

Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?

Mr. L. Hox, datum 17-09-2018

Datum

17-09-2018

Auteur

Mr. L. Hox^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Insolventierecht / Algemeen

Insolventierecht (V)

Het oorzakenonderzoek in faillissementen is nauwelijks gestandaardiseerd. In dit artikel wordt betoogd dat dit wel wenselijk is en de praktijk daaraan behoefte heeft. Aan de hand van jurisprudentie en andere bronnen wordt vervolgens uiteengezet wat in ieder geval mag worden verwacht van curatoren voorafgaand, gedurende en na afloop van het onderzoek. Het artikel sluit af met de visie van de auteur op de ondergrens waaraan een oorzakenonderzoek in ieder geval dient te voldoen.

1. Inleiding

In dit artikel betoog ik dat onze volwassen wordende beroepsgroep toe is aan een meer gestandaardiseerde behandeling van het oorzakenonderzoek in faillissementen. In dit artikel zet ik uiteen wat minimaal mag worden verwacht van curatoren voorafgaand, tijdens en na afloop van het onderzoek. Ik doe dat aan de hand van lessen uit de praktijk. Ik begin met een beschrijving van de status quo.

1.1 Waarom worden de oorzaken van een faillissement onderzocht?

Curatoren onderzoeken de oorzaken van een faillissement. Dit lijkt een gegeven, maar een rechtvaardiging hiervoor was tot 1 juli 2017 niet direct in de Faillissementswet te vinden.

De Faillissementswet ging, en gaat, in artikel 116 Fw uit van de situatie dat de schuldenaar, althans haar bestuurder,^[2] tijdens de verificatievergadering inlichtingen verschaft over de oorzaken van het faillissement aan de rechter-commissaris, al dan niet op verzoek van de aanwezige schuldeisers. De taak van de curator was, naar de letter van artikel 68 Fw (oud),^[3] slechts gericht op beheer en vereffening van de boedel. Volgens velen moest de rechtvaardiging voor het onderzoek, alsmede eventueel daarop volgende civiele acties, in die bepaling worden gelezen.

Ondanks de ontbrekende rechtvaardiging in de Faillissementswet is het al jaren staande praktijk dat curatoren de oorzaken van faillissementen onderzoeken. Die praktijk blijkt onder meer uit de “*Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling*”. Uit artikel 2.1. sub a Recofa-richtlijnen volgt een voorgeschreven model voor verslaglegging waarin onder paragraaf 1.7. is opgenomen het kopje: “*oorzaak faillissement*”. De Recofa-richtlijnen hebben evenwel niet de status van wetgeving.

Een andere basis voor het oorzakenonderzoek is te vinden in artikel 2:138/248 BW. De systematiek van die artikelen vereist een onderzoek naar de daadwerkelijke oorzaken van een faillissement.^[4] Dat is immers noodzakelijk om te kunnen bepalen of het opportuun is voor de curator om een actie in te stellen. Het slechts met deze bepalingen (die immers zien op aansprakelijkheid) in het achterhoofd uitvoeren van een oorzakenonderzoek is echter gevaarlijk. Het vergroot het risico dat de ‘*hindsight*’ en ‘*confirmation bias*’ onvoldoende kunnen worden uitgesloten; beide begrippen komen nog aan bod.

Sinds 1 juli 2017 is het oorzakenonderzoek uitdrukkelijk verankerd in de Faillissementswet. In de Wet versterking positie curator^[5] is de taak van de curator nader gedefinieerd en uitgebreid. Onder meer is artikel 68 lid 2 sub a Fw ingevoerd (onderstreping LH):

“De curator: (a.) beziet bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot;”

Daaruit volgt de wettelijke verplichting van curatoren om enig^[9] onderzoek te doen naar de oorzaken van het faillissement.^[7] Het oorzakenonderzoek is aldus een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam^[8] óók wenselijk als alle schuldeisers volledig kunnen worden voldaan en niemand – op het eerste gezicht – lijkt te zijn benadeeld door het faillissement. Ik twijfel, met annotator Tekstra, of die stelligheid wel terecht is. Ook na invoering van de Wet versterking positie curator is het faillissement nog steeds gericht op een financieel zo goed mogelijke vereffening van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren. Werkzaamheden die niet in het belang van de gezamenlijke crediteuren zijn, zoals een (nader) oorzakenonderzoek in het betreffende faillissement, kunnen naar mijn mening achterwege blijven als daarvoor geen andere zwaarwegende redenen zijn.

1.2 Hoe worden de oorzaken van een faillissement onderzocht?

De wijze waarop het oorzakenonderzoek wordt uitgevoerd door curatoren is nauwelijks gereguleerd. De bestuurder weet, via zijn eigen advocaat of via de curator^[9] meestal alleen dát de curator een onderzoek doet naar de oorzaken van het faillissement. De INSOLAD Praktijkregels voor curatoren^[10] bieden nauwelijks houvast voor de wijze waarop het onderzoek moet worden uitgevoerd. Uit de toelichting op artikel 5 lid 1 Praktijkregels volgt slechts:

“De wijze waarop de curator zijn onderzoek uitvoert kan verschillen.”

Het enige dat zeker lijkt is dat de curator hoor en wederhoor dient toe te passen. Dit volgt uit artikel 5 lid 2 Praktijkregels^[11] maar ook uit diverse jurisprudentie en handleidingen.^[12]

In 2008 heeft Schimmelpenninck^[13] aanzet gegeven tot het standaardiseren van het oorzakenonderzoek. Het “*protocol Schimmelpenninck*” wordt als richtinggevend gezien. Het protocol kent ook beperkingen. Het is eigenlijk alleen werkbaar en financieel te rechtvaardigen in grotere en complexere faillissementen. De wetgever heeft inmiddels nadrukkelijk voor ogen dat in alle faillissementen, dus niet alleen de grotere en complexere, onderzoek wordt verricht. Daarom is een verdere standaardisering van de insolventie-onderzoekspraktijk wenselijk.

Dat is wenselijk, omdat de beperkte regulering van oorzakenonderzoeken risico's met zich brengen. In de eerste plaats dat het wiel steeds opnieuw wordt uitgevonden. Daarnaast leidt het voor betrokkenen^[14] tot onzekerheid over de wijze waarop het onderzoek moet worden uitgevoerd, of fundamentele beginselen van behoorlijk onderzoek worden toegepast, welke omvang en duur het onderzoek heeft en wat het gaat kosten. Die onzekerheid leidt tot onbegrip, nodeloze frustratie en soms escalatie, en staan een doelmatige en (kosten)efficiënte afwikkeling in de weg. Het is daarom wenselijk zoals Schimmelpenninck al schreef:

“dat binnen Insolad consensus ontstaat over de wijze waarop de curator zijn onderzoek verricht. Dit kan resulteren in een standaard onderzoeksprotocol dat niet dwingend maar, net als de Praktijkregels, als richtinggevend wordt gezien.”

Die consensus is er nog niet.^[15] Op de weg naar consensus is het zinvol om te putten uit de diverse bronnen die zich – direct of indirect – uitlaten over de vraag wat behoorlijk onderzoek inhoudt. Gedacht dient te worden aan uitspraken van de civiele en faillissementsrechter, aan de NOVA gedragsregels en uitspraken van de tuchtrechter en de INSOLAD praktijkregels en uitspraken van de toetsingscommissie. Om een nog vollediger inzicht te krijgen is het ook zinvol om te kijken naar regels die gelden voor andere onderzoekers, zoals bijvoorbeeld voor forensische accountants^[16] en onderzoekers in enquêteprocedures.^{[17], [18]} Aan de hand van deze bronnen heb ik geprobeerd toe te werken naar hoe een oorzakenonderzoek in een faillissement dient te worden uitgevoerd.

2. Voorafgaand aan het oorzakenonderzoek

2.1 Aanvang faillissement en eerste informele gesprekken

Na zijn benoeming zal de curator een eerste beeld krijgen van de aangedragen oorzaken van het faillissement. De curator dient er bedacht op te zijn dat die aangedragen oorzaken bepaald nog niet vaststaan. In zijn communicatie met derden en ook in het aanvangsverslag dient hij het voorlopige karakter van zijn bevindingen tot uitdrukking te brengen.

Na zijn aanstelling zal de curator aansturen op een eerste, meestal informeel, gesprek met de bestuurder. In dat gesprek zullen onder meer de opgegeven oorzaken van het faillissement worden besproken. De inlichtingen en verklaringen die worden gegeven tijdens zo'n eerste bespreking kunnen, in samenhang met de overige beschikbare informatie, te zijner tijd de aanleiding vormen voor een nader onderzoek naar de oorzaken van het faillissement. Op basis van deze informatie kan naar mijn mening ook worden besloten om het ‘*oorzakenonderzoek*’ direct af te sluiten, dit licht ik toe in zie paragraaf 2.4.

2.2 Gespreksverslagen in de eerste fase van het faillissement

Met Schimmelpenninck ben ik van mening dat de informele gesprekken, waartoe in mijn visie ook het eerste gesprek met de bestuurder toebehoort, slechts dienen ter oriëntatie van de curator.^[19] De curator zou zich op een later moment niet

formeel op die gesprekken moeten beroepen, behoudens indien de bestuurder ondubbelzinnig heeft ingestemd met de wijze waarop de curator de inhoud van het gesprek heeft weergegeven of de inhoud daarvan nadien is bevestigd.

In de eerste fase kan weliswaar worden gewerkt met al dan niet te accorderen gespreksverslagen, maar hiermee moet terughoudend worden omgegaan. Het gebruik van te accorderen gespreksverslagen kan als nodeloos offensief worden beschouwd en daarmee het opbouwen van de noodzakelijke samenwerking in deze eerste fase bemoeilijken.^[20] Bovendien realiseert de bestuurder zich mogelijk onvoldoende wat de gevolgen kunnen zijn van het accorderen van een gespreksverslag, hetgeen strijdig kan zijn met de 'equality of arms'.

Het is wel verstandig om een zakelijke samenvatting van de eerste bespreking te sturen naar de bestuurder, waarin verklaringen van de bestuurder worden weergegeven en eerste afspraken worden vastgelegd. In die eerste verslaglegging kunnen ook de opgegeven oorzaken van het faillissement worden genoteerd. Daarbij dient dan te worden aangetekend dat de opgegeven oorzaken nog zullen worden onderzocht en dat de bestuurder daarbij zal worden betrokken. Voorts kan worden gewerkt met een standaard vragenlijst.

2.3 Kosten-batenanalyse

De curator is op grond van de Wet versterking positie curator gehouden om *enig* onderzoek te doen. INSOLAD is van mening dat de omvang van het onderzoek beperkt kan blijven als voorshands duidelijk is dat eventueel aan te spreken personen geen verhaal bieden. De wetgever heeft dit op verzoek van INSOLAD tot uitdrukking gebracht in de memorie van toelichting bij voornoemde wet:^[21]

"In de consultatie heeft Insolad erop gewezen dat het staande praktijk is dat een curator het onderzoek naar de oorzaken van het faillissement en mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen beperkt houdt, als er geen verhaalsmogelijkheden jegens bestuurders en commissarissen lijken te zijn."

De Rechtbank Rotterdam verplicht een dergelijke kosten-batenanalyse expliciet in haar curatorenhandleiding^[22] evenals de Rechtbank Oost-Brabant.^[23] Ook de Rechtbank Utrecht^[24] acht een kosten-batenanalyse wenselijk:

"De rechter-commissaris heeft ter motivering van de beschikking waarvan beroep het volgende overwogen, zakelijk weergegeven: - er is aanleiding om curatoren op te dragen om nader onderzoek te plegen, indien aannemelijk is dat het door curatoren gepleegde onderzoek onvoldoende is, dat wil zeggen gebaseerd op onjuiste feiten en/of onvolledig, dan wel dat de conclusies niet kunnen worden gedragen door de onderliggende feiten, én naar redelijke verwachting nader onderzoek er toe zal leiden dat een bate voor de boedel kan worden gerealiseerd;"

De kosten-batenanalyse dient uiteraard geen eigen leven te gaan leiden. Zo is, omgekeerd, het feit dat er verhaal is, geen reden op zichzelf om een (nader) onderzoek en/of acties te rechtvaardigen.

2.4 Wat is enig onderzoek?

In mijn visie kan het onderzoek beperkt blijven indien:

- i. de opgegeven oorzaken van het faillissement voorshands niet onaannemelijk voorkomen;
- ii. de administratie bij een eerste inspectie voldoet aan de daarvoor geldende eisen en daaruit geen opvallende zaken blijken; en
- iii. er voorshands geen andere indicaties zijn voor (enige vorm van) onregelmatigheden.^[25]

Dit onderzoek kan in enkele dagen worden afgerond en eventueel al in de eerste dagen van een faillissement. Dat deze visie op de inhoud van het begrip *enig* onderzoek de toets der kritiek kan doorstaan blijkt uit de rechtspraak ter zake verzet van curatoren tegen het faillissement. Uit de uitspraak van de Hoge Raad inzake *R.M. Trade BV* volgt:^[26]

"Het valt dan ook niet in te zien waarom hij [de curator, invoeging LH] ter bescherming van zijn getroffen eigen belang geen verzet zou mogen doen. De positie en de taak die de curator in het faillissement heeft, verzetten zich daartegen niet. Weliswaar dient de curator zich op neutrale en onafhankelijke wijze van zijn taak te kwijten, maar dat verhindert niet dat hij tot de slotsom kan komen dat de rechtspersoon (nagenoeg) geen activa bezit en dat die in het faillissement ook niet zijn te verwachten of te genereren."

Volgens de Hoge Raad is het kennelijk mogelijk om een summier maar afdoende oorzakenonderzoek te doen in de korte tijd die beschikbaar is voor het aantekenen van verzet.^[27] Het is uiteraard wel noodzakelijk dat daadwerkelijk en aantoonbaar *enig* onderzoek wordt uitgevoerd in die periode. Onjuist acht ik dan ook het oordeel van de Rechtbank Limburg dat – in zijn algemeenheid – binnen de verzetstermijn geen onderzoek zou kunnen worden ingesteld en afgerond.^[28] Dat druist expliciet in tegen de uitspraak van de Hoge Raad. De genuanceerdere benadering van het Hof 's-Hertogenbosch in diezelfde zaak onderschrijf ik wel:^[29]

“Indien het derhalve niet mogelijk is om zich als curator een oordeel te vormen omtrent de staat van de boedel binnen 8 dagen na benoeming, dan is dat (alle) reden geen verzet aan te tekenen. Er is naar het oordeel van het hof dan zeker (in beginsel) geen aanleiding om als (nog) geen baten zijn gebleken alvast maar verzet aan te tekenen.”

Een vlotte wijze van afwikkeling van het onderzoek en het faillissement kan derhalve plaatsvinden bij een welwillende bestuurder die direct alle informatie verstrekt en indien de aangeleverde informatie geen aanleiding geeft tot nader onderzoek. Curatoren kunnen in dit scenario, in plaats van verzet, gewoon het faillissement opheffen ex artikel 16 Fw. Dat heeft minder belasting van de rechterlijke keten tot gevolg.^[30]

2.5 Veiligstellen administratie en digitale data

Bij aanvang van het faillissement dient de curator de administratie veilig te stellen.^[31] De administratie is nodig voor het vervaardigen van een dataset en een feitenoverzicht (paragraaf 2.5), die de basis vormen van het oorzakenonderzoek.

Een lastige situatie kan ontstaan indien op de aangetroffen server of ‘*in thecloud*’ niet alleen informatie van failliet is opgeslagen, maar ook van derden. Dit doet zich in de praktijk regelmatig voor, zoals bijvoorbeeld in het faillissement Paradigit.^[32] De curatoren kregen in dat faillissement geen onbeperkte toegang tot alle veiliggestelde data. De rechtbank oordeelde dat het niet aan de curatoren is om zelf te bepalen welke informatie van failliet is en welke informatie niet.^[33] Het verdient, behoudens misbruiksituaties, dan ook aanbeveling om met betrokkenen ordentelijke afspraken te maken over het veilig stellen en separeren van de data.

De kosten voor het veiligstellen van de administratie moeten naar mijn mening steeds worden gedragen door de boedel, dit behoort immers tot de wettelijke plicht van de curator. Over de kosten voor het separeren van de administratie kan worden getwist. De boedel heeft ook belang bij ordentelijke en snelle separatie, al was het maar omdat het voeren van een kort geding de boedel belast. Het verdient dan ook aanbeveling om ook hierover afspraken te maken. Als onregelmatigheden worden vermoed dan kan daarvan uiteraard geen sprake zijn.

In mijn visie dient in het kader van ‘*equality of arms*’ aan de bestuurder van failliet in beginsel, wel voor diens eigen rekening, een kopie te worden verstrekt van alle veiliggestelde data. Waar het gaat om elektronisch opgeslagen data is dat eenvoudig mogelijk, bijvoorbeeld door toegang te geven tot, specifieke gedeeltes van, een virtuele ‘*dataroom*’. Dit geldt in beginsel ook voor de fysieke administratie.

Speciale aandacht vergt het ter beschikking stellen van de administratie aan een doorstarter. Dit laatste leert de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden in het Betelgeuze faillissement.^[34] De curator had de administratie ter beschikking gesteld aan de doorstarter, bij wie daarna delen van de administratie zijn verdwenen. Dit had tot gevolg dat de projectadministratie niet in het onderzoek van de deskundige kon worden betrokken. Het hof was daardoor niet in staat om alle stellingen ingenomen door de curator en verweren aangevoerd door bestuurders c.s. te toetsen, hierdoor realiseerde zich het bewijsrisico voor de curator.

2.6 Dataset en chronologisch feitenoverzicht

Het selecteren van relevante documenten dient zo objectief mogelijk te geschieden. Daarbij moet worden getracht stukken te vergaren die een correct beeld weergeven van al hetgeen zich voor het faillissement heeft voorgedaan. Voorkomen moet worden dat alleen stukken worden verzameld die mogelijk reeds door de curator gepercipieerde oorzaken bevestigen en het faillissement als enige logische uitkomst bestempelen. Een curator moet dus steeds proberen de hele film te reconstrueren en zich pas daarna af te vragen of daaruit een verwijt volgt.^[35] In dit opzicht dient een curator, méér dan een *gewone* wederpartij, te streven naar objectieve waarheidsvinding.

Om het risico op eenzijdige selectie van data te beperken is het wenselijk dat de dataset wordt gedeeld met de bestuurder. De bestuurder kan dan ingrijpen en aanvullende documenten aanreiken. Hiermee wordt tegenspraak ingebouwd, waarmee tunnelvisie kan worden voorkomen. Zonder dat dit een doel op zich wordt, verdient het de voorkeur om de feiten vast te stellen via de weg van consensus, dus in overleg tussen de curator en de bestuurder.^[36]

Op basis van de dataset kan vervolgens een chronologisch feitenoverzicht worden opgesteld. Dat is een opsomming van objectieve en verifieerbare feiten die zich hebben voorgedaan voor faillissement. Indien mogelijk wordt per relevant feit c.q. gebeurtenis aangegeven uit welke bron dit volgt. Ook het chronologisch feitenoverzicht dient te worden voorgelegd aan de bestuurder, zodat dit kan worden aangevuld. Het opstellen van de dataset en een chronologisch feitenoverzicht hoeft niet altijd een uitvoerige exercitie te zijn. De omvang hiervan is afhankelijk van de aard en omvang van het faillissement.^[37]

3. Het (nadere) oorzakenonderzoek

3.1 Afwegingen om een (nader) oorzakenonderzoek te starten

Op basis van de eerste bevindingen, de dataset en het feitenoverzicht kan de curator besluiten een nader oorzakenonderzoek starten. Er zullen dan wel enige indicaties voor twijfel bij de opgaven van de bestuurders of voor eventuele onrechtmatigheden moeten zijn. Een nader oorzakenonderzoek is diepgaander en systematischer van aard. Dit onderzoek dient te worden uitgevoerd met inachtneming van beginselen van behoorlijk onderzoek, bij voorkeur op basis van een voorafgaand besproken protocol en aan de hand van een plan van aanpak. Voordien dient de curator wederom een kosten-batenanalyse uit te voeren.

In het nadere oorzakenonderzoek verdient het wederom de voorkeur om te werken met het consensusmodel. Dit voorkomt dat het onderzoek een ‘*black box*’ wordt voor de bestuurder, maar ook dat de curator onthouden blijft van eventueel nuttige input van de bestuurder gedurende het onderzoek. Het consensusmodel kan of moet verlaten worden als komt vast te staan dat er wordt gewerkt met een onwelwillende bestuurder die niet reageert en/of het onderzoeksproces frustreert. Deze ‘*nucleaire*’ optie moet niet snel worden gebruikt, want het consensusmodel verlaten betekent veelal dat de input van de bestuurder verloren gaat en de kans op tunnelvisie wordt vergroot. Het is van belang om juist in dat scenario zelfdiscipline te betrachten door fundamentele beginselen van behoorlijk onderzoek in acht te blijven nemen.

3.2 Het nadere onderzoek

Wordt na *enig* onderzoek besloten tot een nader oorzakenonderzoek, dan is het van belang om voorshands duidelijk te maken dat dit nog geen onderzoek is om eventuele aansprakelijkheid vast te stellen. Een behoorlijk oorzakenonderzoek dient los te worden gezien van het juridisch kwalificeren van de gevolgtrekkingen ervan.

3.2.1 De onderzoeker

De eerste vraag is of de curator, of een kantoorgenoot, zelf het onderzoek moet en kan uitvoeren. In tegenstelling tot onder meer De Ranitz^[38] heb ik daar geen, laat staan: principiële, bezwaren tegen.^[39] Uiteraard moet de curator zich wel de vraag stellen of hij zich voldoende geëquipeerd acht om het onderzoek zelf uit te voeren. Ook zal de curator zich moeten committeren aan de fundamentele beginselen van behoorlijk onderzoek, bijvoorbeeld door het werken met een onderzoeksprotocol. Indien gerechtvaardigd kan de curator zich laten bijstaan door deskundigen, zoals bijvoorbeeld een meer financieel onderlegd personen.

Een belangrijke argument om geen bezwaar te hebben tegen de onderzoekende advocaat curator is gelegen in het feit hij onderworpen is aan het advocatentuchtrecht.^[40] In 2010 heeft het Hof van Discipline^[41] dat nog eens duidelijk uiteengezet:

“Wanneer, zoals in deze zaak aan de orde is, een advocaat optreedt als curator, blijft voor hem het advocatentuchtrecht gelden indien hij zich bij de vervulling van die andere functie zodanig gedraagt dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad. In dat geval zal in het algemeen sprake zijn van handelen of nalaten in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt waarvan hem een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt.”

Het onderzoek en het uiteindelijke rapport dat de curator opstelt moet derhalve zodanig zijn dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur niet wordt geschaad. Dit houdt in dat de curator rekening heeft te houden met fundamentele kernwaarden van de advocatuur (artikel 10a Advocatenwet), maar ook met fundamentele beginselen van behoorlijk onderzoek.

Dat het advocatentuchtrecht een hoge standaard stelt aan behoorlijk onderzoek door een advocaat blijkt uit een uitspraak van de Raad van Discipline te Amsterdam van 17 december 2017.^[42] In deze uitspraak wordt de onderzoekende advocaat aangerekend dat hij, in een onderzoek uitgevoerd in opdracht van de NS, een aantal fundamentele beginselen van behoorlijk onderzoek achterwege heeft gelaten, hetgeen een berisping tot gevolg heeft.

“5.14

Naar het oordeel van de raad moeten aan de totstandkoming en aan de inhoud van een rapport als het onderhavige, dat ook wordt gebruikt voor externe verantwoording, onder meer met het oog op de daarbij mogelijk betrokken belangen van derden zware eisen worden gesteld. Eén van die eisen is dat met betrekking tot de personen die onderwerp van onderzoek zijn het beginsel van hoor en wederhoor als leidraad wordt aangehouden. Een andere eis is dat de onderzoeker er al het redelijke aan doet om te voorkomen dat het openbaar gemaakte onderzoeksrapport aanleiding kan geven tot misverstanden. Een derde eis is dat in een te publiceren rapport alle relevante feiten moeten staan, ook als dat feiten betreft die de cliënt wel kent maar het publiek niet. [...]”

3.2.2 Plan van aanpak en onderzoeksprotocol

Door het opstellen van een plan van aanpak dwingt de curator zichzelf om op voorhand rekenschap te geven van de feiten die hij wel en niet wil proberen vast te stellen.^[43] Het opstellen van een plan van aanpak met een tijdsplanning, leidt doorgaans tot beperking van de tijdsduur en de kosten. Een curator doet er goed aan het plan vooraf voor te leggen aan de rechter-commissaris.^[44]

Het nadien kenbaar maken van het onderzoeksplan aan de bestuurder en het vragen van een reactie bevordert de

afwikkeling van het onderzoek. Het bevordert immers dat de juiste vragen worden onderzocht. Het opstellen van de juiste onderzoeksvragen is in mijn opzet eenvoudig omdat een representatieve dataset en chronologisch feitenoverzicht al beschikbaar zijn.

Naast een gedegen plan van aanpak is het raadzaam om vanaf de aanvang van het onderzoek een onderzoeksprotocol te hanteren, althans enkele spelregels te communiceren met de bestuurder. Het belang van het hanteren van een plan van aanpak en een protocol volgt ook uit voornoemde NS-uitspraak:

“5.19

De raad overweegt verder dat verweerder zich, gelet op de aard en de mogelijke impact van het onderzoek (voor zowel de medewerkers van NS als voor derden), had behoren te realiseren dat er strenge eisen gesteld moeten worden aan de zorgvuldigheid van de procedure. Nu er geen protocol was gemaakt aan de hand waarvan het onderzoek verliep en aan de hand waarvan besloten zou worden wat er met de uitkomsten zou gebeuren, lijkt het er op dat verweerder uiteindelijk tamelijk ‘ad hoc’ onder tijdsdruk in het belang van zijn cliënte NS heeft besloten zich niet tegen publicatie van het rapport 28/4 te verzetten, waarbij de belangen van geïnterviewden (van wie bekend was dat zij een aanvullende verklaring wilden afleggen) en van een derde die zelf niet gehoord was maar die wel een cruciale rol speelde, uit het oog werden verloren. [...]”

Een curator die toezeggingen doet moet die toezeggingen – in beginsel – ook nakomen.^[45] Wordt dus afgesproken om met een plan van aanpak en/of een onderzoeksprotocol te werken dan dient een curator, indien hij daarvan afwijkt, uit te leggen waarom hij dat doet. Afwijken kan bijvoorbeeld gerechtvaardigd zijn bijvoorbeeld bij een onwelwillende bestuurder die het proces frustrereert.

3.3 Fundamentele beginselen van behoorlijk onderzoek

Hermans zet in zijn proefschrift uiteen welke beginselen van behoorlijk onderzoek in een enquête-onderzoek moeten worden toegepast. Diverse van de door hem beschreven beginselen moeten ook in acht worden genomen door een onderzoekende curator. Dit zijn onder meer: onafhankelijkheid en onpartijdigheid; zorgvuldigheid; deskundigheid; fair play; equality of arms; proportionaliteit en subsidiariteit; voorkomen van ‘hindsight’ en ‘outcome bias’; verifieerbaarheid van bevindingen; en het hanteren van een redelijke termijn.

Worden deze beginselen onvoldoende toegepast dan kan dit reden zijn voor matiging en zelfs aansprakelijkheid van de curator.^[46] Uit de *Landis*-uitspraak^[47] valt overigens op te maken dat ook een schending van de Praktijkregels aanleiding kan vormen tot matiging ex artikel 2:138/2:248 BW. Hetzelfde zal m.i. gelden voor het schenden van beginselen van behoorlijk onderzoek en/of het advocatentuchtrecht.

3.3.1 Hoor en wederhoor

Uit Praktijkregel 5.2. volgt dat de curator – in beginsel – hoor en wederhoor dient toe te passen. Dit past bij een integere en betamelijke curator en draagt bij aan objectieve oordeelsvorming. Een reden om hoor en wederhoor achterwege te laten kan gelegen zijn in de vrees voor verduistering van verhaalsmogelijkheden.^[48] Na toepassing van conservatoire maatregelen dient alsnog hoor en wederhoor te worden toegepast.

Eventuele (concept)rapporten dienen tijdig ter beschikking te worden gesteld aan de bestuurder. Hoewel dat veel moeite kan kosten is het van belang hoor en wederhoor en de rapportages af te ronden vóórdat gevolgtrekkingen worden gemaakt en mogelijk een procedure wordt geëntameerd.

Het belang van hoor en wederhoor op een oorzakenonderzoek volgt onder meer uit een uitspraak van de Rechtbank Gelderland.^[49] In die procedure heeft de curator ter onderbouwing van zijn 2:248-vordering een onderzoeksrapport in het geding gebracht van een deskundige. Het rapport is gebruikt om aan te tonen dat niet is voldaan aan de norm van artikel 2:10 BW. Gedaagden zijn evenwel niet in de gelegenheid gesteld om vragen te stellen aan de deskundige dan wel bemerkingen te plaatsen bij het rapport. De rechtbank acht het op grond daarvan noodzakelijk om alsnog een andere deskundige te benoemen. Het niet toepassen van hoor en wederhoor brengt in dit geval nieuwe kosten en aanzienlijk tijdsverlies met zich en het risico dat deze deskundige met andere uitkomsten zal komen.

Het tussen-^[50] en eindarrest^[51] van Hof 's-Hertogenbosch in *Luchtman q.q./Bruyn c.s.* tonen eveneens het nut aan van hoor en wederhoor. Uit het tussenarrest^[52] volgt dat de curator voldoende heeft gesteld en bewezen om te concluderen tot kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Ten aanzien van de vraag of, en in hoeverre, dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is houdt het hof de beslissing aan. Het hof stelt de curator in de gelegenheid om hierover alsnog een rapport van BDO in het geding te brengen, dat pas is afgerond ná het tussenarrest. BDO concludeert vervolgens dat zij over de mogelijke oorzaak van het faillissement geen uitspraak kan doen.^[53] Daarmee strandt de vordering van de curator.

Uit de al genoemde NS-uitspraak blijkt dat het niet (tijdig) toepassen van hoor en wederhoor ook kan resulteren in een

tuchtrechtelijk verwijt.

“5.15

De raad stelt vast dat het onderzoek waarvan de resultaten zijn weergegeven in het rapport 28/4 in elk geval niet voldoet aan de eis dat het beginsel van hoor en wederhoor als leidraad dient te worden aangehouden voor wat betreft medewerker X, die bovendien vanwege zijn in het rapport vermelde voormalige functie zeer gemakkelijk te identificeren was. Dat medewerker X niet bij NS in dienst was en verweerder geen concrete opdracht had om hem te horen, maakt dit niet anders omdat een advocaat steeds ook een eigen verantwoordelijkheid heeft. [...]

5.16

Bestuurders 1, 2, en 3 zijn door het kantoor van verweerder pas op 27 april 2015 via hun advocaat uitgenodigd om hun interviewverslagen in te zien en te commentariëren, hetgeen nog diezelfde dag in de avond of de volgende dag zou moeten plaatsvinden. De raad acht die termijn van pakweg 24 uur vóór publicatie te kort.”

Ook de Toetsingscommissie van INSOLAD is kritisch ter zake hoor en wederhoor.^[54]

“De curatoren [...] hadden deze [aansprakelijkstelling, toevoeging LH] te voren met verzoeker kunnen en moeten bespreken en hebben onvoldoende tijd gegund voor hoor en wederhoor door Verzoeker.”

Hoor en wederhoor van geïnterviewden kan beperkt blijven tot alleen het gespreksverslag van het betreffende interview en eventueel de passages in het conceptrapport die zijn gebaseerd op het gespreksverslag.^[55] Bestuurders en andere potentieel aan te spreken personen dienen naar mijn mening het hele conceptrapport te krijgen, omdat voor eventuele aansprakelijkheidsvraagstukken inzicht in de context onmisbaar is.

3.3.2 Voorkomen van hindsight, outcome en confirmation bias

Behoorlijk onderzoek houdt in dat de curator zich een beeld vormt van alle, mogelijke, oorzaken van het faillissement. De curator mag zich niet beperken tot de oorzaken die mogelijk tot aansprakelijkheid kunnen leiden en met die bril op naar achteren kijken. Uit de *Ceteco*-uitspraak^[56] volgt ter zake:

“De vraag of er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur of kennelijk onbehoorlijk toezicht moet daarbij worden beantwoord naar hetgeen de bestuurders of commissarissen voorzagen of konden voorzien op het moment dat zij hun taak vervulden.”

In de woorden van annotator Bartman is “*geen plaats voor wijsheid achteraf*”. Dat is inherent lastig, want de curator wordt pas aangesteld nadat het faillissement is uitgesproken, wanneer het dus al is “misgegaan”. De curator zal bijzondere waarborgen moeten inbouwen om de gevolgen van onvermijdelijke ‘*hindsight bias*’ of ‘*outcome bias*’ te beperken.

Zowel Hermans^[57] als Vriesendorp^[58] geeft een beschrijving van de begrippen ‘*hindsight bias*’ en ‘*outcome bias*’.^[59] De ‘*hindsight bias*’ komt er in de kern op neer dat mensen de voorspelbaarheid van gebeurtenissen die zich in het verleden hebben voorgedaan op het moment van beoordelen overschatten. De ‘*outcome bias*’ leidt ertoe dat de ongunstige uitkomst (bijvoorbeeld: het faillissement) het oordeel over de kwaliteit van de in het verleden genomen beslissing negatief beïnvloedt. Mogelijke gevolgen van de ‘*hindsight bias*’ zijn dat er strenger wordt geoordeeld, maar ook dat verkeerde oorzakelijke verbanden worden gelegd of te veel waarde wordt toegekend aan bepaalde feiten.

De vraag is hoe de curator de gevolgen van de ‘*hindsight*’ en ‘*outcome bias*’ kan *beperken*: helemaal uitsluiten is onmogelijk. Dit kan de curator doen door zich hiervan bewust te zijn en systematisch te werk te gaan.^[60] Een belangrijk element bij het uitsluiten van deze ‘*biases*’ is het maken van een representatieve dataset en een representatief chronologisch feitenoverzicht, die zijn getoetst bij de bestuurder.

Ter voorkoming van ‘*outcome bias*’ moet de curator openstaan voor alternatieve uitkomsten. Het is zelden zo dat er maar één onomstotelijk oorzakelijk verband bestaat. Andere oorzaken die worden aangedragen door de betrokkenen tijdens hoor en wederhoor moeten serieus worden genomen en zo nodig nader worden onderzocht. Een curator dient zelf op zoek te gaan naar alternatieve oorzaken voor het faillissement en zelfstandig acht te slaan op bedrijfseconomische ontwikkelingen in de branche van failliet en de ontwikkelingen die failliet heeft doorgemaakt.

Doet de curator dat niet dan dreigt de ‘*confirmation bias*’. Met kennis van de afloop is het immers eenvoudig om vast te stellen welke feiten cruciaal waren en welke onbelangrijk. Het risico bestaat dan dat, op de gekozen relevante feiten, causale verbanden worden gepercipieerd die voordien niet voor de hand lagen. Met andere woorden ‘*cherry-picking*’ van bepaalde feiten moet worden voorkomen.

Voorts is het belangrijk om tegenspraak te creëren. Tegenspraak wordt gecreëerd door het gedegen en op meerdere momenten toepassen van hoor en wederhoor, maar kan ook worden gecreëerd door tijdig een niet betrokken persoon de onderzoeksresultaten voor te houden. Binnen mijn kantoor is afgesproken om bevindingen voor te houden aan een niet

eerder betrokken kantoorgenoot van een andere vestiging. Dit levert altijd een frisse en nuttige kijk op en resulteert vaak in nader onderzoek of een aanpassing van een bestaande strategie. Ik heb begrepen dat sommige rechtbanken eveneens experimenteren met een dergelijke ‘peer review’ voordat de stap naar aansprakelijkstelling mag worden gezet. Veronderstellende dat het invoeren van ‘peer review’ per saldo tot besparing leidt valt dit toe te juichen. Bijvoorbeeld indien de ‘peer’ de curator voor een nodeloze procedure behoedt.

3.3.3 Equality of arms

In de context van een oorzakenonderzoek betekent ‘equality of arms’ dat de bestuurder bij een onderzoek – in redelijkheid – dezelfde kansen krijgt als de curator. Concreet betekent dat onder meer dat indien de curator zich beroept op bepaalde stukken die ter beschikking worden gesteld aan de bestuurder. Voorts moet een curator de bestuurder er tijdig op wijzen als het raadzaam is om een advocaat in te schakelen.

Tot ‘equality of arms’ behoort ook het voldoende tijd gunnen aan de bestuurder om informatie aan te leveren, vragen te beantwoorden en te reageren in het kader van hoor en wederhoor. Het kan niet zo zijn dat de curator in de ‘black box’ van het onderzoek maanden en soms jaren niks van zich laat horen, maar vervolgens nadat hij zich meldt binnen een kort tijdsbestek een reactie verlangt.

3.3.4 Redelijke termijn

Het uitvoeren van een onderzoek dient binnen een redelijke termijn te worden afgerond. De onderzoekende curator zal daarom met gepaste voortvarendheid te werk moeten gaan. Wat dat inhoudt is geheel afhankelijk van de omstandigheden, zoals de omvang van het faillissement en de opstelling van de bestuurder.

De curator moet in ieder geval enige tijd worden gegund voor onderzoek. Uit de *Landis*-uitspraak volgt dat bij een groter en complexer faillissement, zoals bij het beursgenoteerde Landis, niet van curatoren kan worden verlangd dat zij direct starten met het onderzoek.^[61] De rechtbank sanctioneert vervolgens een termijn van ruim anderhalf jaar vanaf de faillissementsdatum.^[62] Aangenomen moet worden dat bij een kleiner en minder complex faillissement die termijn korter kan zijn.

Uit de *Landis*-uitspraak volgt ook dat de verschillende onderzoeken meer dan twee jaar in beslag hebben genomen. Dit had in die casus geen nadelige gevolgen voor de vordering van de curatoren. Sterker nog, pas nadat curatoren beschikken over de concept-onderzoeksrapporten is aan de voorwaarden voor de start van de verjaringstermijn voldaan.^[63] De verjaringstermijn is toen pas gaan lopen omdat de curatoren vanaf dat moment pas gerechtvaardigd het standpunt konden innemen dat de schade van Landis en haar crediteuren is veroorzaakt door tekortschietend handelen van de bestuurders en commissarissen.^[64]

De curatorenhandleiding van de Rechtbank Rotterdam geeft (tamelijk stellig) richting bij de vraag wat een redelijke termijn is voor een onderzoek in een normaal faillissement. Uit de handleiding volgt:

“De curator dient in een vroeg stadium, bij voorkeur in het tweede openbaar verslag dan wel ten tijde van het tweede verslag, in een vertrouwelijke brief aan de rechter-commissaris weer te geven wat zijn voorlopige bevindingen zijn met betrekking tot de oorzaak van het faillissement. Tevens dient de curator binnen zes maanden na het uitspreken van het faillissement van een rechtspersoon de administratie – indien aanwezig – te hebben onderzocht op volledigheid en deugdelijkheid, teneinde zich een goed beeld te kunnen vormen van eventuele bestuurdersaansprakelijkheid en mogelijke paulianeuze acties. Uiterlijk in/bij het derde verslag dient de curator een definitief standpunt in te nemen ten aanzien van deze kwesties en dient de rechter-commissaris te zijn ingelicht over de concrete maatregelen die de curator voornemens is te treffen.”

Een duidelijk tijdspad dat de curator “verplicht” om, in een faillissement van normale omvang, binnen één jaar een standpunt in te nemen. Voortvarendheid is overigens ook geboden omdat dit een rol speelt bij de eventuele vraag of matiging ex artikelen 2:138/248 lid 4 BW geëigend is.

4. Na het oorzakenonderzoek

4.1 Het onderzoeksrapport

Het onderzoek wordt afgesloten met een onderzoeksrapport. Onderzoekers kunnen het verslag naar eigen inzicht inrichten.^[65] Een behoorlijk onderzoeksrapport bevat in ieder geval de volgende elementen. Een beschrijving van het plan van aanpak, het gehanteerde protocol, de onderzoeksvragen en de uitgevoerde werkzaamheden. Voorts wordt toegelicht hoe invulling is gegeven aan het beginsel van hoor en wederhoor. De onderzoeker dient ook te verantwoorden welke bronnen hij heeft geraadpleegd, bij voorkeur door verwijzing naar een dataset. Het rapport bevat een beschrijving van de feiten, bij voorkeur door verwijzing naar het chronologisch feitenoverzicht. Het rapport wordt afgesloten met een antwoord

op de geformuleerde onderzoeksvragen en conclusies voorzien van redengeving. Mocht de bestuurder een afwijkende visie hebben dan wordt dat duidelijk weergegeven in het rapport. Een lijst van betrokken personen en een organogram van betrokken (rechts-)personen zijn eveneens zinvol.

Van wezenlijk belang is dat in het rapport de feitelijke vaststellingen en de conclusies van de curator van elkaar worden gescheiden. Dit volgt onder meer uit een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant,^[66] op welke uitspraak ik nog uitvoeriger inga in paragraaf 4.2.

Het is raadzaam om te kleurrijk taalgebruik of superlatieven in het rapport te vermijden. Het is een onderzoeksrapport dat bedoeld is om een zo objectief mogelijk beeld te schetsen en nadrukkelijk geen processtuk dat bedoeld is om een rechter te overtuigen. Het is zinvol om ook op de eindversie van de rapportage separaat hoor en wederhoor toe te passen, maar hierbij dient wel duidelijk te worden opgemerkt dat het trekken van conclusies is voorbehouden aan de curator.

4.2 Publicatie van het rapport?

De vraag of het onderzoek van de curator dan wel door hem ingeschakelde deskundigen, vooruitlopend op een procedure, openbaar moet worden gemaakt is een kwestie die de praktijk verdeelt.^[67] Ik ben geen voorstander van het openbaar maken van de rapportage, behoudens indien daarvoor duidelijke maatschappelijke belangen zijn. In navolging van de Rechtbank Oost-Brabant^[68] lees ik in artikel 73a Fw niet de verplichting om de rapportage openbaar te maken. Artikel 73a Fw verplicht de curator om verslag uit te brengen over de toestand van de boedel, maar niet tot het openbaar maken van zijn rapportage van het oorzakenonderzoek. Het rapport betreft, aldus nog steeds de rechtbank, immers niet de stand van de boedel, maar de oorzaken voor de faillissementen, zoals die door de curator zijn vastgesteld.

Zou een curator al besluiten om de rapportage inclusief zijn bevindingen openbaar te maken, dan moet de rapportage in ieder geval volledig zijn, dienen feiten en stellingen van elkaar te worden onderscheiden en dienen de feiten op een logische manier te worden gepresenteerd. Voorts dient de curator voor openbaarmaking het belang van de informatiebehoefte van met name de crediteuren af te wegen tegen de belangen van de bij het oorzakenonderzoek betrokken personen. Ook zal de curator zich moeten afvragen of dit eventueel gevolgen kan hebben voor een later te voeren procedure.

Ik meen dat een bestuurder terecht een matigingsverweer kan aanvoeren indien de curator een volledige rapportage openbaar maakt, terwijl daar geen bijzondere reden voor bestaat. Ook in het insolventierecht dient ' *trial by media* ' te worden voorkomen en de curator heeft daarbij een cruciale rol.

Een curator die zijn onderzoek publiceert dient te zorgen dat het rapport voldoet aan de eisen van behoorlijk onderzoek, omdat anders in strijd met het advocatentucht recht kan worden gehandeld.^[69] Het publiceren van een verslag valt ook binnen het bereik van de INSOLAD Toetsingscommissie. Die geeft de volgende leidraad mee aan curatoren:^[70]

"Een curator dient in het algemeen terughoudend te zijn bij het publiceren van informatie die inbreuk kan maken op de integriteit en privacy van derden, zoals Verzoeker, zulks behoudens wettelijke redenen of zwaarwegende maatschappelijke bepalingen. Een curator zal bij het nemen van de beslissing om bepaalde informatie of een processtuk te publiceren de belangen dienen af te wegen."

Dat laat onverlet dat ik van mening ben dat de curator zich in het faillissementsverslag ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren dient uit te laten over zijn visie op de oorzaken van het faillissement.^[71] Dat dient te gebeuren in een strikt zakelijke weergave. Ook dient de curator, zodra hem dat mogelijk is, inzicht te verschaffen in zijn overwegingen over het al dan niet instellen van vorderingen ter reconstructie van de boedel of uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Een curator die zich overigens in scherpe bewoordingen uitlaat over de gang van zaken, maar daaraan geen consequenties lijkt te verbinden, laat zowel de gezamenlijke crediteuren als de mogelijk betrokken bestuurder in verwarring achter.

Ook vind ik dat de curator zich in het verslag mag uitlaten over zijn visie op een mogelijke peildatum,^[72] wederom in de vorm van een zakelijke weergave. Voor individuele crediteuren is dat van belang in het kader van eventuele Beklamel-procedures. Het is anderzijds goed als de curator zich realiseert dat dergelijke door crediteuren individueel ten opzichte van de bestuurder in te stellen procedures overleg van de curator met de bestuurder kunnen bemoeilijken. Hét kan dus in het belang van de gezamenlijke crediteuren zijn om de individuele crediteuren pas in een later stadium door middel van het openbaar verslag te informeren.^[73] Ik vind dat de curator zijn visie moet kunnen mededelen aan de crediteuren nu zij daarbij een belang hebben en zij anders eerder aanleiding kunnen zien voor het instellen van artikel 843a Rv procedures.

4.3 Beoordeling aansprakelijkheid

Een zorgvuldig handelend curator dient, op grond van INSOLAD Praktijkregel 5.3., zich te onthouden van uitspraken in het openbaar over de vraag of er al dan niet sprake is van aansprakelijkheid totdat hij zijn onderzoek heeft afgerond. De vraag naar aansprakelijkheid hoort niet thuis in het oorzakenonderzoek. Die vraag komt pas aan de orde nadat het oorzakenonderzoek is afgerond. Pas als de curator overtuigd is van aansprakelijkheid kan hij overgaan tot

aansprakelijkstelling, aldus de streng geformuleerde praktijkregel 5.4.

Voordat de aansprakelijkstelling wordt verzonden dient, alsnog en veel beter wederom, hoor en wederhoor te worden toegepast. Dit volgt uit een uitspraak van de Toetsingscommissie van 13 oktober 2017.^[74] Uit deze uitspraak volgt:

“Het had op de weg van de Curator gelegen om, nadat hij aan de hand van zijn onderzoek tot bevindingen was gekomen, die tot aansprakelijkstelling van Verzoeker zouden kunnen leiden, tijdig hoor en wederhoor toe te passen alvorens de aansprakelijkstelling uit te brengen.”

Naar ik meen kan dat overigens veelal gecombineerd worden met het toesturen van het definitieve concept-oorzakenrapport. Het toepassen van hoor en wederhoor op de (concept)aansprakelijkstelling is ook verstandig gezien vanuit de substantiëringsplicht ex artikel 111 lid 3 Rv. Ook is dit een natuurlijk moment om, voor de spreekwoordelijke loopgraven worden betreden, te bezien of een regeling tot de mogelijkheden behoort.

4.4 Machtigingsverzoek

Als de curator overtuigd is dat aansprakelijkstelling dient plaats te vinden en schikken niet tot de mogelijkheden behoort, dan zal hij op grond van artikel 68 lid 2 Fw machtiging moeten vragen voor het entameren van een procedure. De curator die machtiging vraagt moet zich ervan bewust zijn dat, hoewel de wijze van het verlenen van machtiging per rechtbank verschilt,^[75] de rechter-commissaris dit serieus zal (dienen te) toetsen. Onderdeel van die toetsing is de vraag of hoor en wederhoor is toegepast. Dit volgt uit artikel 3.2 sub d Recofa-richtlijnen:

“Indien het verzoek strekt tot het verkrijgen van een machtiging om te procederen inzake bestuurdersaansprakelijkheid, legt de curator een schriftelijk standpunt van iedere aangesproken bestuurder over en vermeldt hij of de aangesproken bestuurder verhaal biedt.”

Het betoog van Borrius^[76] om een uniformer en transparanter toetsingskader op te stellen voor het verlenen van de machtiging onderschrijf ik. Het sluitstuk van goed onderzoek is immers toetsing daarvan. Bij INSOLAD ligt de uitdaging om het onderzoek verder te professionaliseren en te standaardiseren. Bij Recofa ligt de uitdaging om het toetsingskader naar een hoger plan te tillen.

5. Conclusies: bepalen van de ondergrens

Op 1 juli 2017 is de Wet versterking positie curator in werking getreden. Vóór de invoering van deze wet kon nog enigszins worden getwijfeld aan de plicht van de curator om de oorzaken van een faillissement te onderzoeken. Sinds de invoering kan dit niet meer. De wet verplicht curatoren om *enig* onderzoek te doen naar de oorzaken van het faillissement. De omvang van dat onderzoek kan beperkt blijven als de opgegeven oorzaken van het faillissement voorshands niet onaannemelijk zijn, de administratie op orde lijkt en daaruit geen opvallende zaken blijken en er bovendien voorshands geen andere indicaties zijn voor onregelmatigheden. De omvang van het onderzoek kan ook beperkt blijven als voorshands duidelijk is dat er geen verhaalsmogelijkheden zijn.

Door het verplicht stellen van het oorzakenonderzoek is de noodzaak toegenomen om het onderzoek verder te standaardiseren. De verplichtingen van onderzoekende curatoren zijn onder te verdelen in drie fases: de fase voor, gedurende en na het onderzoek. In die verschillende fases mag in ieder geval het navolgende worden verwacht van curatoren.

In de eerste fase zal de curator moeten waken voor vroegtijdige formalisering van de verhouding met de bestuurder en/of het trekken van vroegtijdige conclusies op basis van incomplete gegevens. In eventuele berichtgeving naar buiten toe, bijvoorbeeld in het aanvangsverslag, dient de curator het voorlopige karakter van zijn bevindingen tot uitdrukking te brengen. In deze fase zal de curator, op basis van *enig* onderzoek en een eerste kosten-batenanalyse, moeten bepalen of het opportuun is om een nader oorzakenonderzoek uit te voeren. Het is zinvol om voorafgaand aan dat besluit, op basis van de reeds veiliggestelde administratie, een eerste representatieve dataset en chronologisch feitenoverzicht op te stellen.

In de onderzoeksfase streeft de curator er naar om te werken op basis van consensus. Het verlaten van het consensuele model vergroot immers het risico op tunnelvisie doordat de input van de bestuurder verdwijnt bij het onderzoek. Het werken op basis van consensus is evenwel geen doel op zich; als duidelijk wordt dat het onderzoeksproces wordt gefrustreerd dan kan (of: moet) dit model worden verlaten. Deze tweede fase is diepgaander van aard, maar is nadrukkelijk nog niet bedoeld om een juridisch oordeel over aansprakelijkheid te vormen. Voordat een curator besluit tot het opstarten van een nader onderzoek dient een kosten-batenanalyse te worden uitgevoerd. Het nadere onderzoek kan worden uitgevoerd door (een kantoorgenoot van) de curator en, indien specifieke deskundigheid is gewenst, door ingeschakelde experts. In het nadere oorzakenonderzoek wordt gewerkt met een protocol en aan de hand van een plan van aanpak. Bij afwijking van het protocol en het plan van aanpak geldt het beginsel ‘*comply or explain*’.

De curator heeft bij het uitvoeren van het oorzakenonderzoek fundamentele beginselen van behoorlijk onderzoek in acht te nemen. Dat betekent onder meer dat hij adequaat hoor en wederhoor zal moeten toepassen. De curator dient die tegenspraak te creëren om tunnelvisie te vermijden. Ook dient de curator 'equality of arms' na te streven. Concreet betekent dit onder meer het ter beschikking stellen aan de bestuurder van stukken waarop een beroep wordt gedaan en het gunnen van redelijke termijnen om te reageren op verzoeken. Het nadere oorzakenonderzoek dient met gepaste voortvarendheid te worden afgerond. Hoe complexer het faillissement wordt hoe langer deze termijn kan worden.

Een mogelijke consequentie van het niet naleven van de fundamentele beginselen van behoorlijk onderzoek en het dus vervaardigen van een gebrekkige rapportage is een gehonoreerd beroep op matiging op grond van artikel 2:138/2:248 lid 4 BW. Minder waarschijnlijk, maar niet volledig uit te sluiten, is persoonlijke aansprakelijkheid van een curator. Een curator die op basis van een gebrekkig onderzoek een rapport opstelt, nadien een procedure start en die verliest heeft iets uit te leggen aan betrokkenen bij een faillissement. Crediteuren zouden onder omstandigheden kunnen stellen dat zij schade hebben geleden door het mislopen van een (gedeeltelijke) uitdeling. Een aangesproken persoon zou kunnen stellen dat hij schade heeft geleden doordat de curator op basis van een gebrekkig onderzoek een nodeloze procedure heeft gevoerd.^[77] Dergelijke aansprakelijkheid kan aan de orde zijn als de curator heeft gehandeld zoals geen weldenkend curator zou handelen.

Na afronding van het onderzoek stelt de curator in de derde fase een behoorlijk rapport samen. Het is van wezenlijk belang dat in het rapport de feitelijke vaststellingen en de conclusies worden gescheiden. Daarnaast moeten feiten verifieerbaar zijn en de conclusies kunnen dragen. Op het rapport dient hoor en wederhoor te worden toegepast, met dien verstande dat het trekken van conclusies exclusief is voorbehouden aan de curator.

Het publiceren van het oorzakenonderzoek valt niet onder de verplichting van artikel 73a Fw. Hier moet terughoudend mee worden omgegaan en alleen na afweging van de betrokken belangen. Het vorenstaande laat onverlet dat de curator in zijn faillissementsverslag wel duidelijk mag zijn over de door hem vastgestelde oorzaken van het faillissement en/of de peildatum. De curator moet daarbij goed onderscheid maken tussen feiten en de op basis daarvan door hem getrokken conclusies. In het rapport en bij eventuele publicatie dient de curator de mogelijk afwijkende visie van de bestuurder duidelijk weer te geven.

Pas na afronding van het onderzoek en de rapportage dient de curator over te gaan tot juridisch kwalificeren van hetgeen is vastgesteld. Als de curator overtuigd is van aansprakelijkheid kan hij zich tot de rechter-commissaris wenden om machtiging te vragen. Bij het machtigingsverzoek dient de curator zijn rapport te overleggen aan de rechter-commissaris, zodat er een volledige toetsing kan plaatsvinden.

Het toepassen van deze onderzoeksopzet en hanteren van de beginselen van behoorlijk onderzoek is uiteraard géén garantie voor een succesvolle aansprakelijkheidsprocedure. Het is echter wel een stevige basis voor de curator om vergaande beslissingen te rechtvaardigen en voor de rechter-commissaris om dat te toetsen. Als curatoren direct zouden weten wat de oorzaken zijn van een faillissement, dan zou er geen oorzakenonderzoek nodig zijn. Laten wij als beroepsgroep die term dan ook eer aan doen en steeds behoorlijk onderzoek uitvoeren.

Voetnoten

[1]

Gelieve dit artikel aan te halen als: L. Hox, 'Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?', *Tv* 2018/42. Mr. L. Hox is werkzaam bij Boels Zanders Advocaten in het team insolventie en herstructurering. De auteur maakt deel uit van de INSOLAD Werkgroep Best Practices die een voorstel heeft gemaakt voor de herziening van de INSOLAD praktijkregels 2011. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

[2]

In dit artikel zal ik slechts ingaan op het faillissement van een rechtspersoon. Ik zal het daarbij hebben over de bestuurder van de schuldenaar, maar daarmee kunnen ook bestuurders en in voorkomende gevallen commissarissen worden bedoeld.

[3]

Met artikel 68 Fw (oud) wordt verwezen naar artikel 68 Fw zoals dat van kracht was vóór 1 juli 2017.

[4]

Ook als het bewijsvermoeden van lid 2 kan worden gebruikt! Zie Y. Borrius, 'Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te beteugelen?', in Ph.W. Schreurs e.a., *De Gereedschapskist van de curator (INSOLAD Jaarboek 2015)*. Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 23-48.

[5]

Officieel de Wet van 22 maart 2017 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator; [Kamerstukken II, 34253](#)).

[6]

Mijn visie op *enig* onderzoek en wat hiertoe moet worden gerekend zet ik uiteen in paragraaf 2.4. Samengevat: ik ben van mening dat curatoren

verplicht zijn om de oorzaken van een faillissement te onderzoeken, maar dat dit onderzoek onder omstandigheden beperkt van aard kan zijn.

[7]

Vriesendorp is nog steeds géén voorstander van een *algemene* plicht tot het doen van een oorzakenonderzoek door curatoren en hij betwijfelt nog steeds het bestaan van die plicht. Zie R.D. Vriesendorp, '[**]it happens; then and now. Terugblikken en vooruitkijken in het insolventierecht', *TvI* 2017/23. Het komt mij voor dat de bezwaren van Vriesendorp, die voor een groot deel zien op de financiële impact van zo'n onderzoek, veelal worden weggelaten door mijn voorstel dat in de meeste faillissementen het onderzoek beperkt van aard kan zijn, zoals ik beschrijf in paragraaf 2.4.

[8]

Rb. Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902, *JOR* 2017/278, m.nt. A.J. Tekstra (*Stichting Bedrijvencentrum Drechtsteden/Nuiten q.q.*). In die uitspraak anticipeerde de Rb. Rotterdam op de invoering van de Wet versterking positie curator. Toegegeven moet worden dat dit een atypische casus betrof.

[9]

Die mogelijk de INSOLAD-notitie "*Wat betekent het faillissement voor u als bestuurder van de rechtspersoon?*" zal overhandigen (raadpleegbaar via www.insolad.nl).

[10]

De actuele versie van de praktijkregels, die van 2011, zijn raadpleegbaar via www.insolad.nl.

[11]

Welke Praktijkregels uiteraard alleen van toepassing zijn op INSOLAD curatoren.

[12]

In paragraaf 3.3.1 zal nader worden ingegaan op het beginsel van hoor en wederhoor, in die paragraaf verwijs ik niet uitputtend naar diverse bronnen.

[13]

R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *TvI* 2008/20.

[14]

Hierbij kan (niet limitatief) worden gedacht aan: bestuurders, commissarissen, crediteuren, adviseurs, maar vanzelfsprekend ook curatoren en de rechters-commissaris.

[15]

De Werkgroep Best Practices heeft gediscussieerd over de wenselijkheid van een standaard onderzoeksprotocol. De Werkgroep heeft besloten dat dit buiten de scope van haar opdracht lag.

[16]

Onder meer NBA-handreiking 1112: 'Persoonsgerichte onderzoeken van 6 oktober 2010'.

[17]

Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers in enquêteprocedures (artikel 2:345 BW) versie 1 januari 2013 (raadpleegbaar via de website van de rechtspraak).

[18]

In de dissertatie van Ruud Hermans wordt een uitvoerige uiteenzetting gegeven van geldende en wenselijke regels voor onderzoekers in en enquêteprocedures. Zie R.M. Hermans, 'Het onderzoek in de enquêteprocedure' (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017. Deel 145 in de Serie vanwege het Van der Heijden instituut (hierna: "Hermans 2017").

[19]

Schimmelpenninck 2008.

[20]

Mocht van stond af duidelijk zijn dat er sprake is van een '*fraudefaillissement*' dan ligt schriftelijke vastlegging en accorderen van gespreksverslagen, waar mogelijk, wel in de rede. Zie de '*Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-) faillissementen*' die op 1 juni 2017 is gelanceerd door T. Hilverda.

[21]

Wet versterking positie curator, [Kamerstukken II, 2014/15, 34253](#), memorie van toelichting pagina 13.

[22]

Curatorenhandleiding Rb. Rotterdam, versie 1 januari 2018, p. 3. Deze handleiding is niet openbaar, maar mocht ik ontvangen van een curator uit dat arrondissement.

[23]

Nota Bestuurdersaansprakelijkheid en Faillissement, versie november 2006, pagina 1. Deze nota is niet openbaar, maar is gepubliceerd op het lokale Curanet. Deze nota en voornoemde vormen vermoedelijk een aanvulling op het tweede deel van de zin in artikel 3.2. sub d Recofa-richtlijnen.

[24]

Rb. Utrecht 18 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO9632, r.o. 4.2 (onderstreping LH).

[25]

In lijn met de Wet versterking positie curator gebruik ik bewust het woord onregelmatigheden en niet het meer kwalificerende woord fraude.

[26]

HR 12 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, *JOR* 2016/145, m.nt. J.B.A. Jansen (*Hoekstra q.q./R.M. Trade*).

[27]

Het faillissement van R.M. Trade BV is uitgesproken op 8 april 2015. De curator heeft 6 dagen later verzet ingesteld. Het verzet is op 22 april 2015 behandeld. Uit de conclusie van mr. L. Timmerman (ECLI:NL:PHR:2015:2336 m.n. paragraaf 3.14) volgt het citaat: “ (In het onderhavige faillissement is door mr. Hoeksma (en zijn medewerker) ruim twintig uur gewerkt.33)”. Uit voetnoot 33 volgt vervolgens: “ 33 Zie productie 10, overgelegd bij de mondelinge behandeling van het verzet.”. Het is duidelijk dat de 20 uur in ieder geval zijn gewerkt vóór de mondelinge behandeling. Het is niet duidelijk hoeveel van die 20 uur zijn besteed aan het onderzoek. De conclusie van mr. L. Timmerman is gevolgd door de Hoge Raad. Ik ga er daarom vanuit dat (circa) 20 uur (inclusief ongetwijfeld enkele andere werkzaamheden) onder omstandigheden voldoende kan zijn voor het doen van het oorzakenonderzoek.

[28]

Rb. Limburg 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10516 (*Tillemans q.q./DR Systems*).

[29]

Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4921 (*Tillemans q.q./DR Systems*).

[30]

Al zijn er redenen te bedenken om een faillissement minimaal een jaar open te houden. Denk bijvoorbeeld aan de jaarlijkse opgave van een bank van een – al dan niet bewust – vergeten (buitenlandse) bankrekening of andere jaaropgaves die via de postblokkade wel eens worden ontvangen.

[31]

Zoals volgt uit artikel 92 Fw, welk artikel ook een ontvangstbewijs vereist. Wordt later besloten tot vernietiging van delen van de administratie, dan is het goed om vast te leggen wat wordt vernietigd. Wordt dit nagelaten dan kan dit reden zijn voor matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW, zie Rb. Limburg 7 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2168 (*Lückers q.q./B Incassobemiddeling BV c.s.*).

[32]

Rb. Oost-Brabant 28 september 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5523 (*Van der Meer q.q. en Hekkelman q.q./bestuurders Paradigit*).

[33]

De door curatoren Paradigit ingestelde vordering lijkt te zijn gebaseerd op een vordering die de curatoren in het faillissement Lips eerder hebben ingesteld. Die vordering is in dat faillissement uiteindelijk wel grotendeels toegewezen. De vordering van curatoren Lips is echter pas toegewezen na diverse procedures over deze materie, met als (voorlopige) climax Rb. Oost-Brabant 13 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:763, *JOR* 2015/216, m.nt. W.J.B. van Nielen. Dat (bijna) onbeperkte toegang is verleend moet worden gezien in het licht van de saillante omstandigheden van dat geval en anti-misbruik, waarvan in het Paradigit faillissement geen of minder sprake lijkt te zijn geweest.

[34]

Hof Arnhem-Leeuwarden 10 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8504, *JOR* 2016/90 (bestuurders en commissarissen *Betelgeuze/Geense q.q.*).

[35]

Het belang om de hele film te reconstrueren is verdedigd door diverse experts tijdens het internationale congres van Business & Liability Reserach Network. Zie het verslag van mr. drs. J.M.G.J. Boon en J.M.W. Pool LL.M. BSc in *Tvl* 2018/20.

[36]

De weg van de consensus wordt eveneens bepleit door Schimmelpenninck, Schimmelpenninck 2008.

[37]

Veelal kan het een en het ander in één vloeiend voortgaande beweging; het is immers logisch de verzamelde data logisch te ordenen.

[38]

S.H. De Ranitz: 'Perverse prikkels, curatoren en de goede procesorde', *Tvl* 2008/42. Zie ook in meer genuanceerde bewoordingen Vriesendorp 2017.

[39]

Daarmee o.a. overwegingen van Schimmelpenninck en Tiethoff tot de mijne makend. Zie R.J. Schimmelpenninck: 'Naschrift bij de reactie van mr. S.H. de Ranitz' (*Tvl* 2008/43) en F.H. Tiethoff: 'De curator, een integere advocaat!' (*Tvl* 2011/1). Geparafraseerd is het belangrijkste argument tegen inschakeling van derden de verhoging van kosten, terwijl niet zonder meer vaststaat dat het onderzoek beter wordt uitgevoerd door een derde.

[40]

H. Dulack: 'Tuchtrecht voor curatoren bestaat wel degelijk', *Tvl* 2006/40.

[41]

Hof van Discipline 19 april 2010, ECLI:NL:TAHVD:2010:YA0575.

[42]

Raad van Discipline 17 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276 (hierna: "NS-uitspraak"). Het is de auteur niet bekend of beroep is ingesteld tegen deze uitspraak.

[43]

Zie Hermans 2017, p. 437.

[44]

Ook Vriesendorp is hiervan voorstander, Vriesendorp 2017.

[45]

Raad van Discipline 's-Hertogenbosch 5 september 1988 (gepubliceerd in: *Advocatenblad 12 mei 1989; nr. 8910*) en Hof van Discipline 14 september 1998 gepubliceerd in: *Advocatenblad 25 juni 1999, nr. 9912*).

[46]

Zie bijvoorbeeld Rb. Limburg 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9078, *JOR* 2017/75, m.nt. J.B.A. Jansen (*bestuurder Tricotververij/Rosbeek q.q. en accountant*), waarin dit overigens is afgewezen.

[47]

Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, *JOR* 2013/237 m.nt. U.B. Verboom (*Landis*). Zie met name r.o. 12.19 van de *Landis*-uitspraak.

[48]

Aldus de toelichting op praktijkregel 5.2.

[49]

Rb. Gelderland 26 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4745 (*König q.q./Enwee Beheer*).

[50]

Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, ECLI:NL:GSHE:2013:3057, *JOR* 2013/302, m.nt. S.M. Bartman (*Luchtman q.q./Bruyn c.s.*).

[51]

Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GSHE:2014:1780 (*Luchtman q.q./Bruyn c.s.*).

[52]

R.o. 7.6.1 tussenarrest ECLI:NL:GSHE:2013:3057 (voornoemd).

[53]

R.o. 10.2.1. eindarrest ECLI:NL:GSHE:2014:1780 (voornoemd).

[54]

Uitspraak van de toetsingscommissie met nummer 2017/8 (gepubliceerd in *Tvl* 2018/3).

[55]

Vergelijk voor het enquêterecht art. 2:351, lid 4, 2^e volzin BW: " *ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben.*"

[56]

Rb. Utrecht ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709, *JOR* 2008/10, m.nt. Bartman (*Ceteco*).

[57]

Hermans 2017, zie met name hoofdstuk 8 en in het bijzonder p. 471 en 472.

[58]

Vriesendorp 2017.

[59]

Zie voor meer over dit onderwerp J. Eeuwijk e.a.: ' *Met de wijsheid achteraf: Hindsight en outcome bias in het toezicht* ', *Tijdschrift voor Toezicht* 2015/3.2.

[60]

Hermans 2017 zie m.n. paragraaf 8.11.

[61]

R.o. 5.3 *Landis*-uitspraak.

[62]

R.o. 6 *Landis*-uitspraak.

[63]

R.o. 5.4 *Landis*-uitspraak.

[64]

Zie met betrekking tot de problematiek van de verjaring en het oorzakenonderzoek ook de uitspraken inzake *Vilenzo* (Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203, *JOR* 2015/94, *Maessen q.q. en Hermsen q.q./bestuurders en commissarissen Vilenzo c.s.*) waarin het beroep op verjaring is afgewezen en *Ebcon* (Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2016, *JOR* 2017/160, *Wagemakers q.q./bestuurder Ebcon*)

waarin het beroep op verjaring is toegewezen.

[65]

Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 november 2015, *JOR* 2016/61, m.nt. Van Schilfgaarde (*Meavita*). Zie gelijkloidend r.o. 5.12. Raad van Discipline inzake *NS*-uitspraak.

[66]

Rb. Oost-Brabant 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5916, *JOR* 2017/23, m.nt. J.B.A. Jansen (*bestuurder/Van der Meer q.q.*).

[67]

Bij de INSOLAD workshop van 21 november 2017 is gestemd over de vraag: " *Het oorzakenonderzoek dient, behoudens bijzondere omstandigheden, te worden gepubliceerd.*" De uitkomst van de stemming onder de 300 aanwezige toehoorders was: 45,93% eens, 53,49% oneens en 0,58% geen mening.

[68]

Rb. Oost-Brabant 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5916, *JOR* 2017/23, m.nt. J.B.A. Jansen (*bestuurder/Van der Meer q.q.*).

[69]

Zoals volgt uit de *NS*-uitspraak.

[70]

Uitspraak toetsingscommissie zonder uitspraaknummer. Gepubliceerd in *TvI* 2013/2.

[71]

De curator zal in het kader van de verslaglegging een belangenafweging moeten maken tussen de informatieverzorging van schuldeisers en de belangen van betrokken derden. Zie in dat kader: Raad van State 19 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2743, *JOR* 2017/172, m.nt. Chr.A. Alberdingk Thijm (*x/CBP*). Dit geldt te meer sinds de invoering van de Algemene Wet Gegevensbescherming. Voorts dienen curatoren thans rekening te houden met het gecodificeerde recht om vergeten te worden (artikel 17 AVG).

[72]

Zoals bedoeld in HR 21 december 2001, *NJ* 2005/96 (*Sobi/Hurks II*) en HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*).

[73]

Iets anders is natuurlijk of de curator ingaat op informatieverzoeken van een crediteur buiten het verslag om.

[74]

Toetsingscommissie 2017/9. Gepubliceerd in *TvI* 2018/3.

[75]

Borrius 2015, paragraaf 5.

[76]

Borirus 2015, paragraaf 5.

[77]

Ik merk op dat bij een onderzoek in een enquêteprocedure de aansprakelijkheid van de onderzoeker ten aanzien van zijn rapport, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, is uitgesloten op grond van de wet, zie artikel 2:351 lid 5 BW. Dit is niet het geval voor een curator die een rapport opstelt over de oorzaken van het faillissement. De curator draagt ter zake de volledige verantwoordelijkheid.