/artikel/2530347-modeketen-esprit-definitief-failliet-geen-zicht-op-doorstart en 'Doek valt definitief voor koopjesketen Big Bazar', *NOS Nieuws*, 26 september 2023, nos.nl/artikel/2491882-doek-valt-definitief-voor-koopjesketen-big-bazar.

[20] S. Zurhake, 'Een vaste huisarts voor gedupeerden Co-Med? Gaat nog maanden duren', *NOS Nieuws*, 3 juli 2024, nos.nl/artikel/2527282-een-vaste-huisarts-voor-gedupeerden-co-med-gaat-nog-maanden-duren.

[21] T. Linna, 'Insolvency proceedings from a sustainability perspective', 28 *Int. Insolv. Rev.* 210, at 224-225 (2019) en C. Hilpert e.a., 'Looking Ahead: How ESG May Affect Investing, Refinancing and Restructuring', 31(5) *Norton Journal of Bankruptcy Law* 2022/660.

[22] Zie uitgebreider J.M.W. Pool, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *TvI* 2022/4.

[23] G.D. Hoekstra, 'De spanning tussen het maatschappelijk belang en het gezamenlijk belang bezien in het licht van de creditors' bargain', *TvI* 2005/12; J.M.W. Pool, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *TvI* 2022/4; 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 & Praktijk, nr. InsR3)*, Deventer: Kluwer 2012, par. 2.5.1; J.L.R.A. Huydecoper, 'Andere zwaarwegende belangen', in: M.L.S. Kalff, 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', *TvI* 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.

[24] 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*).

[25] 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*).

[26] *Stb.* 2017, 176. [Kamerstukken 34253](#). Deze paragraaf is gedeeltelijk overgenomen uit Pool 2022.

[27] [Kamerstukken II 2012/13, 29911, nr. 74](#), p. 2.

[28] Art. 68 lid 2 Fw.

- [29] [Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3](#), p. 3, 13. Zie ook S. Renssen, *De herijking van het faillissementsrecht. De pijler fraudebestrijding (Recht & Praktijk, nr. InsR8)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 1.4.
- [30] Zie bijv. het leeuwendeel van de reacties op de consultatie van het Civielrechtelijk Bestuursverbod (via internetconsultatie.nl/civielbestuursverbod/reacties); M.L. Lennarts, 'Boeven vangen op kosten van de boedel? De curator als hoeder van het algemeen belang? Geen goed plan!', *Tvl* 2013/25, afl. 4, p. 137-139; F.E. Keijzer, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: een placebo met bijwerkingen', *Ondernemingsrecht* 2015/30, afl. 5, p. 173-179 en W.J.B. van Nielen, 'Versterk de civielrechtelijke fraudebestrijding door de curator!', *TBS&H* 2016, p. 125-127.
- [31] M. Beke e.a., *Verkenning naar aanpak bestrijding van veelplegers van faillissementsfraude*, Rotterdam: Ecorys 2021, p. 91 en C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is, ...* ...(*Onderneming en recht*, nr. 73), Deventer: Kluwer 2012, p. 11.
- [32] Zie uitgebreider Pool 2022, par. 3.5.
- [33] Zie uitgebreider Pool 2022, par. 3.5.
- [34] R. Knecht e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2005, par. 6.1.2 en A.P.K. Luttikhuis & R.E. Timmermans, *Insolventierecht in cijfers en modellen: schuldeisersbenadeling en conclusies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, par. 5.2. Zie ook Hilverda 2012 en Beke e.a. 2021, p. 42, 75 en 90.
- [35] Pool 2022, p. 4.
- [36] Delen uit deze en de volgende paragraaf zijn overgenomen uit mijn proefschrift (zie Pool 2022).
- [37] B.G. Glaser & A.L. Strauss, *The discovery of Grounded Theory: strategies for qualitative research*, Chicago: Aldine Publishing Company 1967. Deze alinea is gebaseerd op een eerdere bijdrage, zie: Pool, *Leiden Law Methods Portal* 2020.
- [38] Deze interviewtechniek staat beter bekend als *semi-structured in-depth interviewing*. Zie L. Webley, 'Qualitative approaches to empirical legal research', in: P. Cane & H.M. Kritzer, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Studies*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 9.
- [39] Webley 2010, p. 7.
- [40] De curatorenlijst is opgesteld a.d.h.v. een lijst met kantoren met een curatorenpraktijk via www.curatoren.nl. Vervolgens is handmatig via de website van de desbetreffende kantoren onderzocht welke advocaten tevens curator zijn.
- [41] Zie ook N. Remmers & E. Groenland, 'De steekproeftrekking en de selectie van respondenten in commercieel kwalitatief onderzoek', *KWALON* 2006, afl. 3, p. 21-26.
- [42] Webley 2010, p. 7.
- [43] Atlas.ti is een softwareprogramma voor kwalitatieve data-analyse. Er bestaan ook andere softwareprogramma's, zoals NVivo, maar in de kern opereren alle programma's hetzelfde. Ik heb Atlas.ti gebruikt, omdat de Universiteit Leiden een licentie heeft voor dit programma en niet voor andere programma's.
- [44] Zie J. Saldaña, *The coding manual for qualitative researchers*, Londen: Sage 2013.
- [45] Zie ook H. Boeije, 'A purposeful approach to the constant comparison method in the analysis of qualitative interviews', *Quality & Quantity* 2002, afl. 36, p. 391-401.

[46] Zie ook Boeijs, *Quality & Quantity* 2002, p. 391-401.

[47] Zie bijv. C. O'Connor & H. Joffe, 'Intercoder Reliability in Qualitative Research: Debates and Practical Guidelines', *International Journal of Qualitative Methods* 2020/19, doi.org/10.1177/1609406919899220.

[48] J. van Male, 'Methoden en technieken in kwalitatief onderzoek', *KWALON* 2011, afl. 2, p. 6-13 en I. Poelen, "'Verhalenvertellers" als informanten: obstakel of waardevolle bron', *KWALON* 2017, afl. 3, p. 24-28.

[49] Zie A.L. Strauss & J. Corbin, *Basics of qualitative research: Techniques and procedures for developing grounded theory*, Thousand Oaks, CA: Sage 1998, hfst. 3.

[50] Cronbach's alpha is een statistische maat die de interne consistentie van een set items meet. Het geeft aan in hoeverre de items onderling samenhangen en dus hetzelfde concept meten. De waarde van Cronbach's alpha varieert tussen 0 en 1, waarbij hogere waarden wijzen op meer interne consistentie. Een hoge Cronbach's alpha wordt meestal gezien als een waarde van 0,7 of hoger. Zie L. Cronbach, 'Coefficient alpha and the internal structure of tests', *Psychometrika* 1951/16, doi.org/10.1007/BF02310555.

[51] De lijst is gecontroleerd door de desbetreffende curator en het kantoor te googelen en vervolgens te bekijken of bij het kantoor andere curatoren werkzaam waren dan die al op de lijst stonden.

[52] De daling van het aantal curatoren kan grotendeels worden toegeschreven aan twee factoren. Ten eerste is er een aanzienlijke afname van het aantal faillissementen, wat direct leidt tot een verminderde behoefte aan curatoren. Rechtbanken hebben als gevolg hiervan vertrekkende curatoren vaak niet vervangen. Daarnaast hebben rechtbanken een beleid ingevoerd waarbij eenpitters (curatoren die alleen opereren zonder kantoor of team) niet langer als curator mogen optreden. Dit nieuwe beleid is bedoeld om de continuïteit en efficiëntie te waarborgen, maar heeft geleid tot een verdere afname van het aantal curatoren.

[53] Een correlatie is significant wanneer de statistische test aangeeft dat de gevonden correlatie waarschijnlijk niet op toeval berust. Dit wordt doorgaans beoordeeld met een p-waarde, waarbij een p-waarde kleiner dan een vooraf gekozen drempel (meestal 0,05) als significant wordt beschouwd. Als de p-waarde bijv. kleiner is dan 0,05, betekent dit dat er minder dan 5% kans is dat de correlatie puur door toeval is ontstaan en dat er dus een statistisch significant verband bestaat tussen de variabelen.

[54] In mijn onderzoek heb ik geprobeerd de schalen te valideren door gebruik te maken van *face validity*, waarbij wordt beoordeeld of de schaal logisch is en aansluit bij de beleavingswereld van experts. Daarnaast heb ik de Cronbach's alpha gebruikt om de interne consistentie van de schaal te meten. Om echter volledig te kunnen spreken van een gevalideerde schaal, is het gebruikelijk dat het gemeten concept meerdere keren met dezelfde schaal wordt getest, bijv. in vervolgstudies.

[55] I. Giesen, 'The use and incorporation of extralegal insights in legal reasoning', *Utrecht Law Review* 2015/11, afl. 1, p. 1-18.

[56] Zie T. Bouwman, 'Empirisch-juridisch onderzoek en de sprong van feit naar norm', *NJB* 2020/815, afl. 13, p. 888-893. Zie ook L.F.M. Ansems, *Procedural Justice on Trial. A Critical test of Perceived Procedural Justice From the Perspective of Criminal Defendants* (diss. Utrecht), Alblasterdam: Ridderprint 2021, hfst. 6 en de aldaar genoemde bronnen.

[57] Ansems 2021, hfst. 6.

[58] Ansems 2021, hfst. 6 en Bouwman, *NJB* 2020/815, p. 889-891.

[59] J.M.W. Pool, R.D. Vriesendorp & H. Pluut, 'Een stakeholderperspectief op de taak van de curator bij de afwikkeling van faillissementen', *FIP* 2024/129; J.M.W. Pool, H. Pluut & R.D. Vriesendorp, 'Wanneer prevaleren maatschappelijke belangen boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers? Een experimenteel onderzoek naar belangenafwegingen van curatoren', *TvI* 2023/35 en 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. De tekst in deze paragraaf is gedeeltelijk gebaseerd op die artikelen.

[60] 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.