

De onafhankelijkheid van de faillissementscurator

Preadvies Christen Juristen Vereniging 2013

Prof.mr. B.Wessels

Juridisch adviseur, Dordrecht
Hoogleraar international insolventierecht
Universiteit Leiden

Concept 14 mei 2013

Ten geleide

Dit preadvies is niet af. Het bestuur van de vereniging kon zich eind 2012 goed vinden in mijn voorstel om over het onderwerp van het preadvies op de algemene ledenvergadering van 31 mei 2013 met de leden van de vereniging en andere genodigden te discussiëren. Het centrale thema is op welke wijze het vereiste van “onafhankelijkheid” van een faillissementscurator moet worden gewaardeerd en of dit kenmerk, en zo ja op welke wijze, gestalte zouden moeten krijgen in Nederlandse en/of Europese regelgeving. Hoewel het insolventierecht niet bij alle lezers bijzonder bekend zal zijn is “onafhankelijkheid” vaak een hoedanigheid die ook aan andere juridische beroepen is of kan zijn verbonden. Het is daarom interessant te horen op welke wijze beleving van en ervaring met onafhankelijkheid bij die beroepen kunnen bijdragen aan een verdere doordenking daarvan voor een curator. Vandaar dat hoofdstuk 7 (Samenvatting en conclusies) nog niet geschreven is.

De met het bestuur van de Christen Juristen Vereniging afgesproken gang van zaken is dat het preadvies (in ontwerpvorm) in de week van 13 mei 2013 beschikbaar komt. Gedurende de vergadering in Haarlem op 31 mei a.s. zal aan de hand van enkele stellingen en casus worden gediscussieerd. Mede aan de hand van de discussie op de Algemene Ledenvergadering Vergadering zal ik de tekst van het preadvies in de maand juni afronden. Ik begrijp dat indien u daarna als lid het definitieve preadvies in boekvorm wilt ontvangen u daarvoor contact kunt opnemen met de uitgever: Uitgeverij Paris, Zutphen, tel: 0575-514299, email: info@uitgeverijparis.nl. U krijgt de publicatie dan kosteloos toegestuurd.

Ik zie uit naar een levendige bijeenkomst!

B. Wessels

(14 mei 2013)

De onafhankelijkheid van de faillissementscurator

1. Inleiding
 - 1.1. Internationale context
 - 1.2. Sterke verbondenheid insolventierecht met nationaal recht
 - 1.3. Kwalificaties voor de faillissementscurator
 - 1.4. Insolventierecht als onrustig bezit
 - 1.5. Indeling van dit preadvies

2. Faillissementscurator in Nederland
 - 2.1. Taak
 - 2.2. Vereisten voor aanstelling als curator
 - 2.3. Toezicht op de curator
 - 2.4. Honorarium
 - 2.5. Ontslag
 - 2.6. Accountability
 - 2.7. Rechtspositie
 - 2.8. De advocaat als curator

3. Internationale aanbevelingen
 - 3.1. Inleiding
 - 3.2. Wereld Bank
 - 3.3. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)
 - 3.4. European Bank for Reconstruction and Development (EBRD)
 - 3.5. Voorlopige conclusies

4. België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk
 - 4.1. Inleiding
 - 4.2. België
 - 4.3. Duitsland
 - 4.4. Verenigd Koninkrijk
 - 4.5. Voorlopige conclusies

5. Nadenken over onafhankelijkheid
 - 5.1. Inleiding

- 5.2. Onafhankelijkheid als wezenskenmerk bij juidische beroepen
- 5.3. Onafhankelijkheid van de faillissementscurator
 - 5.3.1. Ten opzicht van kantoor(genoten)
 - 5.3.2. Ten opzichte van de schuldenaar
 - 5.3.3. Ten opzichte van schuldeisers
 - 5.3.4. Ten opzichte van de rechter-commissaris
- 5.4. Voorlopig conclusies

- 6. Europese ontwikkelingen
 - 6.1. Inleiding
 - 6.2. Europese Insolventieverordening
 - 6.2.1. Coördinatie van insolventieprocedures
 - 6.2.2. Beginsel van loyale samenwerking ex Artikel 4(3) VEU
 - 6.3. Voorstel tot wijziging van de Insolventieverordening
 - 6.4. Voorlopige conclusies

- 7. Samenvatting en conclusies

BIJLAGEN

- Bijlage A: INSOLAD Praktijkregels voor curatoren (2011)
- Bijlage B: Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling (maart 2013)
- Bijlage C: UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (2004) (recommendations 115 – 125)
- Bijlage D: EBRD INSOLVENCY OFFICE HOLDER PRINCIPLES
- Bijlage E. CODE OF ETHICS FOR BANKRUPTCY ADMINISTRATORS ('Official Gazette of the Republic of Serbia', No 11/10 of 5 March, 2010)

1. Inleiding

1. Eind november 2012 kreeg ik het verzoek van het bestuur van de CJV om medio 2013 een preadvies aan de leden van de vereniging te presenteren. Het bestuur gaf me de vrijheid om een onderwerp uit het insolventierecht aan de orde te stellen. Nu lag de maand november 2012 in een speciale periode. In september van dat jaar had ik de tekst voor het preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht ingediend. Het onderwerp was: “Harmonisation of Insolvency Laws in Europe”, geschreven tesamen met mijn collega prof. Ian F. Fletcher, University College London.¹ Het is op de jaarvergadering van die vereniging, gehouden in het gebouw van de Hoge Raad in Den Haag, op 14 december 2012 besproken.²

2. Om twee redenen was het onderwerp van dit preadvies uniek. Ten eerste omdat het voor het eerst is dat voor de Vereniging van Burgerlijk Recht een preadvies is uitgebracht, dat (desverzocht door het bestuur) is geschreven in het Engels. In tal van uitingen (juridische bladen, dissertaties) in Nederland blijft Nederlands de voertaal, maar niet zelden wordt daarmee een kans gemist om mee te doen aan de internationale discours. Meer inhoudelijk was het uniek, omdat “harmonisatie” van “insolventiewetgeving” in de zeer lange geschiedenis van het verschijnsel faillissement eerst pas recent, november 2011, ten principale aan de orde is gesteld, en wel door middel van een resolutie van het Europees Parlement (EP) “..... met aanbevelingen aan de Commissie betreffende insolventieprocedures in het kader van het vennootschapsrecht van de EU”.³ Ik kom daar zo op terug.

3. In een lezing die ik in diezelfde periode gaf heb ik de huidige stand van het Europese insolventierecht in drie perioden ingedeeld.⁴ De derde periode laat ik bij het hierboven genoemde harmonisatie-initiatief van het Europees Parlement starten. De titel van de resolutie van het EP (“insolventieprocedures in het kader van het vennootschapsrecht”) is overigens in Nederlandse ogen nogal wonderlijk omdat in onze wetgeving insolventieprocedures geen

¹ Ian F. Fletcher en Bob Wessels, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Preadvies 2012 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2012. Het is besproken door A.J. Berends en M. Broeders in NTBR, november 2012.

² Voor een verslag van de discussies, zie H. Schelhaas, NTBR (aangekondigd voor mei 2013).

³ Resolutie van het Europees Parlement van 15 november 2011 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende insolventieprocedures in het kader van het vennootschapsrecht van de EU (2011/2006(INI)), zie <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0484+0+DOC+XML+V0//NL>.

⁴ Zie Bob Wessels, *On the Future of European Insolvency Law*, INSOL Europe Academic Forum’s 5th Edwin Coe lecture, Brussels, October 11th, 2012. De tekst, die medio 2013 door INSOL Europe wordt gepubliceerd, is in conceptvorm geplaatst op www.bobwessels.nl, weblog, onder 2012-10-doc8.

onderdeel vormen van het vennootschapsrecht. De titel is ook wat misleidend omdat zij ook betrekking heeft op harmonisatie van onderdelen van – wat wij beschouwen als – materieel insolventierecht alsmede van voorwaarden voor het functioneren als faillissementscurator. Deze onderdelen zijn in de mij bekende faillissementsstelsels in Europa zelden onderdeel van het vennootschapsrecht. Hoe dit verder zij, over de voorwaarden voor het functioneren als faillissementscurator gaat dit preadvies. De desbetreffende aanbeveling (aanbeveling 1.4) luidt (de nummers van de onderdelen heb ik toegevoegd):

“Aanbeveling betreffende de harmonisatie van bepaalde algemene aspecten van de eisen aan de kwalificatie en het werk van de curator:

1. de curator moet zijn toegelaten door een bevoegd lichaam van een lidstaat of door een bevoegde rechtbank van een lidstaat benoemd zijn, moet van onbesproken gedrag zijn en moet de voor de uitvoering van zijn/haar taken noodzakelijke opleiding hebben afgerond;
2. de curator moet bevoegd en gekwalificeerd zijn om de situatie van de organisatie van de schuldeiser in te schatten en bestuurstaken voor de onderneming over te nemen;
3. bij opening van een hoofdprocedure dient de curator binnen een termijn van zes maanden bevoegd te worden verklaard om met terugwerkende kracht te besluiten over de bescherming van het vermogen indien een onderneming haar kapitaal heeft verplaatst;
4. de curator moet door middel van aangepaste prioritaire procedures de aan de onderneming verschuldigde bedragen kunnen invorderen voordat de schuldeisers worden voldaan en als alternatief voor de overdracht van vorderingen;
5. de curator moet onafhankelijk zijn van de schuldeisers en van andere belanghebbenden bij de insolventieprocedure;
6. in geval van een belangenconflict legt de curator zijn/haar functie neer.”

Het onderwerp van dit preadvies beoogt een bijdrage te leveren aan de discussie over deze aanbeveling en dus aan de toekomst van het functioneren als faillissementscurator. Het vindt haar aanleiding in een in gang gezette Europese ontwikkeling.

1.1. Internationale context

4. Ter completering van deze internationale context: de tweede periode in de ontwikkeling van een Europees insolventierecht ving aan in 2002 met de inwerkingtreding van de Europese Insolventieverordening. Ik kom hierna, in hoofdstuk 6, op deze verordening terug.

5. De daaraanvoorafgaande eerste fase is een vrij lange, onbestemde periode van vóór 2002, waarin binnen Europa “insolventie” alleen zijdelings of met een enkele term in een richtlijn aan de orde kwam.⁵ Voor Nederland is een bekend voorbeeld de toepassing van Richtlijn 77/187 betreffende het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan. Het Hof van Justitie van de EG (zoals het toen heette) besliste onder meer dat artikel 1(i) van die richtlijn niet van toepassing is “..... op de overgang van een onderneming, een vestiging of een onderdeel daarvan, in een situatie waarin de vervreemder in staat van faillissement is verklaard, indien althans de betrokken onderneming, vestiging of onderdeel daarvan in de faillissementsboedel valt”. Het Hof voegde daaraan toe dat een Lid-Staat de bevoegdheid heeft om naar eigen keuze de beginselen van de richtlijn op een dergelijke overgang toe te passen. De richtlijn is echter wel van toepassing, aldus het Hof: “..... op de overgang van een onderneming, een vestiging of een onderdeel daarvan op een andere ondernemer in het kader van een procedure van het type ‘surséance van betaling’”.⁶ Het Hof geeft een beschrijving van het faillissementsrecht dat wordt gekenmerkt “.... door bijzondere procedures die tot doel hebben de diverse belangen, vooral die van de verschillende categorieën schuldeisers met elkaar in evenwicht te brengen. Daartoe bestaan er in alle Lid-Staten bijzondere voorschriften, die ertoe kunnen leiden dat althans gedeeltelijk wordt afgeweken van andere bepalingen van algemene aard, waaronder die van het sociale recht.Daarbij komt, dat de regels inzake faillissement en overeenkomstige procedures in de diverse Lid-Staten zeer verschillend van aard zijn. Tezamen met het feit, dat het faillissementsrecht zowel in de rechtsstelsels van de Lid-Staten als in de communautaire rechtsorde bijzondere regels kent, laat dit de slotsom toe, dat de richtlijn, indien zij ook van toepassing had moeten zijn op de overgang van ondernemingen in het kader van dergelijke procedures, een uitdrukkelijke bepaling van die strekking zou hebben bevat.”

Hoewel in de tekst van deze richtlijn zelf het rechtsfeit van “insolventie”, in de vorm van “faillissement”, sec niet voorkomt is het duidelijk dat er een direct effect is van de werking

⁵ Ik ga nu aan verre wortels van internationaal insolventierecht voorbij. Een internationale bepaling komt al voor in het stadsrecht van Dordrecht, in de ‘Ordonnantie, aengaende de Desolate, en onder beneficie van Inventaris aengevaerde Boedels binnen Dordrecht, den resorte van dien, en de Baronne de Merwede, volgens Octroy by haer Ed. Groot Mog. verleent op den 20. December 1668’. Zie Bob Wessels, *International Insolvency Law*, Deventer: Kluwer, 3rd ed., 2012, par. 10034. De betekenis van het werk van D. Josephus Jitta (1854 – 1925), hoogleraar UvA 1893 – 1913, in Leiden in 1880 gepromoveerd op het onderwerp: Het vonnis van faillisetverklaring in het internationaal privaatrecht, hoop ik elders nog eens te kunnen terugkomen.

⁶ HvJ EG 7 februari 1985, Zaak 135/83 (*H. B. M. Abels tegen Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*).

van de richtlijn op het nationale rechtssysteem, inclusief het stelsel van insolventierecht, van een Lid-Staat.⁷

1.2. Sterke verbondenheid insolventierecht met nationaal recht

6. Deze duiding van het karakter van het faillissementsrecht door het Hof is door de decennia heen eigenlijk ongewijzigd gebleven. Zie bijvoorbeeld de bekende Engelse rechter (nu: Sir) Peter Millet, die medio jaren 90 van de vorige eeuw over insolventierecht opmerkte dat geen rechtsgebied “..... is moulded more by considerations of national economic policy and commercial philosophy”.⁸ Ook Fletcher heeft in 2005, bij de tweede druk van zijn handboek, de woorden uit de eerste druk laten staan: “National attitudes towards the phenomenon of insolvency are extremely variable, as are the social and legal consequences for the debtors concerned”.⁹

7. De Insolventieverordening die in 2002 in werking trad reflecteert duidelijk deze sterke verbondenheid van het insolventierecht met de nationale rechtsstelsels van de EU-lidstaten, waarbinnen zij functioneert. Zie bijvoorbeeld overweging 11:

“(11) Uitgangspunt van deze verordening is dat, gezien de grote verschillen in het materieel recht van de lidstaten, de invoering van een insolventieprocedure van universele strekking in de gehele Gemeenschap niet praktisch zou zijn. De toepassing, zonder uitzonderingen, van het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure wordt geopend zou daardoor veelal problematisch zijn. Dit geldt bijvoorbeeld voor de zeer uiteenlopende regels inzake zekerheidsrechten die in de Gemeenschap worden aangetroffen. Ook de voorrechten die

⁷ Het duurde nog dertien jaar voordat in een richtlijn – de zogenoemde richtlijn pakketreizen 90/314 – “insolventie” als term met zoveel woorden werd genoemd. Zij werd in Nederland geïmplementeerd met de regel dat de reisorganisator er zorg voor dient te dragen dat zijn verplichtingen ingeval van “financieel onvermogen” worden overgenomen door een andere reisorganisator dan wel dat de reissom aan de reiziger wordt terugbetaald, zie art. 7:512 lid 1 BW. Zie M.B.M. Loos, *Reisovereenkomst 2008-2012*, Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2013-1, p. 21 e.v., in casu p. 28 e.v. Het was toen 1992, maar daarna is het Nederlandse vennootschaps-, vermogens-, proces- en arbeidsrecht continu geïmpregneerd met Europees recht, zij het slechts mondjesmaat met Europese regels voor “insolventie”. Voor overzichten zie A.S. Hartkamp et al. (ed.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, serie *Onderneming en Recht*, deel 42-I en deel 42-II, Deventer: Kluwer 2007, en voor het vermogensrecht ook Asser/Hartkamp 3-I* 2011.

⁸ Peter Millet, *Cross-Border Insolvency: The Judicial Approach*, in: *International Insolvency Review* 1997, p. 99 e.v., in casu p. 109.

⁹ Ian F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press, 2nd ed. 2005, p. 4.

sommige schuldeisers in een insolventieprocedure genieten zijn in sommige gevallen totaal verschillend.”

Om deze reden is het systeem dat in de Insolventieverordening besloten ligt typisch een stelsel van internationaal privaatrecht, zie overweging 8:

“(8) Met het oog op een meer efficiënte en doeltreffende afwikkeling van insolventieprocedures met grensoverschrijdende gevolgen is het noodzakelijk en aangewezen dat de bepalingen inzake rechterlijke bevoegdheid, erkenning en toepasselijk recht vervat worden in een instrument van het Gemeenschapsrecht dat verbindend is in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk is in elke lidstaat.”

8. Over die “grote verschillen in het materieel recht” inzake insolventie merk ik hier alleen op dat zij veelal samenhangen met (een combinatie van) verschillen in de Lid-Staten in de structuur van de markt (markt-georiënteerd of veeleer sociaal-economisch gestuurd), de wijze waarop ondernemingsactiviteiten worden gefinancierd (door (beurs-) aandeelhouders of bankkrediet dan wel recente andere alternatieven, hetgeen mede de ontwikkeling van een stelsel van zekerheidsrechten bepaalt) en de wijze waarop over ondernemingsactiviteiten verslag wordt gedaan, het algemene rechtssysteem waarbinnen insolventie functioneert (in Nederland materieel sterk verbonden met bijvoorbeeld het algemene vermogensrecht, maar amper met het vennootschapsrecht), de verschillen in het insolventierecht zelf (de soorten procedures en de doelen die deze procedures hebben, de regels omtrent de omvang van de boedel, de vereisten die aan het instellen van een verhaalsbenadelings-actie worden gesteld enz.) en ook de staat van de ontwikkeling en de professionaliteit van bij insolventie betrokkenen, zoals een rechter of een advocaat, maar in andere landen bijvoorbeeld een accountant, een turn around expert of – zoals in Duistland – een voor het specifieke geval “geeignete geschäftskundige” (§ 56 InsolverzOrdnung).¹⁰

1.3. Kwalificaties voor de faillissementscurator

9. De aanbeveling van het Europees Parlement tot “harmonisatie van bepaalde algemene aspecten van de eisen aan de kwalificatie en het werk van de curator” is direct herleidbaar tot de (Europese) insolventiepraktijk. Op verzoek van het Europees Parlement is door een

¹⁰ Zie uitvoeriger Bob Wessels, *Insolvency Law*, in: Jan M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2nd ed., Edgar Elgar, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA London, 2012, p. 383 e.v.

werkgroep van leden van INSOL Europe¹¹ een rapport (“Note”)¹² gepresenteerd, met als centrale vraag of harmonisatie van onderdelen van insolventierecht in de EU wenselijk en mogelijk is.¹³ Op het punt van harmonisatie van het aangegeven onderwerp geeft het rapport aan dat uit summier onderzoek in acht Lid-Staten ten aanzien van vereisten inzake vooropleiding, benoeming, honorering of toezicht op curatoren niet van problemen is gebleken. INSOL Europa’s conclusie is duidelijk: “... there is no merit in seeking to harmonise these issues until a further harmonisation of substantive insolvency law and company law has been achieved”.¹⁴ Het Europese Parlement (EP) is aan dit inzicht voorbij gegaan en is een andere weg ingeslagen.

10. In een Toelichting meldt de rapporteur, de Duitser Klaus-Heiner Lehne, dat veel van “..... de aanbevelingen in dit verslag heftige discussies zullen uitlokken. Hij weet dat het insolventierecht van de afzonderlijke lidstaten heel verschillend is.” Omtrent het onderwerp van harmonisatie van kwalificaties voor curatoren merkt Lehne op dat onder “curator” moet worden verstaan de persoon bedoeld in art. 2(b) EU Insolventieverordening, te weten: “elke persoon of elk orgaan, belast met het beheer of de liquidatie van de goederen waarover de schuldenaar het beheer en de beschikking is verloren of met het toezicht op het beheer van diens zaken. Deze personen en organen worden opgesomd in bijlage C;”. In deze Bijlage komen omtreks negentig (!) nationale aanduidingen van dit soort figuren voor (voor Nederland “curator” (voor de faillissementsprocedure) en “bewindvoerder” voor de surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen) die de aangegeven functie vervullen in omtreks honderd (!) verschillende insolventieprocedures die de huidige EU Lid-Staten (Denemarken uitgesloten) kennen. Lehne vervolgt: “Hoewel de rapporteur in dit stadium niet wil proberen de bevoegdheden en plichten van curatoren te harmoniseren, wil hij toch enkele gemeenschappelijke vereisten voorstellen. Enige harmonisatie op dit gebied zou het concept van nauwere samenwerking tussen curatoren ondersteunen en de vergelijkbaarheid van het beroep vergroten.”

¹¹ INSOL Europe is een in 1981 opgerichte vereniging “... of professionals who specialise in insolvency, bankruptcy and business reconstruction & recovery”. Zij telt ruim 1000 leden. Zie www.insol-europe.org.

¹² Note of the Directorate-General for Internal Policies, Policy Department Citizens’ Rights and Constitutional Affairs (C), Legal and Parliamentary Affairs (No. PE 419.633), “*Harmonisation of Insolvency Law at EU level*”.

¹³ Beschikbaar via: <http://www.insol-europe.org/eu-research/harmonisation-of-insolvency-law-at-eu-level/>.

¹⁴ INSOL Europe Note 2010, p. 20.

11. Het ligt voor de hand Lehne's eerste argument (concept van nauwere samenwerking tussen curatoren) in verband te brengen met art. 31 Insolventieverordening ("Samenwerkings- en kennisgevingsplicht"), dat onder meer bepaalt dat voor curatoren die zijn benoemd in verschillende insolventieprocedures die met betrekking tot dezelfde schuldenaar in méér dan een Lid-Staat aanhangig zijn, een wederzijdse kennisgevingsplicht en een wederzijdse samenwerkingsplicht geldt. Nu in alle EU landen een curator kan worden benoemd in een faillissement dat onder de werking van de verordening valt is bedoelde samenwerkingsplicht een aspect waarvan de betekenis voor de eisen aan de kwalificatie en het werk van de curator nader dient te worden onderzocht.

12. De ontboezeming van de rapporteur maakt ook duidelijk dat de onderwerpen genoemd in de hiervoor aangehaalde aanbeveling onder 3 en 4 in een later stadium van de behandeling van het voorstel eraan zijn toegevoegd. Zij zien op materiële bevoegdheden terwijl de ander vier betrekking hebben op de deontologische kenmerken van het curatoren-beroep. Op een congres in Brussel, 8-10 februari 2012, heeft Lehne toegelicht: "Furthermore, we also need harmonised general aspects of the requirements for the qualification and work of liquidators. This is paramount if harmonized cross-border insolvency proceedings are envisaged. It also goes without saying that a liquidator must not only be independent but also be fit to do the job - that is he must be competent and qualified to assess the situation of the debtor's entity and to take over management duties for the company."¹⁵

13. In ons Harmonisatie-advies van eind 2012 hebben Fletcher en ik de argumentatie van INSOL Europe, om voorshands af te zien van harmonisatie op dit punt, als niet overtuigend gekenschetst: "The accent should not be on what an insolvency office holder does, but on her or his inherent professional and personal qualities, both in an international as well as in a national context." Lehne gebruikt een ambivalente motivering: "enige harmonisatie" ter ondersteuning van "het concept van nauwere samenwerking tussen curatoren" en ter vergroting van "de vergelijkbaarheid van het beroep". In ons Harmonisatie-advies zetten wij, na kort de specifieke rol van de curator ("liquidator") bij de toepassing van de EU Insolventieverordening te hebben aangegeven, uiteen dat wij zowel op Europees niveau als binnen nationale insolventierechtstelsels hechten aan een visie die ruim dertig jaar geleden tot uitdrukking is gebracht: "The success of any insolvency system is very largely dependent

¹⁵ http://www.arge-insolvenzrecht.de/Speech_Klaus-Heiner_LEHNE.pdf. Hij vervolgt, omdat inmiddels het voorstel van het EP enkele maanden daarvoor is gepubliceerd: "The liquidator must also be empowered to use appropriate priority procedures to recover monies owing to companies in advance of settlement with creditors and as an alternative to transfers of claims." Ik laat deze materiële bevoegdheden verder buiten beschouwing.

upon those who administer it. If they do not have the confidence and respect, not only of the courts and of the creditors and debtors, but also of the general public, then complaints will multiply and, if remedial action is not taken, the system will fall into disrepute and disuse".¹⁶ Fletcher en ik voegden daar aan toe: "It is not only the creditors' confidence but the trust the market puts in the insolvency office holders' actions, which may translate in her/his ability to exercise a transparent process, e.g. for unsecured creditors to be informed in a clear way about any process and to be able to influence any administration, to understand the way the profession is regulated, which would include a mechanism to maintain trust in any regulatory regime, such as a post-action review or a complaints procedure." Na kort het systeem van toezicht op curatoren in een aantal landen te hebben aangestipt¹⁷ gaven we aan dat "... the vision expressed above brings us to suggest that the attempt be made to align and improve the professional standards and ethical guidelines applicable to insolvency office holders." Het onderhavige preadvies vormt hiertoe een eerste aanzet.¹⁸

1.4. Insolventierecht als onrustig bezit

14. In veel Lid-Staten alsook op Europees niveau is het insolventierecht geen rustig bezit: de lucht is zwanger van nationale voorstellen tot verbetering of herijking van insolventiewetgeving, voorstellen tot wijziging van de Insolventieverordening, tot verbetering van de efficiëntie van nationale faillissementswetten als uitvloeisel van het Single Act II beleid, de eerste fase van een Europese bankunie, met de ECB als centrale toezichthouder, de instelling van een gemeenschappelijke autoriteit voor de afwikkeling (*resolution*) en herstructurering van insolvabele banken, met in de nabije toekomst een gemeenschappelijk

¹⁶ Cork Report, *Insolvency Law and Practice – Report of the Review Committee* (Chairman Sir Kenneth Cork) (June 1982, Cmnd. 8558), London, HMSO ISBN 0 10 185580, at para. 732. Het Cork Report vormde de basis voor de hervorming van het Engelse insolventierecht, leidend tot de Insolvency Act 1986. Zie Bob Wessels and Paul Omar (red.), *Insolvency Law in the United Kingdom: The Cork Report at 30 Years*, Papers from the INSOL Europe Academic Forum and Sussex Law School Joint Insolvency Conference Brighton, United Kingdom, 26 – 27 March 2009, Nottingham/Paris: INSOL Europe 2010.

¹⁷ Hoofdstuk 5.4 in het preadvies.

¹⁸ Medio 2012 is een onderzoek gestart naar de mogelijkheid van het formuleren van "European Best Practice Principles for Insolvency Office Holders." De onderzoeksgroep, inclusief een Advisory Group, bestaat momenteel uit een 20-tal personen, werkzaam in een tiental Lid-Staten. Zij staat onder leiding van de Leidse hoogleraren prof. mr Jan Adriaanse en prof. mr Iris Wuisman. Ik ben als consultant voor dit onderzoek aangetrokken.

depositogarantiestelsel, en een civielrechtelijk bestuursverbod. In de komende jaren worden zware eisen gesteld aan wet- en regelgevers.¹⁹

15. Ik stip thans nog één ontwikkeling aan die de komende jaren mede onderdelen van het onderwerp van dit preadvies zullen beïnvloeden, maar die ik thans niet verder kan uitwerken. In veel landen (in het “oude” Europa, waaronder ik versta de Lid-Staten van vóór 2004) is de bestaande insolventiewetgeving matig of onvoldoende toegesneden op een methode van effectieve behandeling van (opeisbare) vorderingen van schuldeisers zonder dat dit leidt tot een (uiteindelijke) liquidatie van het vermogen van de schuldenaar, met als resultaat het behoud van de continuïteit van de bedrijfsactiviteiten. In nagenoeg al deze Europese landen hebben wijzigingen plaatsgevonden of worden deze binnenkort ingevoerd. Uit een vergelijking van enkele recent herziene wetsstelsels (Engeland, Italië, Frankrijk, België, Oostenrijk en Duitsland) trekt de Heidelbergse hoogleraar Pieckenbrock²⁰ de conclusie dat de gewijzigde insolventierechtstelsels in genoemde landen vijf elementen gemeen hebben:

- er zijn procedures waarin de schuldenaar tot handelen bevoegd blijft (“debtor-in-possession”, een typisch kenmerk van de Amerikaanse Chapter 11 procedure);
- de start van een reddings-proces dat eerder in de tijd ligt (bijvoorbeeld bij de Franse regeling van “sauvegarde”: de schuldenaar ondervindt problemen die hij zelf niet kan oplossen), zodat vroegtijdig, vóór het moment dat hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen (vergelijk art. 1 Faillissementswet; Fw) het probleem kan worden aangepakt;
- er is een moratorium (vergelijkbaar met de Nederlandse “afkoelingsperiode” ex art. 63a Fw) die óf van wetswege óf op verzoek van een betrokkene wordt ingesteld (bijvoorbeeld bij de Italiaanse “concordato preventivo” of de Franse “réorganisation judiciaire”);
- er geldt een speciaal beschermingssysteem/zekerheidsrecht voor “nieuw” geld dat ná de opening van de insolventieprocedure beschikbaar wordt gesteld om activiteiten voor de toekomst te financieren;
- enkele van de vergeleken landen kennen inmiddels een “debt for equity swap”, zodat de vordering van een schuldeiser wordt omgezet in een kapitaaldeelname, waartegen de “oude” aandeelhouders zich niet kunnen verzetten.²¹

¹⁹ Vergelijk Elena Cirmizi, Leora Klapper, Mahesh Uttamchandani, *The Challenges of Bankruptcy Reform*, The World Bank Research Observer 2012, Vol. 27, Issue 2, p. 185 e.v.

²⁰ Andreas Pieckenbrock, *Das ESUG – fit für Europe?*, NZI 22/2012. p. 905 e.v.

²¹ Het in november 2012 door het Ministerie van VenJ gepresenteerde “Programma Herijking Faillissementsrecht”, rust op drie pijlers: “modernisering, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en fraudebestrijding.” Zie brief d.d. 27 november 2012 van de Minister van Veiligheid en Justitie aan De Tweede Kamer: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29911-74.html>. Voorzover het zich op behoud van continuïteit van financieel in zwaar weer verkerende bedrijven richt

Het spreekt dat invoering van dergelijke nieuwe mechanismen bijzondere kennis en vaardigheden zullen vergen. Ik laat hier de vraag rusten: “... are insolvency professionals equipped to act and implement the rules, according to its underlying policies? Turbulent times with restless rules require solid and qualified professionals.”²²

16. Reeds in 2002 heb ik bepleit dat behoefte bestaat aan een op de taak van faillissementscurator toegesneden eigen beroeps-, gedrags- en tuchtrecht voor curatoren.²³ Dat is al weer ruim tien jaar terug. Het artikel heeft niet veel reacties opgeleverd, althans reacties die in het openbaar zijn vastgelegd. De toenmalige voorzitter van de advocatenspecialistenvereniging Insolad verzette zich krachtig tegen mijn suggestie om het tuchtrecht op curatoren door een onpartijdige instantie te laten plaatsvinden.²⁴ Maar, zoals Bob Dylan al aangaf: *The Times They Are A-Changin'*: de advocaten-specialisatievereniging Insolad heeft 10 jaar ontwikkeling doorgemaakt, er gelden verplichtingen voor curatoren die in grensoverschrijdende zaken benoemd zijn, de “Europese” politiek heeft onderdelen van het onderwerp op de “Europese” agenda geplaatst, terwijl internationale organisaties als de Wereld bank, United Nations Committee on International Trade Law (UNCITRAL) en de European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) het laatste decennium de importatie van competentie en integriteit van curatoren in faillissementen onderstrepen en niet-bindende maatstaven aanreiken om deze vorm te geven. Al met al voldoende aanleiding om het onderwerp te bespreken, maar ook om het in dit preadvies te beperken op de wijze als hierna aangegeven.

1.5. Indeling van dit preadvies

bevindt het voorstel zich, Europees beschouwd, in de verre achterhoede. Begin mei 2013 zijn nog geen plannen gepubliceerd.

²² Bob Wessels, *Changing Rules: Challenges for the Profession*, in: *European Company Law* 7, issue 2 (2010), p. 42 e.v. (editorial). Terecht observeerde Rolf Stürner, *Das Berufsethos des Insolvenzverwalters in der modernen Markgesellschaft*, *Zeitschrift für Zivilprozess* 2009, p. 265 e.v., dat bestaande Duitse insolventiewetgeving gebaseerd is op functionerende markten, maar niet voldoende is toegesneden op zwak of niet functionerende markten. Hij vroeg zich af (p. 289 e.v.) “...ob die Insolvenzverwalter insoweit auf Kompetenzen pochen sollten, für die das marktgebundene Regelwerk der Insolvenzordnung einfach nicht taugt.”

²³ Zie B. Wessels, *Naar een eigen beroeps-, gedrags- en tuchtrecht voor de faillissementscurator*, *Nederlands Juristenblad (NJB)* 25 januari 2002, jrg. 77, nr. 4, pp. 161-168, alsmede het met mij opgenomen interview (kop: “Faillissementscurator is zwak geregeld ambt”) in de *Ned. Stcrt.* 6 maart 2002, nr. 46.

²⁴ W. Aerts, *Ned. Stcrt.* 1 april 2002, die zich wel voorstander betoonde van een gedetailleerde gedragscode, die nauwkeurig beschrijft op welke wijze een professionele curator een faillissement behoort af te wikkelen.

17. Na deze inleiding geef ik in hoofdstuk 2 eerst een overzicht van de huidige positie van de faillissementscurator in Nederland, teneinde niet direct in “insolventie” geverseerde lezers een beeld te geven van de benoeming als curator, zijn/haar werk en de daarbij optredende problematiek. Ik behandel kort zijn taak, de vereisten voor benoeming als curator, onder welk toezicht hij staat, het honorarium, de regeling van het ontslag en de wijze waarop hij verantwoording aflegt van zijn werk. Onderdeel van dit hoofdstuk is ook de vraag of het zijn van “faillissementscurator” een gewone activiteit is van een advocaat (in Nederland worden nagenoeg altijd advocaten tot curator benoemd) dan wel dat hij een eigen, autonome taak vervult en zo ja, op welke wijze gedrags- en tuchtregels uit de advocatuur op de functie van curator van toepassing zijn. In hoofdstuk 3 komt een drietal internationale niet-bindende regelingen aan de orde, houdende aanbevelingen voor de competentie en integriteit van curatoren (Wereld bank, UNCITRAL en EBRD). Uit deze aanbevelingen zullen voorlopige conclusies worden getrokken. In hoofdstuk 4 zoek ik naar een regionaal georiënteerd reliëf, door een aantal kern-aspecten van het functioneren als curator in België, Duitsland en Engeland te bespreken. Ook hieruit poog ik enkele voorlopige conclusies te trekken, die aanbevelingen inhouden voor het beroep en het gedrag van een faillissementscurator. In hoofdstuk 5 belicht ik, na een korte introductie, één aspect van het “zijn” van curator: onafhankelijkheid, in het bijzonder wat “onafhankelijkheid” betekent en of deze naar huidig recht in Nederland bestaat respectievelijk gewaarborgd is, ten opzichte van de schuldenaar, de rechter, de crediteuren respectievelijk de kantoorgenoten indien betrokkene medewerker of partner is van een advocatenkantoor. In het slothoofdstuk breng ik de ontwikkelde gedachtenlijnen samen en vraag ik mij af of een eerste aanzet tot harmonisatie die (in de woorden van de EP rapporteur Lehne) “..... het concept van nauwere samenwerking tussen curatoren ondersteunen en de vergelijkbaarheid van het beroep [zou] vergroten”, maar in de kern een basis zou moeten vinden in het ontwikkelen van een set van regels dat het vertrouwen van bij een insolventieprocedure betrokkenen alsmede het vertrouwen van de markt in het gehele insolventie-stelsel (zoals in par. 13 aangegeven) niet zou moeten leiden tot een Europese kwalificatie.

2. Faillissementscurator in Nederland

2.1. Taak

18. Voor ik kort inga op de taak van een faillissementscurator eerst enkele kernegevens. Sedert het eind van de vorige eeuw schommelt het aantal uitgesproken faillissementen tussen de 3840 (1999) en 11.235 (2012; historisch het hoogst; 18% meer dan in 2011: 9531), met 10.559 in 2009 (tot 2012 historisch het hoogst) en met 10082 faillissementen in 2004 en 7950 in 2007. Van deze faillissementen zijn er in 2007 omstreeks 70% op verzoek van een crediteur en bijna 30 % op verzoek van de schuldenaar zelf uitgesproken (in 2010 was dit laatste percentage aanmerkelijk hoger: 60%).²⁵

Nederland telt omstreeks 17.000 advocaten. Daarvan wordt ca. 1500 ten minste één keer per jaar benoemd als faillissementscurator. De eerder genoemde advocatenspecialisatievereniging Insolad kent omstreeks 600 (adspirant-)leden.

19. In Nederland is de belangrijkste kenbron voor aard en taak van de curator de wet, in het bijzonder de Faillissementswet uit 1896. Naast de regeling in de Faillissementswet en de betekenis van rechtspraak voor haar uitleg zijn mede van invloed de Richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling 2009. Deze zijn opgesteld door het landelijk overleg van rechters-commissarissen insolventies (Recofa) na overleg met de faillissementscommissie van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) en Insolad, de advocaten-specialistenvereniging. Deze richtlijnen vervangen eerdere versies van 1990, 1997 en 2005.²⁶ Voorts is van belang het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken, waarvan de totstandkoming is geïnitieerd door het Landelijk Overleg van de Voorzitters van de Civiele sectoren van de rechtbanken (LOVC) in samenwerking met het Recofa. Het eerste Procesreglement LOVC is op 1 april 2009 van kracht geworden, terwijl het Procesreglement LOVC, “Tweede versie”, op 1 januari 2013 in werking is getreden. Het Procesreglement geeft in haar considerans aan dat onderdelen van de Recofa-richtlijnen zijn

²⁵ Gegevens via www.cbs.nl. Het aantal surseances per jaar schommelt rond de 500, waarvan er vele – door de ondeugdelijke wettelijke regeling – in een faillissement eindigen. Het aantal aanvragen voor de toepassing van de schuldsaneringregeling natuurlijke personen, die sinds december 1998 in de Faillissementswet is opgenomen, was in 2010 16.643 en in 2011 21.114 waarvan er ca. 17 percent werd afgewezen. Het aantal uitgesproken schuldsaneringsregelingen in 2012 is 11.300, 7% lager dan het jaar ervoor.

²⁶ De tekst is raadpleegbaar via www.rechtspraak.nl, onderdeel Landelijke regelingen (Civiel recht). Zie B.J. Engberts, Recofa dertig jaar: oprichting, betekenis en ontwikkeling, Trema 2010, nr. 1, p. 30 e.v.

overgenomen.²⁷ Op 15 maart 2013 zijn voorts Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseance van betaling gepubliceerd. Op deze “uitgangspunten” kom ik zo terug. Daarnaast heeft Insolad voor haar leden gedragsregels opgesteld. Deze gelden sedert 2004 en zijn in 2011 aangepast.²⁸ Ik geef hieronder kort de status van die regels aan; enkele bijzonderheden daaruit betrek ik in de uitwerking van dit preadvies.

20. Volgens het voorwoord op de Recofa-Richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling 2005 (de “considerans” bij de versie 2009 zegt hier niets over) bevatten de richtlijnen een aantal bepalingen ‘...ter uniformering van het rolbeleid van de faillissementskamers van rechtbanken en algemene instructies aan bewindvoerders en curatoren.’ De juridische status van die Richtlijnen is overigens onduidelijk.²⁹ Naar mijn mening kunnen zij worden beschouwd als een vorm van zelfregulering, te weten door de r-c’s zelf opgestelde voorschriften met betrekking tot de bejegening van verantwoord functioneren van curatoren en bewindvoerders. Aangenomen mag dan ook worden dat een curator zijn handelen op de inhoud van de Richtlijnen 2009 afstemt, dat de Richtlijnen door de rechters-commissaris worden gevolgd en dat de “markt” (schuldeisers; andere belanghebbenden) op hun toepassing mag rekenen. De Richtlijnen zijn het resultaat van rechterlijke afstemming. De vraag rijst of een individuele r-c van die Richtlijnen mag afwijken. Richtlijn 1.5. bepaalt: “De rechtbank kan, indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven, afwijken van de richtlijnen.” Voormalig Insolad-voorzitter prof. Van Hees³⁰ heeft ondervonden dat verschillende rechtbanken op onderdelen van de richtlijnen afwijken en alternatieve voorstellen formuleren. Zijns inziens komt de beoogde uniformiteit daarmee in het gedrang. Een dergelijke

²⁷ Welke dat zijn wordt in Transponeringstabellen aangegeven. Ik wijs verder op het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven, geïnitieerd door het Landelijk Overleg van de Voorzitters van de Civiele sectoren-Hoven (LOVC-H) in samenspraak met de Nederlandse Orde van Advocaten samengesteld. De vierde versie dateert van april 2013. De beide procesreglementen beginnen de omvang van de Faillissementswet zelf aardig te naderen.

²⁸ Zie www.insolad.nl/praktijkregels.html. Zie Bijlage I. De belangrijke nova uit 2011 zijn praktijkregel 3.5, 4.3, 8.1 en 11. De nieuwe regels beogen “... dat een curator zich – kort gezegd – altijd correct gedraagt”, aldus R. Mulder, in dat jaar voorzitter Insolad, TvI 2011/5 – Nieuwsbrief, p. 49.

²⁹ Het meest waarschijnlijk lijkt dat de Richtlijnen zogenoemde “rechtersregelingen” zijn. I. Giesen, Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen, Preadvies NJV 2007, behandelt wel ‘rechtersregelingen’ (o.m. landelijke rolreglementen en de “Recofa aanbevelingen”, hoewel deze per 1 januari 2005 Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen worden genoemd), maar noemt de Richtlijnen 2005 niet. Zie ook K. Teuben, Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht, diss. Leiden 2004.

³⁰ J.J. van Hees, De integere curator, in: I.P. Asscher-Vonk, Onderneming en integriteit. Serie Onderneming en recht. Deventer: Kluwer 2007, p. 153 e.v.,

benadering gaat ten koste van efficiëntie, maar is mijns inziens ook rechtens niet verdedigbaar, tenzij in bijzondere omstandigheden de afwijking wordt gemotiveerd.³¹ De Richtlijnen 2009, voortgekomen uit overleg tussen rechters-commissaris, spelen dus slechts in bescheiden mate een uniformerende rol.³² In de considerans van het Procesreglement LOVC (tweede versie, januari 2013) wordt opgemerkt: “Met het ontwikkelen van het procesreglement is beoogd een verdere bijdrage te leveren aan het harmoniseren van de werkwijze en werkprocessen van de verschillende rechtbanken in verzoekschriftprocedures in insolventiezaken. Hierbij is het belang van de justitiabele vooropgesteld. Daarnaast is gestreefd naar een zo goed mogelijke interne werkbaarheid.” Deze justiciabele kan zijn de schuldeiser die het faillissement aanvraagt, de debiteur die dit zelf doet, degene die verzet pleegt e.d. De vraag of deze niet zelden botsende belangen in één reglement kunnen worden gevangen laat ik buiten beschouwing. Wat met “interne werkbaarheid” wordt bedoeld wordt niet toegelicht, waardoor niet kan worden nagegaan of dat doel wel past in een dergelijk reglement.

21. Indien een schuldenaar wordt failliet verklaard houdt het vonnis tot faillietverklaring onder meer in de aanstelling van één of meer curators, zie art. 14 lid 1, eerste zin, Fw. Volgens art. 68 lid 1 Fw is de curator belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Dit geschiedt onder toezicht van de rechter-commissaris, zie art. 64 Fw: “De regel is: (dat) de curator alleen *beheert* en *vereffent*; de rechter-commissaris houdt *uitsluitend toezicht*.”³³ Ten aanzien van de boedel blijft de gefailleerde schuldenaar (de rechtspersoon of – soms – een natuurlijk persoon) de rechthebbende. Door de faillietverklaring verliest hij echter van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen, zie art. 23 Fw. Het beheer daarover komt toe aan de faillissementscurator, die de bestanddelen van de boedel moet bijeenbrengen en bijhouden, beheren en – behoudens ingeval van het totstandkomen van een faillissementsakkoord – vereffenen. Onder de beheerstaak van de curator vallen ook het instellen van een actie tot vernietiging van vóór het

³¹ Zo ook Teuben, a.w., p. 123 e.v.

³² Voorts speelt hierbij de vraag of “rechtbank” in Richtlijn 1.5 ook de rechter-commissaris omvat, die in diverse overige richtlijnen als zodanig wordt geadresseerd, en of een werkgroep van rechters wel als een soort pseudo-wetgever kan optreden en regels kan stellen die op weinig transparante gronden worden opgesteld en op even weinig duidelijke gronden terzijde kunnen worden gesteld, in het bijzonder regelingen die een aanvulling op wetsvoorschriften uit de Faillissementswet lijken te geven, zoals ten aanzien van vorm en inhoud van verslagen en tijdsregistratie.

³³ Zie het Regeringsantwoord, in: G.W. van der Feltz, Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel II (1897); Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht; Deel 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (“Van Der Feltz II (1897)”), p. 2 (de cursiveringen komen voor in de desbetreffende kamerstukken),

faillissement door de schuldenaar verrichte (al dan niet onverplichte) rechtshandelingen (actio Pauliana; art. 42 e.v. Fw), het instellen van een schadevergoedingsactie ten gunste van de schuldeisers indien een schuldeiser of een derde de (andere) schuldeisers van de gefailleerde heeft benadeeld³⁴ of het instellen van een vordering jegens de bestuurder van de failliete vennootschap, die persoonlijk voor het boedeltekort aansprakelijk wordt gehouden, zie art. 2:138/248 BW (gewoonlijk aangeduid met bestuurdersaansprakelijkheid). Het resultaat van deze acties komt aan de boedel toe, hoewel de drie genoemde rechtsvorderingen zelf niet aan de schuldenaar toekwamen.

22. Art. 68 Fw beoogt een algemene regeling te geven van de taak van de faillissementscurator.³⁵ De algemene beheerstaak van de curator valt uiteen in de volgende activiteiten:

(a) vergaren van de boedel en de activa die daartoe horen ‘verzamelen’, waaronder mede te begrijpen het ‘reconstrueren’ van de boedel, bijvoorbeeld via het door middel van het instellen van een actio Pauliana in de boedel terugbrengen van daaraan onttrokken bestanddelen;

(b) bewaren van de boedel en ervoor zorgen dat er geen vermogensbestanddelen verdwijnen;³⁶

(c) beschrijven van de boedel, alsmede waarderen van haar bestanddelen, zie art. 94 en art. 95 lid 1 Fw, en

(d) het opmaken van een staat van baten en schulden, waaruit aard en bedrag van de baten en de schulden van de boedel blijken, alsmede de identiteit van de schuldeisers en het bedrag van hun vorderingen, zie art. 96 Fw.

Deze laatste activiteit is de opmaat voor de ex art. 68 Fw door de curator te verrichten taak van de vereffening (ook wel: liquidatie), dat is het proces van tegeldemaking van de boedel en het verdelen van de opbrengst daarvan onder de daartoe vastgestelde gerechtigden, op grondslag van een door de curator opgestelde (slot-)uitdelingslijst en het uitkeren aan schuldeisers conform deze lijst.³⁷

³⁴ Vergelijk HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597, bekend onder de namen van betrokken partijen: de Peeters/Gatzen-vordering.

³⁵ In deze woorden HR 28 juni 1985, NJ 1986, 37.

³⁶ Zie onder meer art. 92 Fw, dat de curator verplicht dadelijk na aanvaarding van zijn benoeming ‘door alle nodige en gepaste middelen’ de boedel te bewaren.

³⁷ Zie nader Wessels Insolventierecht VII, 3e druk, 2010.

23. Zoals ik al aangaf, wordt sinds jaar en dag in de praktijk bijna zonder uitzondering een advocaat tot curator benoemd.³⁸ In omvangrijker gevallen kunnen ook twee curatoren benoemd worden, een situatie die ik verder onbesproken laat.³⁹

24. In de praktijk van de laatste twee decennia heeft telkens meer opgang gekregen de tendens om iemand te curator te benoemen die lid is van de in 1991 opgerichte Vereniging Insolventierecht Advocaten (Insolad). Voor het volwaardig lidmaatschap van Insolad komen in aanmerking advocaten die gedurende ten minste zeven jaren als advocaat zijn ingeschreven, gedurende de drie jaren voorafgaand aan de aanvraag gemiddeld tenminste 400 voor vergoeding in aanmerking komende uren per jaar hebben besteed aan insolventierecht en een (door het bestuur goedgekeurde) opleiding hebben genoten en deskundigheid bezitten op dat rechtsgebied. Zoals ik al heb aangegeven kent Insolad “Praktijkregels voor Curatoren”, die in 2004 door de ledenvergadering zijn goedgekeurd en in 2011 zijn aangepast. Zie bijlage A. Met de vaststelling van de Praktijkregels beoogt het bestuur van Insolad de verdere professionalisering en kwaliteitsverbetering van de beroepsuitoefening door haar leden te bevorderen. De regels worden door Insolad zelf gezien als “.... richtinggevend. Zij vertegenwoordigen datgene wat in brede Insolad-kring als juist wordt beleefd.”⁴⁰ De Praktijkregels hebben rechtens echter geen bindend karakter.

³⁸ De wetgever gaat er overigens vanuit dat ook een deurwaarder tot curator kan worden benoemd. Zie art. 20 lid 1 Gerechtsdeurwaarderswet, waarin is aangegeven dat een gerechtsdeurwaarder andere dan ambtswerkzaamheden kan verrichten “...indien dit de goede en onafhankelijke vervulling van zijn ambt, dan wel het aanzien daarvan, niet schaadt of belemmert.” Art. 20 lid 3 Gerechtsdeurwaarderswet. staat toe bij AMvB het verrichten van bepaalde nevenwerkzaamheden te verbieden, tenzij dit betreft (art. 20 lid 3 onder b): het optreden als curator of bewindvoerder. Eind 2012 is verdedigd dat ook een notaris, die zich in het insolventierecht heeft bekwaamd, zeer wel geschikt kan zijn om als curator te worden benoemd, zie A.M.Th. Rothfus, De notariële curator, Tijdschrift voor Insolventierecht (TvI) 2012, p. 145 e.v.

³⁹ Meer recent bijvoorbeeld in de faillissementen van KPNQwest (twee advocaten), Van Der Hoop Bankiers (advocaat en accountant), BenQ Mobile Holding (twee advocaten), Landsbanki (advocaat en accountant), DSB bank (oorspronkelijk een advocaat en een voormalig bankier) en Lehman Brothers Treasury (twee advocaten). Het uitgangspunt van art. 70 Fw is dat bij de aanstelling van meerdere curatoren zij gezamenlijk bevoegd zijn.

⁴⁰ De Insolad-website meldt: “Dit zijn ‘best practice rules’ die beogen de witte vlekken waar noch de wet noch jurisprudentie richting geven in te vullen. Daarbij is op de eerste plaats aansluiting gezocht bij wat in kringen van curatoren als ‘beheersend leer’ [lees ‘de heersende leer’?; Wess.] geldt. Op punten waarbinnen die kringen meerdere opvattingen bestaan is – in de meeste gevallen na uitvoerige discussie – een knoop doorgehakt en is in het algemeen gekozen voor de oplossing die een zo breed mogelijke basis binnen de kring van curatoren heeft en die bovendien de meeste aansluiting heeft met de regels waarover binnen die kring wel in overwegende mate overeenstemming bestaat. Dat laatste is ook richtsnoer geweest daar waar regels zijn geformuleerd op gebieden waarover geen duidelijk herkenbare opvattingen bestaan. De Praktijkregels beogen richting te geven. Ze hebben uitdrukkelijk niet een dwingend karakter.”

25. In 2007 is in de rechtspraak de juridische betekenis van de Praktijkregels aan de orde gesteld. In een arrest uit 2007 spreekt de Hoge Raad een rechtsoverweging uit: “Los van de door het hof mede in aanmerking genomen juridische status van die praktijkregels,”,⁴¹ zulks naar aanleiding van het oordeel van Hof Leeuwarden in een arrest uit oktober 2006 dat “... de juridische reikwijdte van die regels onduidelijk is”.⁴² Het Hof benadrukt dat de Toelichting op de Praktijkregels aangeeft dat deze een vastlegging zijn van wat in kringen van curatoren als heersende leer geldt en van de gebruikelijke normen en waarden die curatoren in hun werk toepassen. Het oordeelt vervolgens:

“Dat acht het hof juist, maar niet juist acht het de door Tycho daaraan verbonden gevolgtrekking dat de praktijkregels gezien kunnen worden als een soort gewoonterecht en dat zij een invulling geven aan de zorgvuldigheidnorm van artikel 6:162 BW. In de praktijkregels kunnen (en zullen) zeker normen voorkomen die ook als rechtens geldend moeten worden beschouwd, maar die gelding ontleen zij niet aan de praktijkregels doch aan de in de samenleving heersende rechtsopvattingen omtrent hetgeen maatschappelijk betamelijk is. Regels die door curatoren gebruikelijk worden nageleefd (wat nog niet eens noodzakelijkerwijs impliceert dat ze door curatoren ook als rechtsregels gezien worden), kunnen niet uit dien hoofde gelden als algemene rechtsregels die ook derden (zoals bijvoorbeeld Fisser B.V.) zich moeten laten tegenwerpen en waaraan ook derden (zoals bijvoorbeeld Tycho) rechten kunnen ontleen. De inhoud van de praktijkregels kan dan ook niet meer en zal soms aanmerkelijk minder zijn dan een aanwijzing voor wat een curator rechtens heeft te doen of na te laten.”

26. De genoemde Praktijkregels kennen tien hoofdstukken. Hoofdstuk 1 (‘Grondbeginselen’) geeft de deontologie van een curator aan:

De curator moet:

- “- zich jegens alle belanghebbenden integer gedragen; integriteit omvat eerlijkheid en betrouwbaarheid;
- streven naar objectiviteit in zijn oordeelsvorming;
- onafhankelijk zijn en zich primair laten leiden door de belangen van de boedel en voorts door die belangen die een prudent handelend curator zich mede behoort aan te trekken;
- zijn werkzaamheden zorgvuldig, vakkundig en doelmatig uitvoeren met inachtneming van de professionele deskundigheid die van hem mag worden verwacht;

⁴¹ HR 22 juni 2007, LJN: BA2511; JOR 2007/222, nt. Van Hees; NJ 2007, 520, nt. PvS.

⁴² Hof Leeuwarden 26 oktober 2006, JOR 2006/22, nt. Steneker. Zie ook Rb. Almelo 18 oktober 2006, JOR 2007/56; NJF 2007, 169, met hoger beroep bij Hof Arnhem 11 september 2007, LJN: BB8620; JOR 2007/316, nt. Bartman.

- zich fatsoenlijk en respectvol gedragen jegens een ieder met wie hij, in de uitoefening van de aan hem opgedragen taak, handelt.”

27. De vereniging kent sedert 2009 een “lichte vorm van klachtrecht”⁴³ dat is neergelegd in een Toetsingsreglement, dat met ingang van 1 september 2009 in werking is getreden. Het faciliteert toetsing van het gedrag van haar leden, evenwel zonder vorm van sanctionering en/of handhaving van de regels. Daar waar de positie van een bewindvoerder in surseance niet fundamenteel verschilt van die van een curator meent Insolad dat ook bewindvoerders de Praktijkregels als richtsnoer voor hun handelen kunnen hanteren. Met de toepassing van het ‘klachtrecht’ bestaat nog weinig ervaring. Eind 2012 zijn mij slecht enkele zaken bekend.⁴⁴

28. Het stelsel van de wet brengt mee dat de curator zijn taak ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren verricht. Bij het beheer richt hij zich op het (verhaals)belang van de gezamenlijke schuldeisers en streeft hij naar een maximale opbrengst ter verdeling onder die schuldeisers, overeenkomstig ieders gerechtigdheid. De curator richt zich niet op de belangen van afzonderlijke schuldeisers, maar het is zijn taak “de belangen van de gezamenlijke bij het faillissement betrokken schuldeisers te behartigen”.⁴⁵ Al meer dan honderd jaar geldt de regel dat de handelingen van de curator de afwikkeling van het faillissement dienen in die zin, dat gelijkmatig, dit is overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak, “...worden behartigd alle daarbij betrokken belangen en tot het meeste voordeel des boedels.”⁴⁶ De curator heeft zich te richten naar die gezamenlijkheid van belangen en niet naar de belangen van specifieke schuldeisers, zoals bijvoorbeeld de belangen van werknemers of de belangen van aandeelhouders. Het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst impliceert logischerwijs een kostenbewust handelen van de curator, waarbij niet dan met duidelijke noodzaak (boedel)kosten worden gemaakt. Hij dient spoedige beëindiging van een huurovereenkomst na te streven, continuering van fax-, telefoon- en e-mailaansluitingen moet rap worden overwogen, administratie op lap-tops of in de “cloud” dienen te worden zekergesteld en – indien het bedrijf niet wordt voortgezet – overeenkomsten met leveranciers moeten zo mogelijk spoedig worden beëindigd en arbeidsovereenkomsten opgezegd.⁴⁷

⁴³ Aldus bestuur Insolad, TvI-Nieuwsbrief 2009, p. 19.

⁴⁴ Over deze door hem zo genoemde “verlichte vorm van verenigingstuchtrecht” H. Dulack, De ondernemende curator en het klacht- en tuchtrecht, in: J.G. Princen en A. van der Schee (red.), De Ondernemende Curator, INSOLAD Lustrumbundel 2011, Deventer: Kluwer, 2011, p. 321 e.v., i.c. p. 326 e.v.

⁴⁵ Zie HR 23 december 1994, NJ 1996, 628.

⁴⁶ Zie HR 21 januari 1910, W 8970, en in dezelfde zin reeds HR 30 maart 1906, W 8356.

⁴⁷ De taak van een faillissementscurator wijkt op essentiële onderdelen af van die van de bewindvoerder bij de surseance van betaling of die van de bewindvoerder gedurende de toepassing van

29. Bij de uitoefening van zijn taak ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers dient een faillissementscurator te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De Hoge Raad voert voor deze eigen, op de faillissementscurator toegespitste norm aan dat (a) een faillissementscurator bij het vervullen van zijn taak als curator optreedt en niet als beoefenaar van een beroep, en dat (b) de curator niet in een contractuele betrekking staat tot diegenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd. Zie het bekende arrest van de Hoge Raad uit 1996, waarin de stelling wordt verworpen, dat de aan een faillissementscurator te stellen zorgvuldigheidsnorm in beginsel gelijk is aan die welke geldt voor advocaten en vergelijkbare beroepsbeoefenaren ('de redelijk bekwame en de redelijk handelend beroepsbeoefenaar'). De Hoge Raad: "Zij miskent vooreerst dat een curator, ook al beoefent hij het beroep van advocaat of een daarmee vergelijkbaar beroep, bij het vervullen van zijn taak als curator niet optreedt als beoefenaar van dat beroep. Voorts miskent die stelling dat de curator, anders dan de beoefenaar van een beroep als dat van advocaat, niet in een contractuele betrekking staat tot diegenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd, alsmede dat hij bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen lijden – óók rekening hoort te houden met belangen van maatschappelijke aard. Deze bijzondere kenmerken van de taak van de curator brengen mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd". De Hoge Raad geeft vervolgens zijn invulling aan deze, op de taak van de curator afgestemde norm: "Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht".⁴⁸ Het veel beroering gevende vraagstuk van de aansprakelijkheid van een curator (in zijn kwaliteit als curator dan wel privé, pro se) heb ik elders behandeld. Ik laat het hier rusten.⁴⁹

de schuldsaneringsregeling, hetgeen samenhangt met de verschillen in het doel van het desbetreffende rechtsinstrument. Ik ga op de laatste figuren niet in.

⁴⁸ HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (*Maclou*).

⁴⁹ Vergelijk B. Wessels, Aansprakelijkheid met mate bij ondernemingsvoortzetting door de bewindvoerder in het voorontwerp insolventierecht, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, BW-krant jaarboek 24, Deventer: Kluwer 2008, p. 179 e.v.; Wessels *Insolventierecht IV*, 3^e druk, 2010, par. 4243 e.v.; B. Wessels, *Verantwoorde ondernemingsvoortzetting in faillissement*, in: J.G. Princen en A. van der Schee (red.), *De Ondernemende Curator*, INSOLAD Lustrumbundel 2011, Deventer: Kluwer, 2011, p. 17 e.v.

2.2. Vereisten voor aanstelling als curator

30. Art. 14 lid 1 Fw behelst niets meer dan dat het faillissementsvonnis de aanstelling inhoudt “van een of meer curators”. De wet bepaalt niets over bijvoorbeeld wijze van selectie van een kandidaat, aanwezige beroepskwalificaties, ervaring, geschiktheid of onafhankelijkheid. Hoewel de tekst in de wet zwijgt vallen er echter wel enige aanwijzingen te putten uit de parlementaire geschiedenis. In het vroegere, vóór 1896 geldende art. 787 Wetboek van Koophandel (WvK) was bepaald dat de curator bij voorkeur zou worden gekozen uit de schuldeisers. Bij de invoering van de huidige Faillissementswet wordt dit evenwel niet voor wenselijk gehouden: “De curator moet voor alles een onpartijdige of liever nog een boven de partijen (schuldenaar en schuldeisers) staande persoon, en daarbij iemand van rechtsgeleerde kennis, wezen”, aldus de Memorie van Toelichting bij art. 74 Fw (inzake de commissie uit de schuldeisers), daaraan toevoegend: “Aan dien dubbelen eisch zullen de schuldeisersniet dan hoogst zelden voldoen”.⁵⁰ De bedoeling van de wetgever was derhalve, kortweg: onpartijdigheid en aanwezigheid van rechtsgeleerde kennis. Maar daarnaast “.... wordt de curator ondersteld genoegzame kennis van boeking en handelsbedrijf te hebben”.⁵¹ Uit de meer dan honderd jaar oude parlementaire geschiedenis is ook nog op te maken dat de benoeming van de griffier van de rechtbank tot curator als niet wenselijk werd beschouwd, maar dat is afgezien van een bepaling houdende de onverenigbaarheid van bepaalde beroepen met het curatorschap: “Zonder gevaar kan ten deze de vrije beslissing aan den rechter worden gelaten”.⁵²

31. In het laatste decennium is de praktijk gegroeid, en thans vaker voorkomend (naar verluidt, want tot medio maart 2013 was weinig hierover openbaar) dat ter (faillissements-)griffie van de rechtbank lijsten worden gehouden van personen die als curator zouden kunnen optreden. Deze personen zijn gewoonlijk in het desbetreffende arrondissement ingeschreven, veelal als insolventierechtelijk gespecialiseerde advocaten. Criteria voor de mogelijkheid om als kandidaat op een dergelijke lijst te komen dan wel voor de wijze van kiezen van een bepaald persoon om deze aan te stellen als curator in een bepaald uit te spreken faillissement zijn eerst onlangs (maart 2013; zie hieronder) gepubliceerd. In de praktijk lijkt de lijn te worden gevolgd dat bij een faillissement vaak de curator erbij wordt gezocht wiens kwaliteiten het best ten behoeve van een vlotte afwikkeling van het faillissement tot hun recht kunnen komen, bijvoorbeeld de aan- of afwezigheid van specifieke branchekennis, de onbevangenheid om in specifieke sectoren (IT, bouw, horeca, transport)

⁵⁰ Zie Van Der Feltz II (1897), p. 20.

⁵¹ Zie nota-Levy, Van Der Feltz II (1897), p. 11

⁵² Zie Rapport aan de Koningin-regentes, Van Der Feltz II (1897), p. 10.

zijn weg te vinden, specifieke wetenschappelijke kwaliteiten indien in een boedel gecompliceerde juridische vraagstukken te verwachten zijn en de beschikbaarheid al dan niet voor langere tijd (en al dan niet met kantoorondersteuning, waarbij collega's het advocatenwerk kunnen overnemen c.q. bij te verwachten omvangrijk curatorenwerk ondersteuning kunnen bieden). De laatste jaren speelt tevens een rol de bereidheid van de desbetreffende kandidaat (diens kantoor) om ook aanstellingen als bewindvoerder in schuldsaneringszaken te aanvaarden. Deze zaken kenmerken zich echter door een geheel eigen problematiek (natuurlijke personen die door verschillende oorzaken diep in de schulden zijn geraakt), lopen langdurig (vaak ten minste drie jaar met maandelijks uitwisseling van tal van gegevens) en kennen een bescheiden honorering in vergelijking met die in faillissementszaken.

32. Het verwondert niet dat in de insolventiepraktijk onvrede bestaat met de wijze van benoeming van een curator. De gedachte leeft dat het de kwaliteit van de faillissementsafwikkeling ten goede komt indien omtrent het benoemingsbeleid meer transparantie zou bestaan.⁵³ Oud-Insolad voorzitter Van Hees meldt dat de voorwaarden voor benoeming per arrondissement grote verschillen vertonen of soms geheel onbekend zijn.⁵⁴ De Amsterdamse rechtbank schijnt met lijsten te werken die zijn gerangschikt op ervaring: “Lijst 4’ is de zwaarste, die komt tevoorschijn bij grote faillissementen.”⁵⁵ Hierna stip ik nog de honorering van een curator aan (kortweg: indien er geen actief in de boedel is (er is een “lege” boedel), ontvangt de curator geen honorering). Dit element speelt mede een rol bij een benoeming: “We verdelen ook de pijn van de lege boedels, maar dat is eigenlijk een onzuiver element”, aldus terecht de Amsterdamse rechter-commissaris Mincke Melissen.⁵⁶

33. Uit enkele hierna aan te halen uitspraken blijkt dat een aantal rechtbanken een benoemingen-beleid heeft ontwikkeld en dit (soms) ook publiceren op www.rechtspraak.nl. De toenmalige voorzitter van Recofa gaf aan dat de algemene tendens bij dit beleid is “..... dat hogere eisen aan curatoren worden gesteld om voor benoeming in aanmerking te komen alsook dat het aantal te benoemen curatoren beperkt is”, hetgeen naar zijn overtuiging “.... de

⁵³ Zie F.W. Udo, TvI 1999/8, p. 185 e.v. (verslag Insolad-workshop ‘Rechter-Commissaris en Curator’).

⁵⁴ J.J. van Hees, De integere curator, in: I.P. Asscher-Vonk e.a., Onderneming en integriteit, Serie Onderneming en Recht. Deel 39, Deventer: Kluwer 2007, p. 153 e.v. Voor een geschil tussen rechtbank en advocaat omtrent toekomstige benoemingen als curator, zie Vzng. ’s-Gravenhage 18 maart 2010, LJN: BL8063; RI 2010, 44, waarover Vriesendorp, TvI 2010, p. 83 e.v.

⁵⁵ Aldus Robert van Galen, voorzitter Insolad, interview NRC Handelsblad 28 december 2012.

⁵⁶ Zie interview in Het Financieele Dagblad 2 november 2012 (“Rechtbank moet de pijn van lege boedels verdelen”).

kwaliteit van zowel de afwikkeling van het faillissement als het toezicht daarop ten goede is gekomen.”⁵⁷

34. Ik vertrouw de lezer toe dat ik medio maart 2013, bij het uitwerken van het concept van dit preadvies, schreef: Het voert te ver om hier mijn twijfels over de legitimiteit van een dergelijk beleid aan te roeren⁵⁸, maar het is duidelijk dat het hoogst onbevredigd is: de criteria voor “toelating” op de lijst zijn meestal onbekend; onduidelijk is of zij eenzijdig door een rechtbank worden vastgesteld dan wel in overleg met de mogelijke kandidaten voor het curatorschap; de criteria zijn per arrondissement verschillend; het rechtskarakter van de beslissing om een persoon niet op de lijst te plaatsen is onduidelijk, hetgeen ook geldt voor de mogelijkheid om tegen een beslissing (tot niet-toelating; tot “schrapping” van de lijst) bezwaar aan te tekenen en zo ja, welke de rechtsgang daarbij is en welke maatstaf voor al dan niet schrapping wordt gebruikt.⁵⁹

⁵⁷ B.J. Engberts, Recofa dertig jaar: oprichting, betekenis en ontwikkeling, Trema 2010, nr. 1, p. 30 e.v., i.c. p. 32 e.v.

⁵⁸ De regeling in de Faillissementswet ziet alleen op “aanstelling” van een curator in een individueel faillissement, art. 14 lid 1 Fw. De wet bepaalt niets omtrent een vorm van voor-selectie. De “schrapping” van een “voor-selectie-lijst” is geen “ontslag” als bedoeld in art. 73 Fw en kan evenmin een daad van “toezicht” zijn, welke door de r-c (niet de rechtbank) wordt uitgeoefend ten aanzien van het beheer en de vereffening van een failliete boedel. Deze geschiedt immers ex post in één concrete zaak.

⁵⁹ De beslissing tot schrapping kan “binnen zekere grenzen” worden beoordeeld door de burgerlijke recht, aldus Vznr. Rb. ’s-Gravenhage 18 maart 2010, LJN: BL8063; JOR 2011/156; RI 2010. 44. R.D. Vriesendorp, De curator en de rechter: soms net (geen) egeltjes, TvI 2010, p. 83 e.v., hekelt de delicate afhankelijkheidsrelatie tussen rechtbank en curator en verdedigt dat de curator bij schrapping van de lijst recht heeft op een billijke beeindigingsvergoeding, tenzij schrapping voortvloeit uit wezenlijk verkeerd gedrag. Van Hees, Toezicht op de rechter-commissaris, TvI 2010, p. 159 e.v., stelt dat het toezicht op de r-c niet bij de rechtbank, maar door een aangrenzende rechtbank moet worden gelegd, een voorstel dat W.A.H. Melissen, Toezicht op toezicht, TvI 2011, p. 26 e.v. (met naschrift Van Hees, TvI 2011, p. 27) ondoordacht noemt. Genoemde Voorzieningenrechter gebruikte als norm dat de rechtbank in redelijkheid niet tot schrapping heeft kunnen komen. Vznr. ’s-Gravenhage (een andere persoon) 20 januari 2011, LJN: BP1492, oordeelt dat de beslissing van de rechtbank Breda tot schrapping “niet onmiskenbaar onrechtmatig” jegens de geschrapte is. Vznr. ’s Gravenhage (weer een andere persoon) 11 oktober 2012, LJN: BY 5154; RI 2013/20, beslist dat het gevoerde beleid zelf niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt en dat in casu de schrappingsbeslissing niet “onredelijk en daarmee onrechtmatig” is. In hoger beroep bekrachtigt door Hof ’s-Gravenhage 7 mei 2013, LJN: BZ8988. Zie voor een geval waarin de curator is ontslagen en de desbetreffende rechtbank beslist hem ook niet meer te willen benoemen als curator in andere faillissementen ook HR 27 september 2002, LJN: AE5150 (81 RO-zaak).

35. Op 15 maart 2013 zijn de “Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling” gepubliceerd.⁶⁰ De “uitgangspunten” hebben betrekking op de plaatsing op de lijst van curatoren en bewindvoerders en de toets die daarbij door de rechtbank wordt toegepast, opbouw en evaluatie van kwaliteit, de beëindiging van de plaatsing op de curatorenlijst (bijvoorbeeld bij wisseling van kantoor), en een regel voor een evenwichtige verdeling van benoemingen. De tekst is in Bijlage B opgenomen. In het Voorwoord wordt expliciet vermeld dat het document uitgangspunten formuleert voor het toelaten tot of verwijderen van “advocaten” van de curatorenlijst, over benoeming in individuele faillissementen en over door rechtbanken in te zetten kwaliteits- en controle-instrumenten: “Het gaat om uitgangspunten, niet om dwingende voorschriften en evenmin om (bindend) beleid. Het is niet de intentie met deze uitgangspunten het staande benoemingenbeleid te doorbreken doch slechts hieromtrent meer duidelijkheid te verschaffen. Dit document wil landelijke uitgangspunten verwoorden, maar kan niet uitsluiten dat de specifieke omstandigheden in een arrondissement aanleiding geven tot afwijkingen. Aan dit document kunnen geen rechten worden ontleend.” De uitgangspunten zijn ontwikkeld door Recofa, goedgekeurd door het LOVCK en tot stand gekomen in overleg met de Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD). De beperking tot “advocaten” kan slecht steunen op een door de jaren gegroeide praktijk. De Faillissementswet biedt geen grondslag voor een dergelijke beperking. Kennelijk worstelen de auteurs ook met de legaliteit van hun document. Er kunnen “geen rechten” aan worden ontleend, omdat een basis in de Faillissementswet ontbreekt? De tekst is alleen met INSOLAD afgestemd, maar is deze besloten club voldoende representatief om alle mogelijk benoembare curatoren te vertegenwoordigen? Is ook rekenschap gegeven aan de opvatting, in het bijzonder na de invoering dit jaar van de Wet herziening gerechtelijke kaart en de daarbij beoogde bevordering van uniforme rechtstoepassing in de rechtspraak, dat “binding” van een rechter aan dergelijke regelingen diens “onafhankelijkheid” aantast, althans in de opvatting van hen die verdedigen dat bedoelde binding stuit op bezwaren van grondwettelijke en andere aard.⁶¹

36. Ik betwijfel of – zoals de uitgangspunten aangeven – bij selectie van een curator mag worden acht geslagen op de omvang van het kantoor (in verband met het aanwezig zijn van

⁶⁰ Althans zij zijn gedateerd 15 maart 2013; de auteurs zijn R.A. Boon, M. Jansen, R.J. Verschoof, R. Kruisdijk en P. J. Neijt. Zij zijn alle rechter in faillissementszaken. Deze Recofa-uitgangspunten zijn raadpleegbaar via www.rechtspraak.nl, onderdeel Landelijke regelingen (Civiel recht).

⁶¹ P.T.T. Bovend’Eert, Uniforme rechtstoepassing, Trema januari 2013, p. 5 e.v., noemt bepalingen uit de Grondwet en de Wet AB, de Wet RO, terwijl het betrekken van niet-rechterlijke gremia bij rechtersregelingen (zoals leden van gerechtsbesturen of leden van de Raad voor de Rechtspraak) uit een oogpunt van rechterlijke onafhankelijkheid niet verantwoord acht, onder verwijzing naar art. 117 Gw en at. 6 EVRM.

voldoende “delegatiemogelijkheden” aan faillissementsmedewerkers) en of de rechtbank een maximum mag stellen aan het aantal benoembare curatoren per kantoor. De kwaliteit van de te benoemen curator wordt kennelijk opgeofferd aan een marktmechanisme met het uitgangspunt dat de rechtbank tracht de op de curatorenlijst geplaatste curatoren zodanig regelmatig te benoemen dat zij in staat zijn hun ervaring en kennis op peil te houden, maar een persoon een benoeming kan onthouden in verband met het aantal faillissementen waarin kantoorgenoten reeds zijn benoemd. Deze methodiek van benoeming heeft geen enkele basis in de wet. Ik laat nu daar de vraag of de rechtbank wel een evaluatiegesprek met “ieder kantoor” kan houden en of een rechter tot het doen van een evaluatie voldoende geëquipeerd is. Het verwoorde uitgangspunt in genoemde Recofa-uitgangspunten, te weten “dat vertrouwen essentieel is in de toezichtrelatie tussen rechter-commissaris en curator” lijkt me niet onjuist, maar het is te beperkt. Het woord schuldeiser komt in het hele “uitgangspunten”-stuk niet voor. De auteurs geven aan dat bij de ontwikkeling van deze uitgangspunten tevens aandacht is gegeven aan de vraag of het benoemingenbeleid van de rechtbanken wordt beheerst door (Europese) aanbestedingsregels: “Na voorlichting is geconstateerd dat de uitgangspunten niet in strijd zijn met Europees of nationaal aanbestedingsrecht”. Het valt niet te controleren, want het document waarop deze voorlichting steunt is niet bijgevoegd. Met het oog op het verloop van dit preadvies voeg ik hier vast toe dat uit het stuk niet blijkt dat kennis is genomen van internationale standaarden omtrent benoeming van curatoren. Ik denk bijvoorbeeld (ik ga er in hoofdstuk 4 verder niet op in) aan Richtlijn 4, leden 2 en 3, van de door de Spaanse hoogleraar Virgós en mij in 2007 ontworpen “European Communication and Cooperation Guidelines For Cross-border Insolvency” (ook aangeduid als “CoCo Guidelines”).⁶² Richtlijn 4 (die mede op verzoek van betrokken rechters uit België, Duitsland en Nederland is opgenomen) luidt:

“Guideline 4 Liquidator

4.1. A liquidator is any appointed person or body whose function is to administer or liquidate assets of which the debtor has been divested or to supervise the administration of its affairs, either in reorganisation or in liquidation proceedings.

4.2. A liquidator is required to act with the appropriate knowledge of the EC Insolvency Regulation and its application in practice.

⁶² European Communication and Cooperation Guidelines For Cross-border Insolvency, zie: <http://www.insol.org/INSOLfaculty/pdfs/BasicReading/Session%205/European%20Communication%20and%20Cooperation%20Guidelines%20for%20Cross-border%20Insolvency%20.pdf>. Zie voor de tekst ook Bijlage 23 in T&C Insolventierecht, 8^e druk, 2012 en mijn eigen site, www.bobwessels.nl, weblog; 2007-09-doc1.

4.3. A liquidator is required to act honestly, objectively, fairly and expeditiously in dealing with all parties concerned, including the courts.”⁶³

Het mogelijke verweer dat alleen de huidige praktijk (niet bindend) is gecodificeerd komt me mager voor.

37. Terug naar de situatie van alledag. De Recofa-richtlijnen 2009 gaan in op de wijze waarop de curator van zijn aanstelling kennis krijgt respectievelijk een exemplaar van het vonnis verkrijgt. Punt 1.2 van de Richtlijnen 2009 (“Benoeming curator”), luidt als volgt:

“a. De griffier vraagt de te benoemen curator of hij vrij staat het faillissement te behandelen. Indien de aangezochte curator laat weten dat hierover twijfel bestaat, geeft hij de redenen daarvoor aan. Staat de curator of de bewindvoerder vrij, dan wordt hij benoemd.

b. De curator ontvangt zo spoedig mogelijk een afschrift van het vonnis van faillietverklaring en een exemplaar van het verzoekschrift tot faillietverklaring, met de daarbij overgelegde stukken.

c. De curator neemt onverwijld contact op met de failliet.”

Zodra derhalve een persoon van zijn mogelijke aanstelling als curator kennis krijgt, gaat hij na of hij vrij staat het faillissement te behandelen. De aangezochte persoon is in dit oordeel autonoom. De Richtlijnen veronderstellen dat hij (of zij) zelf zal dienen te bepalen of hij/zij vrij staat, maar raden aan om in geval van twijfel de redenen daarvoor aan te geven. Aangenomen mag worden dat bedoeld wordt dat hij de rechtbank (en niet de rechter-commissaris wiens benoeming in hetzelfde vonnis is opgenomen) van de overwegingen in kennis stelt, hoewel het lijkt alsof de griffier hieromtrent kan oordelen. Ten aanzien van de vraag of het een advocaat vrijstaat een benoeming als curator te aanvaarden vaart hij op eigen kompas. De regel leidt er kennelijk toe dat als de rechtbank de opgegeven reden onvoldoende vindt betrokkene wordt benoemd. Een benoeming tegen heug en meug lijkt me overigens een ongelukkige en ook onwenselijke figuur.

38. De Insolad Praktijkregels geven geen expliciet richtsnoer, zij het dat ‘onafhankelijkheid’ en ‘integriteit’ belangrijke indicatoren zullen zijn, maar ook deze termen worden verder niet gespecificeerd. Omdat hij als curator in die hoedanigheid uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen is naar mijn mening terughoudendheid geboden voor de advocaat die vóór het uitspreken van het faillissement bijvoorbeeld de gefailleerde, een aandeelhouder

⁶³ Zie Bob Wessels en Miguel Virgós, *Accommodating Cross-border Coordination: European Communication and Cooperation Guidelines For Cross-Border Insolvency*, in: *International Corporate Rescue*, Vol. 4, Issue 5, 2007, p. 250 e.v. In een Bijlage is de tekst van de CoCo Guidelines toegevoegd.

van de gefailleerde, een grote crediteur of de ondernemingsraad van de gefailleerde heeft geadviseerd of die zelf debiteur of crediteur van de failliet is.

2.3. Toezicht op de curator

39. De rechtbank die het faillissement uitspreekt benoemt in haar vonnis ook één van haar leden tot rechter-commissaris. De rechter-commissaris (r-c) wordt door de rechtbank, die het faillissement uitspreekt, benoemd uit een van de leden van dit college (art. 14 lid 1 Fw). De reden hiervoor is dat het toezicht bij één persoon kan worden geconcentreerd, hetgeen een efficiënte besluitvorming bevordert. De taak van de r-c gaat overigens verder dan alleen het houden van toezicht. De r-c heeft ook een voorlichtende, rechterlijke, organiserende en rechtscheppende taak. Hoewel voorop staat dat de curator in zijn taakuitvoering autonoom is en zijn taak zelfstandig kan vervullen, is de rol van de rechter-commissaris bij de afwikkeling van het faillissement wel gekenschetst als die van medespeler, niet die van tegenspeler van de curator, soms als die van ‘gesprekspartner’ en ‘adviseur’ van de curator.⁶⁴ Hoewel de r-c geen instructiebevoegdheid jegens de curator heeft kan zijn invloed groot zijn. Twee doorgewinterde insolventierechtadvocaten/curatoren brengen dit aldus tot uitdrukking: ‘Een curator hecht belang aan een goede relatie met ‘zijn’ r-c en de rechtbank – voor verdere benoemingen is hij immers afhankelijk van de rechtbank – en zal slechts in het uiterste geval tegen de wil van de rechter handelen’.⁶⁵ Er bestaat een ‘kwetsbaarheids(on)balans’ tussen r-c en curator, die er toe kan leiden dat de r-c de facto (te zeer) op de stoel van de curator gaat zitten.⁶⁶ Anderzijds is een r-c bereid mee te denken over over de beste wijze voor een succesvolle doorstart, bijvoorbeeld door het vrijgeven van de naam van de te benoemen curator vóórdat een verzoek tot surseance of faillissement is ingediend. Dit kan echter ook een “eens-maar-nooit-weer” geval zijn.⁶⁷

⁶⁴ R.D. Vriesendorp, De rechter-commissaris bij insolventies; onpartijdige rechter of betrokken commissaris?, in: Faillissement, Justitiële verkenningen, jaargang 26, 2000, nr. 2, p. 55 e.v., i.c. p. 57 e.v.

⁶⁵ R.J. graaf Schimmelpenninck, De rol van de rechter c.q. rechter-commissaris, in: S.C.J.J. Kortmann en T.H.D. Struycken, Privaatrecht in de 21e eeuw. Herijking van het faillissementsrecht; Serie Justitie 200 jaar Oprechte koers, Deventer: Kluwer 1999, p. 85 e.v.

⁶⁶ S.H. de Ranitz, De curator als onderhandelaar, in: H.C.F. Schoordijk e.a., Rond de tafel. De juridische kaders van het onderhandelen (Boogaers en Groenen-bundel), Deventer: Kluwer 1999, p. 49 e.v.

⁶⁷ Zie W.A.H. Melissen, Toezicht op de ondernemende curator, in: J.G. Princen en A. van der Schee (red.), De Ondernemende Curator, INSOLAD Lustrumbundel 2011, Deventer: Kluwer, 2011, p. 291, eraan toevoegend dat bij een evaluatie achteraf de conclusie is: “..... tal van vragen en in feite een reden er niet aan te beginnen.”

40. Van het toezicht zelf dient men geen al te hoge verwachtingen te hebben. Ik heb elders aangegeven dat onder “toezicht” wordt verstaan het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan te stellen eisen en het zich vormen van een oordeel daarover; toezicht impliceert tevens handhaving, dat wil zeggen het interveniëren naar aanleiding daarvan. Indien dit de maatstaf is, dan is mijn conclusie over het toezicht van de r-c “op het beheer en de vereffening van de failliete boedel” (art. 64 Fw) (dus niet op de curator zelf) de volgende: in het licht van doel en diepgang van het toezicht, de eenzijdigheid van de door de r-c te verkrijgen informatie (drie-maandelijkse verslaggeving door de curator), de beperkte wijze van het doen van rekening en verantwoording, en het gebrek aan tijd en/of deskundigheid bij de rechter voldoet het huidige toezicht geenszins aan deze omschrijving.⁶⁸

2.4. Honorarium

41. In beginsel wordt het salaris van de curator in elk faillissement door de rechtbank vastgesteld, art. 71 Fw. De Faillissementswet heeft in 1896 een eind gemaakt aan een honoreringstelsel waarbij de curator een belang had bij het totstandkomen van een akkoord. In die gevallen ontving de curator ‘... wat hij van den gefailleerde kan bedingen. Deze toestand is een bron geworden van misbruiken...’.⁶⁹ De introductie van een stelsel waarbij de honorering gekoppeld is aan een (vast of gedifferentieerd) percentage van de waarde van de activa werd tijdens het parlementair overleg verworpen. De belangrijkste reden was dat onder een dergelijk stelsel bij een geringe boedel het salaris relatief laag zou zijn zodat weinig animo voor het curatorschap zou zijn te verwachten, maar tevens omdat een dergelijk stelsel geen rekening houdt met de moeite die in de faillissementsafwikkeling is gestoken.⁷⁰ In art. 71 lid 1 is het vaststellen van de omvang van het bedrag van het salaris “...geheel aan de vrije appreciatie van de Rechtbank overgelaten; een voor alle gevallen billijke regel is niet a priori te stellen.”⁷¹

⁶⁸ Rechters-commissaris hebben – gemiddeld – tussen de 600 en 1000 dossiers (zaken) om toezicht op te houden. Zes Amsterdamse r-c’s houden toezicht op 4600 dossiers, zie interview r-c Melissen, *Amsterdams Balie Bulletin*, Juni 2012, p. 4 e.v. Mijn kritiek op het toezicht door de r-c heb ik verder uitgewerkt in: B. Wessels, *Toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel*, *Maandblad voor Vermogensrecht (MvV)* 2007, p. 262 e.v.

⁶⁹ MvT bij Van Der Feltz II (1897), p. 14.

⁷⁰ Zie Regeringsantwoord, Van Der Feltz II (1897), p. 15 e.v.

⁷¹ MvT bij Van Der Feltz II (1897), p. 14.

42. Sedert 1990 vindt de honorering veelal plaats overeenkomstig (thans) de Richtlijnen 2009. Voor de vaststelling van het salaris geldt als uitgangspunt een uurtarief (Richtlijn 6.4). Dit is samengesteld uit het basistarief in het jaar van de tijdsbesteding, de ervaringsfactor van de curator en diens kantoorgenoot en de ‘boedelfactor’. De laatste is gerelateerd aan de omvang van de activa. Verder komen niet gespecificeerde (Richtlijn 6.8) en gespecificeerde (Richtlijn 6.9) verschotten in aanmerking. In beginsel kan de curator een maal per jaar een voorschot op het salaris verzoeken; dit kan slechts op het moment van indiening van het verslag over de periode waarop een of meer verslagen betrekking hebben, voor zover de boedel dit toelaat (Richtlijn 6.2 en 6.3). Het basisuurtarief (Richtlijn 6.5) wordt jaarlijks aangepast. Het werd op 1 januari 1997 voor het eerst vastgesteld (toen op *f* 293; ongeveer €133), en sedertdien jaarlijks aangepast met een percentage dat overeenkomt met het procentuele verschil tussen het indexcijfer CAO-lonen per uur inclusief bijzonder beloningen, reeks voor de Overheid (juli publicatie) van enig jaar, en het overeenkomstige indexcijfer in het voorafgaande jaar. In 2007 bedraagt het uurtarief €176; in 2009 €186; per 1 januari 2011 €198.

43. Het salaris van de curator en zijn verschotten zijn boedelschuld. Zij behoren tot de algemene faillissementskosten, maar zij vinden hun grens in de aanwezige baten. Indien er geen actief in de boedel is (er is een “lege” boedel), ontvangt de curator geen honorering. Ik stem in met de stelling van Van Hees⁷², dat het beloningssysteem de achilleshiel van de integriteit van de curator vormt. De lege boedel-problematiek neemt door de jaren heen toe. Van Hees wees recent op “... het ongewenste gevolg dat er onvoldoende prikkel is voor curatoren om dergelijke faillissementen adequaat af te wikkelen en dat er minder advocaten bereid zijn benoemingen als curator te aanvaarden.”⁷³ Inderdaad, het huidige stelsel dat in 1896 werd gekozen leidt aan hetzelfde euvel als men bijna 120 jaar terug wilde bestrijden (zie par. 41): weinig animo voor het curatorschap en onvoldoende beloning voor het verrichte werk.⁷⁴

2.5. Ontslag

⁷² Van Hees, t.a.p. p. 169.

⁷³ J.J. van Hees, Kroniek van het insolventierecht, NJB 2012/888.

⁷⁴ Zie voor voorstellen tot verbetering van de honoreringsstructuur: W.A.H. Melissen en R. Mulder, Beloning curatoren en lege boedels; stand van zaken, wat wordt van curatoren verlangd?, TvI 2009, p. 185 e.v.; Gijs van Dijck, Biedt een basisvergoeding soelaas? Empirisch onderzoek naar salaristekorten in faillissement, TvI 2013, p. 9 e.v.

44. De rechtbank heeft de bevoegdheid de curator te allen tijde, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, te ontslaan en in zijn plaats een ander te benoemen.⁷⁵ Dit kan geschieden òf op voordracht van de rechter-commissaris, òf op basis van een met redenen omkleed verzoek van een of meer schuldeisers, de commissie uit hun midden of de gefailleerde, zie art. 73 lid 1. Duidelijke ontslag-criteria, die ook zijn gepubliceerd, zijn er niet. Inzicht in 's rechters gedachtengang biedt een uitspraak van de Haagse rechtbank van augustus 2005.⁷⁶ Zij geeft aan dat volgens vaste rechtspraak in beginsel met een sobere motivering van een weigering om de curator te ontslaan kan worden volstaan, maar de rechter heeft in casu omstandigheden aanwezig geacht die een uitgebreidere motivering behoeven. De rechtbank hanteert twee uitgangspunten: (i) “dat – gelet op de gebruikelijke kwaliteitscontrole ten aanzien van faillissementscuratoren – van een curator verondersteld mag worden dat hij tegen de eisen die zijn taak hem stelt is opgewassen, behoudens sterke aanwijzingen voor het tegendeel”, en (ii) “dat de taak van de curator het inherente risico in zich draagt dat zijn optreden aanleiding geeft tot een zeker antagonisme tussen hem en de (bestuurder van de) failliet.” Slechts “zwaarwegende omstandigheden” kunnen volgens de rechtbank aanleiding geven tot toewijzing van het ontslagverzoek: “Dergelijke omstandigheden zijn bijvoorbeeld ernstige fouten bij het beheer van de boedel, misdragingen jegens de persoon van de gefailleerde en/of bestuurder of frauduleuze handelingen.” In deze zaak was van ‘dergelijke ernstige verzuimen’ geen sprake (de rechtbank had ‘veeleer de indruk gekregen dat er sprake is geweest van niet meer dan persoonlijke wrijvingen tussen verzoekers enerzijds en de curator en zijn kantorgenoot anderzijds’). De uitspraak leidt niet tot cassatie, maar de conclusie van A-G Timmerman, vóór het arrest, is vermeldenswaardig, waar hij opmerkt: “De eis van het bestaan van een zekere vertrouwensrelatie tussen curator en failliet vindt geen steun in het recht. Weliswaar dient de curator bij de uitoefening van zijn taak met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening te houden, maar bij botsende belangen tussen de gefailleerde en de schuldeisers heeft de wetgever het belang van de gezamenlijke schuldeisers in de Faillissementswet laten prevaleren.’⁷⁷

De bezwaren die ik eerder heb weergegeven bij de onbevredigende regeling van voor-selectie en benoeming gaan in gelijke mate op voor de regeling van het ontslag. De Recofa-uitgangspunten (zie par. 35) hebben alleen betrekking op de plaatsing van kandidaten op een lijst en de criteria gehanteerd bij benoeming.

⁷⁵ Eventuele bezwaren van de voormalige curator ten aanzien van zijn ontslag kunnen niet afdoen aan de geldigheid van de benoeming van de opvolgend curator, aldus Hof 's-Gravenhage 26 mei 1998, JOR 1999/38.

⁷⁶ Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2005, JOR 2005/260.

⁷⁷ Zie HR 22 september 2006, LJN: AY5700 (art. 81 RO-zaak).

2.6. Accountability

45. Een algemene verslagverplichting voor de faillissementscurator ligt vast in de regel dat telkens na verloop van drie maanden de curator een verslag uitbrengt over de toestand van de boedel. De curator legt zijn verslag neer ter griffie van de rechtbank, ter kosteloze inzage van een ieder. De neerlegging geschiedt kosteloos, zie art. 73a lid 1 Fw. Deze driemaandelijke termijn kan door de rechter-commissaris worden verlengd, zie art. 73a lid 2. Veel verslagen zijn op internet te raadplegen, via een afzonderlijke site dan wel de site van het advocatenkantoor waaraan de curator verbonden is. Dit laatste heeft voorzover ik weet geen vragen ten aanzien van zijn onafhankelijkheid opgeroepen, maar zij lijkt mij niet zonder bezwaren. Dat geldt ook voor de wijze van corresponderen. In de praktijk is er eigenlijk geen uitzondering op de situatie dat een curator veelal communiceert op het briefpapier (c.q. de emailfaciliteit) van het advocatenkantoor waaraan hij verbonden is, hetgeen niet zelden – ook als hij ondertekent met “curator” – bij betrokkenen verwarring kan wekken omtrent de hoedanigheid waarin hij optreedt.

Daarnaast kent de wet bijzondere verslagverplichtingen. De ontslagen curator legt rekening en verantwoording van zijn beheer af aan de curator die in zijn plaats wordt benoemd, art. 73 lid 2 Fw. Over zijn beheer legt de curator rekening en verantwoording af na de totstandkoming van een akkoord (aan de schuldenaar; art. 162 lid 1 Fw), en na het verbindend worden van de slotuitdelingslijst (aan de rechter-commissaris; art. 193 lid 2 Fw).

46. Ook de verslaggeving is onderdeel van niet-wettelijke regelgeving. De Richtlijnen 2009 (punt 2) besteden in vier afzonderlijke soms zeer gedetailleerde bepalingen aandacht aan frequentie, vorm en inhoud van de verslaglegging. In aanvulling of de informatie in de geregementeerde verslaglegging, die kenbaar is op basis van de regels inzake rekening en verantwoording zullen derden vaak de curator om welke reden dan ook om (nadere) informatie verzoeken. In hoofdstuk 8 van de Praktijkregels 2011 (“Het verstrekken van informatie aan derden door curatoren”) is daartoe een vijftal regels opgenomen.

2.7. Rechtspositie

47. De grondslag van de bevoegdheid van de curator schuilt in de Faillissementswet. Het faillissementsvonnis behelst zijn aanstelling en de wet legt zijn taken vast. Zijn hoofdtaak is beheer en vereffening van het vermogen dat aan een ander, de gefailleerde, toebehoort. Bij de

vervulling van zijn taak handelt de curator niet voor zichzelf. Hij handelt in zijn hoedanigheid als curator ten dienste van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, terwijl de gevolgen van zijn handelingen voor rekening van het faillissementsvermogen komen. De rechtsfiguur van handelen ten dienste van het ene, collectieve belang voor rekening van een ander heeft reeds bij de totstandkoming van de wet dogmatische vragen opgeroepen. Sedertdien is de vraag naar de juridische kwalificatie van de rechtspositie van de curator uitgegroeid tot één van de meest besproken klassieke vragen van het insolventierecht. Uit enkele weinig heldere passages in de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat de wetgever de curator beschouwt als wettelijke vertegenwoordiger van de schuldeisers en daarmee ook als wettelijke vertegenwoordiger van de schuldenaar.

48. Ik heb elders betoogd dat het in het licht van het stelsel van de Faillissementswet onjuist is de beheershandelingen van de curator te willen verklaren vanuit een vorm van vertegenwoordiging. Deze verbintenisrechtelijke kwalificatie moet in insolventierechtelijk perspectief worden geplaatst: het staat de curator niet vrij de macht, die de gefailleerde had, uit te oefenen. Zijn positie weerspiegelt niet de bundel van beheers- en beschikkingsbevoegdheden die de gerechtigde – thans gefailleerde – had. Voor de in beginsel volledige beheersvrijheid met betrekking tot het eigen vermogen van de (thans failliete) schuldenaar is in de plaats getreden een taakgebonden vrijheid: bij de uitoefening van zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheden dient de curator te allen tijde een handelen ten behoeve van het gezamenlijke belang van de schuldeisers als leidraad te nemen. Daarnaast komen aan de curator tevens enkele rechten toe die vóór faillissement niet aan de schuldenaar toekwamen (in par. 45 gaf ik enkele voorbeelden) of die vóór het faillissement aan de schuldeisers toekwamen, te weten (de behartiging van) hun individuele verhaalsrechten, maar thans door de curator. Het uitgangspunt is immers dat het (door schuldeisers) doorzetten van de individuele verhaalsrechten van wetswege wordt vervangen door een collectieve vereffening ten gunste van de gezamenlijke schuldeisers. In dit aspect van zijn taak is de curator een gerechtelijk vereffenaar, die functioneel handelt, namelijk uitsluitend gericht op het doel om het faillissementsvermogen te vereffenen. Aan deze zienswijze dient te worden toegevoegd dat de curator bij of krachtens de wet belast is met werkzaamheden die hem worden opgelegd of die aan hem zijn voorbehouden. Zijn aanstelling legitimeert het ingrijpen in de vermogensrechtelijke positie van de schuldenaar en in de (voorlopige opschorting van) verhaalsbelangen van de schuldeisers, maar zij vindt haar verklaring in het belang dat in de maatschappij wordt gehecht aan een ordelijke, procedureel transparante afwikkeling van

vorderingen van schuldeisers ter delging van schulden van iemand die daartoe zelf niet in staat blijkt.⁷⁸

49. Zo weergegeven kan de vraag worden gesteld of de curator een bestuursorgaan is in de zin van art. 1:1 lid 1 onderdeel b Awb ('Onder bestuursorgaan wordt verstaanb. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed')? Tijdens de levendige discussie, enkele jaren geleden, of de notaris eigenlijk wel een bestuursorgaan is, schreef VU-hoogleraar Zijlstra: is dat dan erg?⁷⁹ De aanstelling als curator bij rechterlijk vonnis behelst immers dat hij krachtens de wet is belast met werkzaamheden die hem bij wet worden opgelegd en die exclusief aan hem zijn voorbehouden. Zijn aanstelling legitimeert het ingrijpen in de vermogensrechtelijke positie van de schuldenaar en in de (voorlopige opschorting van) verhaalsbelangen van de schuldeisers. Indien een curator een "bestuursorgaan" is zou dat betekenen dat de besluitvorming van de curator dient te voldoen aan de wezenskenmerken van een dergelijk orgaan om tot een ordelijke en zuivere besluitvorming te komen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, de plicht tot deugdelijke belangenafweging, de aanwezigheid van onpartijdigheid, onafhankelijkheid etc. Ik kan hiertegen weinig bezwaren inbrengen, sterker: zij komt tegemoet aan het bezwaar dat in het burgerlijk recht, evenmin als in het insolventierecht, een duidelijk motiveringsmodel, zo men wil: toetsingkader, voor het door de curator wegen van belangen voorhanden is.⁸⁰ Het zijn van bestuursorgaan biedt voor de praktijk tevens een mate van voorzienbaarheid van het handelen van een curator.⁸¹ De basis van het functioneren dient echter zowel in verband met de (mogelijke) toepassing van de Dienstenrichtlijn⁸² en de toepassing van het EVRM en het Europese Handvest nadere bestudering.⁸³

⁷⁸ Wessels Insolventierecht IV, 3^e druk, 2012, par. 4145 e.v.

⁷⁹ S.E. Zijlstra, De notaris is een bestuursorgaan. Is dat erg?, in: Van Buuren e.a., De notaris en/in het bestuursrecht, Lelystad/Den Haag: Vermande, 2001, p. 101 e.v. Ik heb de vraag voor de faillissementscurator ontkennend beantwoord in: B. Wessels, Belangenstrijd in het insolventierecht, Afscheidsrede VU Amsterdam 2008, kosteloos downloadbaar via: <http://hdl.handle.net/1871/12787> of via www.bobwessels.nl, weblog, 2008-02-doc5. de ni volgende tekst is aan deze rede ontleend.

⁸⁰ Vergelijk H. Nieuwenhuis, Hoe is begrip van burgerlijk recht mogelijk?, in: RM Themis 2007-6, p. 227 e.v.

⁸¹ Het komt voor dat de curator teveel als advocaat optreedt of het "belang van de boedel" als stoplap of excuus gebruikt, vergelijk Gispen, In het belang van de boedel, TvI 2005, p. 97 e.v. Ook los van de vraag naar het zijn van bestuursorgaan kan een explicitering van de motivering van de belangenafweging aan de kwaliteit van een besluit van de curator bijdragen.

⁸² Richtlijn 2006/123/EG.

⁸³ Anders dan de uitspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM, Eerste Kamer) 14 januari 2010, zaak no. 54522/00, beslist the Grote Kamer van het Europese Hof dat een Russische curator niet is een "public authority", zodat diens handelen niet aan de staat kan worden toegerekend en de gevolgen van een onjuist opgemaakte slotuitdelingslijst derhalve niet kan worden gekwalificeerd als

2.8. De advocaat als curator

50. Uit de tekst van de Faillissementswet van 1896 blijkt dat zij slechts de hoogstnoodzakelijke regels over de positie van de faillissementscurator bevat, zoals die inzake benoeming en bekendmaking van de (incidentele) aanstelling van een faillissementscurator (art. 14), zijn taak (art. 68 lid 1), het toezicht dat de rechter-commissaris op zijn taakuitoefening houdt (art. 64), de vaststelling van zijn salaris (art. 71), zijn verslaglegging (art. 73a), de regels inzake rekening en verantwoording aan de r-c (art. 193 lid 2). De wet bevat geen regels met betrekking tot de organisatie van het ambt van curator, waaronder bijvoorbeeld regels voor zorgvuldige beroepsuitoefening, conflicts of interest, waarneming, specifiekere criteria omtrent administratie en verslaglegging, een aan te houden kwaliteitsrekening, al dan niet toegestane nevenwerkzaamheden (mag een curator, die advocaat is, procederen tegen één schuldeiser, wiens belangen hij q.q. dient te behartigen?), opleiding en kwaliteitsbewaking, beroeps- en gedragsregels, tuchtrechtspraak of een klachtenregeling (ruimer dan die van art. 69 Fw). Ik heb hiervoor aangegeven dat enkele van dergelijke organisatieregels voorkomen in de Recofa-richtlijnen of door Insolad aan het lidmaatschap worden gesteld.⁸⁴

51. Omdat veelal als curator een advocaat wordt aangesteld kan de vraag worden gesteld of het advocatentuchtrecht op het zijn van faillissementscurator van toepassing is en zo ja welke normen daaruit op zijn werkzaamheden betrekking zouden kunnen hebben. Centraal criterium in de Advocatenwet in 1986 is de regel dat de advocaat zich zodanig dient te gedragen ‘... dat het vertrouwen in de advocatuur niet wordt geschaad’.⁸⁵ In overeenstemming met het vorenstaande is het vaste tuchtrechtspraak dat als hoofdregel geldt dat de taakuitoefening van de advocaat als faillissementscurator niet behoort tot het terrein dat door het advocatentuchtrecht wordt bestreken. Uitsluitend indien de advocaat zich in die hoedanigheid zou misdragen en daardoor het vertrouwen in de advocatuur zou schaden, kan er voor een

het ontnemen van eigendom in strijd met art. 1 Eerste Protocol EVRM. De staat is mitsdien op dit punt niet aansprakelijk, zie EHRM (Grand Chamber) 3 april 2012 (Application no. 54522/00) (*Kotov v Russia*). Vergelijk Jan C. van Apeldoorn, *Human Rights in Insolvency Proceedings*, series Law of Business and Finance, Vol. 12, Kluwer Legal Publishers, 2012, p. 457 e.v.

⁸⁴ “Ergo, de positie van een advocaat/curator verschilt niet van de positie van van de advocaat van een grote opdrachtgever”, aldus F.H. Tiethoff, *De curator, een integere advocaat!*, TvI 2011, p. 1 e.v. Deze zienswijze miskent de principiële verschillen tussen een advocaat (partijdig; werkend op basis van een contractuele opdracht) en een curator (neutraal, onpartijdig, werkend op basis van een wettelijke taak, onder toezicht van een r-c).

⁸⁵ Art. 46 Advocatenwet jo. art. 1 Gedragsregels 1992.

tuchtrechtelijke toetsing aanleiding zijn. Ik wijs op een uitspraak van december 2012 van de Raad van Discipline Amsterdam:

“5.2 De raad stelt voorop dat het in de artikelen 46 en volgende van de Advocatenwet geregelde tuchtrecht betrekking heeft op het handelen en nalaten van advocaten als zodanig en beoogt een behoorlijke beroepsuitoefening te waarborgen. De taakuitoefening van de advocaat als faillissementscurator behoort niet tot het terrein dat door het advocatentuchtrecht wordt bestreken. Het advocatentuchtrecht blijft wel gelden voor de advocaat die optreedt als faillissementscurator *wanneer hij handelingen verricht die in wezen niet te onderscheiden zijn van het optreden als advocaat* [cursief van mij; Wess.] en indien hij zich bij de vervulling van zijn functie van curator zodanig gedraagt dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad. In het algemeen zal het vertrouwen in de advocatuur worden geschaad als sprake is van handelen of nalaten in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt waarvan hem een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt.”⁸⁶

52. Elders heb ik enkele voorbeelden van toepassing van de genoemde disciplinaire maatstaf gegeven. Men vindt daar⁸⁷ de bronnen van de uitspraken ten aanzien van een advocaat die optreedt als curator, die ik hier weergeef om een indruk van haar werking te geven. De curator dient:

- zich in het algemeen te onthouden van het optreden als advocaat voor een schuldeiser in het faillissement, omdat anders de indruk wordt gewekt dat hij ingeval van een belangenconflict de belangen van de individuele schuldeiser zou (kunnen) laten prevaleren boven die van de boedel;
- elke schijn van verwevenheid van belangen of van persoonlijke betrokkenheid bij de onderhandse verkoop van onroerend goed in faillissement te vermijden;
- terstond de toezegging die is gedaan jegens een derde om een beslag op zijn activa op te heffen na te komen en met spoed voor opheffing zorg te dragen;
- zich te onthouden van het uiten van een vermoeden dat een notaris betrokken is geweest bij een ‘opzetje’ met de koper ‘... om een deel van de koopsom via een achterdeur weer terug te krijgen’. Dit is een uitermate ernstige beschuldiging die de integriteit van de klagende notaris aantast;
- tijdig te reageren op brieven van de advocaat van een derde;⁸⁸

⁸⁶ RvD Amsterdam 12 december 2012, YA3565, raadpleegbaar via <http://tuchtrecht.overheid.nl>. Voorzover ik kan nagaan in het advocatentuchtrecht is de door mij gecursiveerde zinsnede, die een beperking van de norm aanbrengt, in deze uitspraak voor het eerst gebruikt.

⁸⁷ Wessels Insolventierecht IV, 3e druk, 2012, par. 4163 e.v.

⁸⁸ Met een curator (tevens advocaat) kan geen confraternele correspondatie plaatshebben, zie ook Van Anel, annotatie onder Rb. Rotterdam 24 juni 2009, JOR 2009/308.

- niet op te treden tegen een vroegere client van het advocatenkantoor, waaraan de curator is verbonden, indien hij of een kantoorgenoot vertrouwelijke gegevens uit die eerdere relatie heeft verkregen zodanig dat hij deze ten nutte van een ten behoeve van de boedel te voeren procedure kan aanwenden en aldus een onaanvaardbare voorsprong in kennis zou hebben gekregen die hij niet zou hebben gekregen indien niet eerder voor die client was opgetreden;
- zich te onthouden van het voorstellen van een salaris van een omvang die de aan de declarant toe te laten beoordelingsmarge te buiten gaat (in casu 25%);
- misverstanden te vermijden over de vraag in welke hoedanigheid hij in een bepaalde situatie optreedt (in casu had de curator als advocaat van gefailleerde processtukken opgesteld en over de zaak met de advocaat van de wederpartij onderhandelingen gevoerd).

Tot zover enkele kernpunten van de positie en het handelen van een faillissementscurator in Nederland.

3. Internationale aanbevelingen

3.1. Inleiding

53. Ik kom weer terug bij de aanleiding voor het thema van dit preadvies, de aanbeveling van het Europees Parlement om een aantal aspecten van de taak van een curator te harmoniseren. Wat bedoelt het EP met harmonisatie? In ons harmonisatie-preadvies hebben Fletcher en ik een algemene duiding van het begrip gegeven, in de context van andere methodieken om tot aanpassing, afstemming, convergentie dan wel uniformering van onderdelen van recht te komen. Ik zoek hier aansluiting bij de definitie die Eva-Maria Lohse van harmonisatie in een EU context heeft gegeven. Het is volgens haar: “..... a conscious process that has the aim of leading to the insertion of a concept into the national legal orders, which triggers a process of adaptation to form a European concept as uniform as required to serve the objectives of the European Union.”⁸⁹ Hieruit volgt dat harmonisatie een bewust gekozen proces is van een ten dienste van de doeleinden van de EU opstellen van een zo uniform mogelijk concept van een bepaalde norm.

54. Fletcher en ik hebben voor het proces van harmonisatie zeven “key indicators” ontwikkeld⁹⁰ waarvan ik fase (1) nu verder tot ontwikkeling poog te brengen. De eerste stap is het trachten van het bereiken van consistentie met bestaande internationale (meestal niet-bindende of soft law) normering. Deze benadering heeft het voordeel dat zij haar basis zoekt in het resultaat van bredere discussies (binnen gevarieerde groepen, in verschillende delen van

⁸⁹ E. Lohse, *The Meaning of Harmonisation in the Context of European Union Law – a Process in Need of Definition*, in: Mads Andenas / Camilla Baasch Andersen (eds.), *Theory and Practise of Harmonisation*, Cheltenham: Elgar 2011, p. 282 e.v., in casu p. 313.

⁹⁰ Deze indicatoren zijn:

- “1. Consistency with international norms: strive for consistency with international norms, so any rules will be generally applied in the same way in any member State and/or across the EU;
2. Goals for the EU: agree on the basis allowing the European legislator to act and on the goals that the European legislator set himself to achieve;
3. Take stock: map the present level of harmonisation in all areas of law related to insolvency;
4. Overriding objectives: formulate overriding objectives to take into account, such as offering any involved party a sufficient degree of legal certainty;
5. Flexible legislation: draft a legal skeleton which is sustainable, including a process which is sufficiently flexible and capable of adapting to changing circumstances in which businesses operate;
6. Need for action: examine whether there is a specific need for a certain action or legislative intervention, and if so, what would be the most suitable course of action and ensure that its result be supported by a wider group that will have to work with it;
7. Balance: any rules of such a skeleton should reflect a fair balance between the (often competing) interests of creditors and other parties concerned.”

de wereld) over een bepaald thema, welk resultaat dus is gevoed door diverse rechtsculturen. Langs deze weg kunnen bijvoorbeeld convergerende ontwikkelingen op het terrein van ondernemen, ondernemingsfinanciering, (internationale) handel, geschilvoorkoming of -oplossing of doorwerking van IT op ondernemingsgedrag in een te ontwerpen set van regels doorwerken. Kort gesteld acht ik een geharmoniseerd voorstel op enig juridisch thema van meer waarde indien dit op een grotere steun in meerdere landen kan rekenen dan de individuele visie van een auteur die sterk gekleurd kan zijn door een “my law=best law” idee dan wel appleert aan zijn eigen persoonlijke voorkeuren.

55. In het kader van dit preadvies meen ik me te mogen beperken tot een drie-tal sets van internationale normen, te weten die van de Wereld Bank, de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) en die van de European Bank for Reconstruction and Development (EBRD).⁹¹

3.2. Wereldbank

56. In 2011 heeft de Wereldbank haar herziene Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes (“2011 World Bank Principles”) gepubliceerd.⁹² Het initiatief hiertoe gaat terug tot de nadagen van de Aziatische financiële crisis van 1997-1998, en werd tot ontwikkeling gebracht teneinde “... the future stability of the international financial system” te verbeteren. De Wereldbank acht daartoe onder meer van belang “..... to identify principles and guidelines for sound insolvency systems and for the strengthening of related debtor-creditor rights in emerging markets.” Op haar website wordt dit als volgt omschreven: “In a world driven by credit, the challenge is to develop systems that foster commercial confidence and predictability by providing the means for effective response to default conditions. Handled properly, creditor rights and insolvency laws can contribute to the economic health of countries by providing a safety valve for financial distress, reducing asset deterioration, and restoring balance to commercial relationships.”⁹³

⁹¹ Voor een zevental andere sets van aanbevelingen, zie Ian F. Fletcher en Bob Wessels, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Preadvies 2012 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2012, p. 32.

⁹² The World Bank, *Principles for Effective Insolvency and Creditor Right Systems [revised draft]*, Washington, 20 January 2011. De 2011 World Bank Principles vervangen de oorspronkelijke Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems 2001. Zie Bob Wessels, *International Insolvency Law*, Deventer: Kluwer, 3rd ed, 2012, par. 10112.

⁹³ www.worldbank.org/home/topics/law&justice/GILD. Het verbeteren van insolventiewetgeving is slechts één onderdeel van de twaalf operationele werkvelden van de bank. Deze worden door haar in

57. Oorspronkelijk zijn de Principles ontworpen als een gestructureerde beoordelingsmaatstaf, dus “... as a broad-spectrum assessment tool to assist countries in their efforts to evaluate and improve the core aspects of their commercial law systems that are fundamental to a sound investment climate and commerce, including credit access and protection mechanisms, risk management and restructuring practices and procedures, formal commercial insolvency procedures, and related institutional and regulatory frameworks.” Door de jaren heen hebben diverse teams van experts dergelijke assessments uitgevoerd, en daarover gerapporteerd in de vorm van zogenoemde ROSCs, Reports on the Observance of Standards and Codes. Deze ervaringen, alsmede regionale discussies en overleg met andere groepen van belanghebbenden, hebben bijgedragen aan de totstandkoming van de huidige tekst van de 2011 World Bank Principles.

58. De Wereld bank is stellig in de opvatting dat in geval van een liquidatieprocedure het zittende management moet worden vervangen door een insolvency representative. Principle C6.1 luidt: “In liquidation proceedings, management should be replaced by an insolvency representative with authority to administer the estate in the interest of creditors. Control of the estate should be surrendered immediately to the insolvency representative. In creditor-initiated filings, where circumstances warrant, an interim administrator with limited functions should be appointed to monitor the business to ensure that creditor interests are protected.” Dit ligt echter genuanceerder bij reorganisatie-procedures. Onder Principle C6.2 wordt vermeld: “There are typically three preferred approaches in reorganization proceedings: (i) exclusive control of the proceeding is entrusted to an independent insolvency representative; or (ii) governance responsibilities remain invested in management; or (iii) supervision of management is undertaken by an impartial and independent insolvency representative or supervisor. Under the second and third approaches, complete administrative power should be shifted to the insolvency representative if management proves incompetent or negligent or has engaged in fraud or other misbehavior.” De nadruk op de rol en bevoegdheid van de “insolvency representative” leidt echter tot een vrij magere aanbeveling in Principle D8 (“Competence and Integrity of Insolvency Representative”). Deze geeft aan:

“The system should ensure that:

drie groepen ondergebracht: “transparency (data dissemination, fiscal, and monetary and financial policy), financial stability (banking supervision, insurance supervision, securities regulation, payments systems, anti-money-laundering/combating the financing of terrorism), and market integrity (accounting, auditing, corporate governance, insolvency and creditor rights)”. Zie 2011 World Bank Principles, p. 3.

- Criteria as to who may be an insolvency representative should be objective, clearly established and publicly available;
- Insolvency representatives be competent to undertake the work to which they are appointed and to exercise the powers given to them;
- Insolvency representatives act with integrity, impartiality and independence; and
- Insolvency representatives, where acting as managers, be held to director and officer standards of accountability, and be subject to removal for incompetence, negligence, fraud or other wrongful conduct.”⁹⁴

Een nadere invulling van begrippen als “insolvency representative”, “objective” of “impartiality” ontbreekt, terwijl bijvoorbeeld ook de vereisten om “competent” te zijn niet zijn uitgewerkt.

3.3. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

59. UNCITRAL is in 1966 opgericht met het oogmerk om de Verenigde Naties een meer actieve rol te geven bij het terugdringen van verschillen in nationale wet- en regelgeving op het gebied van de internationale handel. Bekende voorbeelden van afstemming, harmonisering of eenmaking van international commercieel recht zijn het Weens Koopverdrag van 1980, de Model Law on International Commercial Arbitration van 1985 en de UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce van 1996. In 1997 verscheen de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. Dit is een aan nationale staten aanbevolen niet-bindend wetgevingsinstrument. Het richt zich op een mate van harmonisatie van nationaal insolventierecht, en wel het onderwerp dat de verhouding met buitenlandse insolventievonissen betreft. Deze Model Law heeft thans aan een twintigtal nationale insolventiewetgevingen ten grondslag gelegen, waaronder civiel-rechtelijke georiënteerde jurisdicties (waaronder Mexico (2000), Japan (2001), Polen (2003) en Roemenië (2003), en common law landen, zoals de Verenigde Staten (2005), het Verenigd Koninkrijk (2006) en Australië (2008)).⁹⁵

60. In 2004 heeft UNCITRAL de Legislative Guide on Insolvency Law gepubliceerd. Zij bevat “..... a comprehensive statement of key objectives and core features for a strong insolvency, debtor-creditor regime, including considerations of out-of-court restructuring, and a legislative guide containing flexible approaches to the implementation of such objectives

⁹⁴ Voetnoot weggelaten.

⁹⁵ Voor een overzicht van deze wetgevingen, zie Bob Wessels, *International Insolvency Law*, Deventer: Kluwer, 3rd ed., 2012, para. 10350 e.v.

and features, including a discussion of the alternative approaches possible and the perceived benefits and detriments of such approaches.” De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties heeft de Legislative Guide onderschreven en in een resolutie (van 2 december 2004) vastgelegd “...that all States give due consideration to the Legislative Guide when assessing the economic efficiency of their insolvency regimes and when revising or adopting legislation relevant to insolvency.⁹⁶ Het doel van de Legislative Guide is: “... to assist the establishment of an efficient and effective legal framework to address the financial difficulty of debtors. (...) The advice provided in the Guide aims at achieving a balance between the need to address the debtor’s financial difficulty as quickly and efficiently as possible and the interests of the various parties directly concerned with that financial difficulty, principally creditors and other parties with a stake in the debtor’s business, as well as with public policy concerns.”⁹⁷ De UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law⁹⁸ is verschillende malen beoordeeld als een bruikbaar hulpmiddel bij het ontwerpen of aanpassen van insolventiewetgeving.⁹⁹

61. UNCITRAL omschrijft de functie van de “insolvency representative” als volgt: “The insolvency representative plays a central role in the effective and efficient implementation of an insolvency law, with certain powers over debtors and their assets and a duty to protect those assets and their value, as well as the interests of creditors and employees, and to ensure that the law is applied effectively and impartially. Accordingly, it is essential that the insolvency representative be appropriately qualified and possess the knowledge, experience and personal qualities that will ensure not only the effective and efficient conduct of the proceedings but also that there is confidence in the insolvency regime.”¹⁰⁰ Onder een “insolvency representative” verstaat UNCITRAL: “An insolvency representative is a person or body, including one appointed on an interim basis, authorized in insolvency proceedings to

⁹⁶ United Nations General Assembly, Resolution 59/40

⁹⁷ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, New York: United Nations, 2005, p.1.

⁹⁸ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2004; In 2010 is aan de Guide toegevoegd een Part Three: “Treatment of enterprise groups in insolvency” developed by UNITRAL Working Group V. Zie www.uncitral.org (38th session, 19-23 April 2010, New York). Vergelijk Bob Wessels, *International Insolvency Law*, Deventer: Kluwer, 3rd ed., 2012, para. 10425b e.v.

⁹⁹ Zie Jean-Luc Vallens, *Towards an Ideal System, the UNCITRAL Guide on Insolvency Law*, in: Peter / Jeandin / Kilborn (eds.), *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century. Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*, Zürich: Schulthess 2006, p. 489 e.v., en A. Klausner en B. Pogacar, *Der UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law – Ein Denkanstoss auch für das österreichische Insolvenzrecht*, in: Andreas Konecny (ed.), *Insolvenz-Forum 2005*, Wien-Graz, 2006, p. 179 e.v.

¹⁰⁰ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, New York: United Nations, 2005, p.174.

administer the reorganization or the liquidation of the insolvency estate.”¹⁰¹ Het is duidelijk dat de Nederlandse curator onder deze omschrijving valt, maar dat dit ook geldt voor de grote groep van de omstreeks honderd in art. 2(b) EU Insolventieverordening gedefiniëerde curatoren, vermeld op Bijlage C bij de verordening.

62. In tegenstelling tot de korte uiteenzetting van de Wereld bank ten aanzien van de insolvency representative gaat de Legislative Guide in ruim 20 pagina's met 10 aanbevelingen in op de rol van de insolvency representative in insolventieprocedures. UNCITRAL geeft onder andere de kwalificaties aan waaraan, volgens haar, een insolvency representative dient te voldoen, maar geeft ook aanbevelingen over selectie, de toewijzing, het toezicht, de taken, de bevoegdheden, de wijze en omvang van de vergoeding, de aansprakelijkheid, vervanging en ontslag.¹⁰² Aanbevelingen worden geformuleerd voor:

- Qualifications (115);
- Conflict of interest (116 en 117);
- Appointment (118);
- Remuneration (119);
- Duties and functions of the insolvency representative (120);
- Right to be heard (verwijzing naar aanbeveling 137);
- Confidentiality (verwijzing naar aanbeveling 111);
- Liability (121);
- Removal and replacement (122 – 124);
- Estates with insufficient assets to meet the costs of administration (125).

De tekst van deze UNCITRAL aanbevelingen is in Bijlage C opgenomen.

63. In de toelichting bij de 2011 World Bank Principles wordt uitdrukkelijk vermeld dat de staf van de bank en die van UNCITRAL heeft samengewerkt “... to ensure consistency in these complementary products.” De ontwerpers van de Principles geven aan dat deze laatste twee kenmerken hebben: (i) zij bestrijken een breder palet aan onderwerpen van commercieel recht, inclusief “institutional and regulatory aspects”, en (ii) zij bevatten de beschrijving van fundamentele principes om landen de mogelijkheid van een flexibele toepassing te bieden. De Legislative Guide, volgens deze toelichting, (i) is veeleer gericht op de kernelementen van een effectieve insolventiewetgeving, waarbij (ii) alternatieven en opties neergelegd in (thans ruim 250) aanbevelingen “... provide specific guidance on the content of the insolvency law.”

¹⁰¹ UNCITRAL Legislative Guide, par. 12, onder B, “Glossary, Terms and definitions”.

¹⁰² UNCITRAL Legislative Guide, p.174 e.v. met recommendations 115-125.

3.4. European Bank for Reconstruction and Development (EBRD)

64. De European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), opgericht in 1991, speelt een belangrijke rol bij de omvorming van bepaalde landen naar een markteconomie. Oorspronkelijk waren dit landen in het voormalige Oostblok en west en centraal Azië, sinds bijna twee jaar ook landen in Noord-Afrika. De algemene invalshoek van EBRD is thans om telkens in het geval dat EBRD als financier van projecten optreedt, de betrokken landen op de Principles van de Wereld bank te wijzen. Evenals de Wereld bank erkent ook de European Bank for Reconstruction and Development de noodzaak van een efficiënte, eerlijke en voorspelbare insolventieprocedure ten behoeve van een goed functionerende markteconomie. Ook EBRD beschouwt een solide insolventiewetgeving een inherent onderdeel van de economie van een land: “Too often overlooked, an effective and efficient insolvency system is a critical part of a sound and stable economy. Many transition countries have made significant strides in the development of their insolvency systems, but there is much to be done.” Een praktische aanpak staat voorop bij de thema’s waaraan EBRD prioriteit geeft: “... the laws and regulations upon which the system is built, the judiciary and regulators who apply and interpret the law, and the insolvency practitioners who make the system run.”¹⁰³

65. De EBRD heeft in 2007 een set met specifieke beginselen opgesteld voor een “insolvency office holder”, bekend als de EBRD Insolvency Office Holder Principles. De doelstelling van de beginselen is: “... to add detail to the World Bank and UNCITRAL guidance. They are designed to help law reformers identify issues to be resolved and to ensure that critical elements are not overlooked. They are intended to advance the integrity, fairness and efficiency of the insolvency law system by ensuring that only appropriately qualified professionals hold office in insolvency cases.”¹⁰⁴

De EBRD kent de volgende beginselen:

Principle 1: qualification and licensing

Principle 2: appointment in an insolvency case

Principle 3: review of an office holder appointment

Principle 4: removal, resignation and death of an office holder

Principle 5: replacement of an office holder

¹⁰³ Voorwoord themanummer “*Making an insolvency system work*”, in: EBRD Law in transition online, October 2007, p. 1. (bron: www.ebrd.com/downloads/research/law/lito72.pdf).

¹⁰⁴ Jay Allen en Neil Cooper, *EBRD insolvency office holder principles*, in: EBRD Law in transition online, October 2007, p. 12.

Principle 6: standards of professional and commercial conduct

Principle 7: reporting and supervision

Principle 8: regulatory and disciplinary functions

Principle 9: remunerations and expenses

Principle 10: release of office holder

Principle 11: insurance and bonding

Principle 12: code of ethics

Zie de tekst in Bijlage D.

66. De door de EBRD geclaimde mate van verdere detaillering van de Principles van de World Bank en de aanbevelingen uit de UNCITRAL Legislative Guide houden op bij “ethics”. Slaagt EBRD er niet in (of: heeft zij afgezien van?) verdere detaillering van aspecten als onafhankelijkheid, integriteit en onpartijdigheid (principle 12) tot stand te brengen?

67. Een dergelijk oordeel blijkt, bij verdere bestudering, unfair te zijn. EBRD assisteert landen om werk-standaarden en codes met regels omtrent gedrag en ethiek voor insolvency office holders. Na de introductie van de Insolvency Office Holders Principles heeft EBRD uit voortgaande “country-assessments” onder meer het signaal gekregen dat “... the laws and regulatory frameworks governing insolvency of office holders needs improvement to ensure proper qualification and licensing of insolvency administrators and to ensure they act within clear and effective standards of professional and ethical conduct”, terwijl duidelijk is geworden dat de toepassing van eenmaal ingevoerde regelgeving gemonitored en tenuitvoergelegd moet worden. In Servië heeft EBRD in samenwerking met het daar functionerende Bankruptcy Supervisory Agency of Serbia (BSA) verdere standaarden ontwikkeld. In dat land is BSA verantwoordelijk voor examinering, training, vergunning-verlening en -vernieuwing, beoordeling van het niveau van uitvoering van het curatorenwerk en voor opschorting of beëindiging van de vergunning (met eind-oordeel van een rechtbank). BSA en EBRD hebben in 2010 ingevoerd – met kracht van wet – een Manual on the National Standards and Code of Ethics for Bankruptcy Administrators. Dit lijvige boekwerk (meer dan 200 pagina’s) bevat acht Technical Guidance Notes on National Standards, een Technical Guidance Note on Code of Ethics, en een Code of Ethics for Bankruptcy. De National Standards hebben betrekking op (wat ik nu noem) werkprocessen.¹⁰⁵ De Code of Ethics

¹⁰⁵ Deze Standards hebben betrekking op: (1) Bank accounts and monetary assets of the bankrupt debtor and accounting for the bankrupt debtor’s estate, (2) Inventory and evaluation of assets of the bankrupt debtor and the Initial bankruptcy balance sheet, (3) Compiling the report of the bankruptcy administrator on economic and financial position of the bankrupt debtor, (4) Supervision Agency, (5) Manner and procedure of realising assets of the bankrupt debtor, (6) Information to be contained in the

(“BSA Code of Ethics”), die in het handboek met zo’n 25 pagina’s verder wordt toegelicht, heb ik als Bijlage E opgenomen.¹⁰⁶

3.5. Voorlopige conclusies

68. Afgezien van de verschillende benaderingen en uitwerkingen die door de Wereld bank, UNCITRAL en EBRD zijn gekozen tonen deze drie bronnen aan dat in de periode van het eerste decennium van deze eeuw insolventierecht als een kernonderdeel van het (internationale) commerciële recht wordt beschouwd, alsmede dat een systeem van insolventierecht bijdraagt aan heldere verhoudingen en rechtsrelaties tussen een schuldenaar en zijn crediteuren. De Wereld bank voegt daaraan toe: “... in emerging markets”, daarmee kennelijk doelend op landen die vanuit een veeleer agrarische maatschappij of een door het communisme gedomineerde economie zich ontwikkelen naar landen met een vrijere markteconomie, met goede industriële verhoudingen. Waar het Nederland van 1896 (inwerkingtreding Faillissementswet) een ontwikkeling heeft doorgemaakt die hiervan niet veel afwijkt, lijken me de aanbevelingen als aanzet bruikbaar, als een overkoepelend ideaal model. Alle drie de instellingen hebben als centrale doelstelling het bieden van hulp aan nationale wetgevers of beleidsmakers om een zo efficiënte en effectieve insolventiewetgeving te ontwikkelen, zowel op nationaal als op tussen-statelijk niveau. UNCITRAL staat dicht bij individuele insolventieprocedures, zoals in wetgeving geregeld. Zij benadrukt de doelstellingen die eigen zijn aan handel: vertrouwen in het rechtsverkeer en voorspelbaarheid daarvan, in het bijzonder ook vertrouwen in het desbetreffende insolventieregime en de centrale rol die de insolvency representative daarin speelt. EBRD staat op de schouders van de eerste twee organisaties. Ook zij benadrukt dat een “... effective and efficient insolvency system is a critical part of a sound and stable economy” en benadrukt in het bijzonder de rol van “... the insolvency practitioners who make the system run”. Zij richt zich niet zozeer op een systeem van international insolventierecht, maar reikt in het bijzonder een twaalftal EBRD Insolvency Office Holder Principles aan, “..... to advance the integrity, fairness and efficiency of the insolvency law system by ensuring that only appropriately qualified

reorganization plan, (7) Final account of the bankruptcy administrator, en (8) Manner of keeping and preserving records of the bankrupt debtor and the bankruptcy administrator. Zie nader <http://www.ebrd.com/pages/sector/legal/insolvency.shtml>.

¹⁰⁶ Van contacten met EBRD weet ik dat in de desbetreffende lid-staten de opname van deze onderdelen in wetgeving zelf wordt gewaardeerd. De test is natuurlijk of deze regels in de praktijk werken; deze toets schuilt in een uitgebreide assessment van individuele voorbeelden van praktijkvoering en resultaten van het werk van insolvency office holders. Indachtig de regel dat het niet gaat om “law in the books”, maar “law in action”, verdient deze aanpak beslist waardering.

professionals hold office in insolvency cases.” De groep ontwerpers van deze Principles is echter beduidend kleiner in vergelijking met die welke aan de Legislative Guide hebben bijgedragen. De EBRD Insolvency Office Holder (IOH) Principles beschouw ik echter als waardevol vanwege het specifieke karakter en EBRD’s ervaring met benchmarking van hun principes. Deze laatste activiteit wordt door UNCITRAL niet geboden. Tenslotte valt op dat zowel UNCITRAL als EBRD grote nadruk leggen op het in een wet vastleggen van de verschillende elementen met betrekking tot de IOH. Dit komt ook in het bijzonder tot uiting in een set aan documenten die met hulp van EBRD in 2010 in Servië met kracht van wet zijn aangenomen. Wat deze ontwikkeling voor Nederland respectievelijk voor Europa zou kunnen betekenen zet ik aan het slot uiteen.

4. België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk

4.1. Inleiding

69. De benadering die volgt uit de definitie die Lohse geeft van harmonisatie (“..... a conscious process that has the aim of leading to the insertion of a concept into the national legal orders, which triggers a process of adaptation to form a European concept as uniform as required to serve the objectives of the European Union”, aangehaald in par. 53) heeft wellicht betekenis voor onderdelen van het vennootschaps- of het consumentenrecht. Deze rechtsterreinen worden immers reeds jaren benut voor het dienen van duidelijke doeleinden van de EU, waaronder de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening of goederenverkeer. Bij het insolventierecht wordt dit lastiger, omdat – zoals ik in de inleiding heb uiteengezet – “insolventie” tot heden eigenlijk alleen met de Insolventieverordening vorm heeft gekregen op het terrein van grensoverschrijdende “justitiële samenwerking in burgerlijke zaken”. Het betreft derhalve i.p.r.-onderwerpen als grensoverschrijdende erkenning van rechterlijke beslissingen, regels voor toepasselijk recht, grensoverschrijdende tenuitvoerlegging van vonnissen, grensoverschrijdende afstemming van (hoofd- en secundaire) insolventieprocedures e.d., welke samenwerking overigens ook (art. 81 lid 1, tweede zin Werkingsverdrag EU) maatregelen ter “aanpassing” (Engels: “approximation”) van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen kan omvatten.

70. Het valt echter op dat het EP aan haar aanbevelingen mede art. 114 Werkingsverdrag ten grondslag legt. De bepaling heeft – kort gezegd – betrekking op het realiseren van bepalingen voor de verwezenlijking van de doeleinden van de EU, waaronder de onderlinge aanpassing van bepalingen van de lidstaten “die de instelling en de werking van de interne markt betreffen” (art. 114 lid 1, slot). Met het aangeven van de basis in het EU-recht heeft het EP direct een relatie gelegd tussen het thema “insolventie” en de interne markt.¹⁰⁷

71. Dit verband is tot heden voorzover ik kan nagaan zelden gelegd, maar ik acht haar logisch en goed verdedigbaar. Ik sluit aan bij de visie die ruim vijftien jaar geleden is vertolkt door de belangrijkste architect van wat nu de EU Insolventieverordening is, de Duitser Manfred Balz,

¹⁰⁷ Uitvoerder over „harmonisatie“ en de interne markt Thomas Wiedmann and Martin Gebauer, *Zivilrecht und europäische Integration*, in: M. Gebauer / T.Wiedmann (Eds.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss. Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und andere Gesetze – Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, Richard Boorberg Verlag, 2nd ed. 2010, Kap. 1, nr. 37.

die stelde dat een “... functioning bankruptcy system is essential to any economy that aspires to achieve the freedoms of establishment of business and the free flow of goods, services and capital, and to integrate national markets into a unitary internal market.”¹⁰⁸ Het is ontegenzeggelijk dat in veel landen aan insolventie het stigma kleeft dat de bedrijfsleiding heeft gefaald en dat ernstige zorgen bestaan over belangenverstremming of vermoedens van fraude. Dit neemt echter niet weg dat in het zakenverkeer “insolventie” gaandeweg een calculeerbaar en aanvaardbaar ondernemingsrisico is geworden.¹⁰⁹ In de meeste landen is insolventierecht in haar belang voor de economie gegroeid, maar in het algemeen is de discussie verlegd naar wat nu eigenlijk de doeleinden van het insolventierecht zijn. Op Europees niveau vindt een vergelijkbare discussie plaats in het kader van: “Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie”.¹¹⁰

72. In de veronderstelling dat het perspectief, zowel nationaal als Europees, verschuift van “liquidatie” naar “niet-liquidatie”, veelal – onder duidelijke voorwaarden – redding van het in slecht weer verkerende bedrijf, dan rijst de vraag hoe harmonisatie op Europees niveau moet worden aangepakt. Van de zeven key indicators (zie par. 54) maak ik een eerste stap ten aanzien van fase (3), een “take stock”, die hier overigens is beperkt tot de buurlanden België, Duitsland en – summier – het Verenigd Koninkrijk.¹¹¹

73. Hoewel overweging 11 bij de EU Insolventieverordening rept van grote verschillen in het materiële insolventierecht van de lidstaten, gaat die overweging ook op voor de in een Lid-Staat beschikbare formele procedures. De bijlagen bij de Insolventieverordening geven aan

¹⁰⁸ Manfred Balz, *The European Convention on Insolvency Proceedings*, in: 70 *American Bankruptcy Law Journal* 1996, p. 485 e.v., in casu p. 490. Zoals uit hoofdstuk 3 volgt is dit besef vanaf de financiële crisis in (Zuid-oost) Azië in 1997-1998 gaandeweg beter verankerd: “Effective and efficient insolvency and creditor rights systems are widely recognized as important elements of financial system stability. These systems help to ensure efficient access to credit and allocation of resources, enhancing productivity and growth. They also enable commercial stakeholders to better manage financial risk and other difficulties in the enterprise sectors in a timely way, so as to minimize systemic risk, particularly in the banking system.”, zie de aangehaalde 2011 World Bank Principles, p. 3.

¹⁰⁹ In deze zin Jay Lawrence Westbrook, Charles D. Booth, Christoph G. Paulus & Harry Rajak, *A Global View of Business Insolvency Systems*, The World Bank, Washington DC, 2010, p. 143, die betogen “..... that insolvency is an enterprise risk.”

¹¹⁰ Zie de in december 2012 gepubliceerde Mededeling van de Europese Commissie, COM(2012) 742.

¹¹¹ Voor overzichten van nationale insolventierechtstelsels van de Lid-staten, zie de site van het Europees Judicieel Netwerk, http://ec.europa.eu/civiljustice/index_nl.htm. De opgenomen informatie is overigens vrij beperkt (informatie over bevoegdheden van een curator is zelden beschikbaar) en de tekst is heel algemeen gesteld. De site meldt: “De belangrijkste doelstelling van het netwerk is mensen te helpen die verward zijn in burgerlijke of handelsgeschillen met een grensoverschrijdende dimensie, oftewel met betrokkenheid van meer dan één lidstaat.” De vraag of dit doel wordt bereikt kan ernstig betwijfeld worden.

dat België zeven typen van insolventieprocedures kent¹¹² en dat Bijlage C, die de nationale benamingen voor “curator” (in de betekenis van de Insolventieverordening) bevat, voor België zes functionarissen vermeldt.¹¹³ Duitsland heeft vier insolventieprocedures laten opnemen¹¹⁴ waarbij (naar ik aanneem) acht functionarissen een rol hebben.¹¹⁵ Voor het Verenigd Koninkrijk zijn deze aantallen vijf¹¹⁶ respectievelijk zeven.¹¹⁷ Wat ik nu “vergelijken” noem kan dus alleen maar een eerste signalering van enkele markante punten – vanuit Nederlands perspectief – zijn.

4.2. België

74. Art. 27 van de Belgische Faillissementswet (Faill.W.) bepaalt dat “curators” worden gekozen uit de personen ingeschreven op een lijst opgesteld door de algemene vergadering van de rechtbank van koophandel. Dat is in België de rechtbank die het faillissement uitspreekt. Sedert 2006 kunnen bij gemotiveerde beslissing één of meer curatoren worden aangesteld die zijn ingeschreven op een lijst opgesteld door de algemene vergadering van een andere rechtbank van koophandel, zulks op grond van het bijzondere karakter van het faillissement. Op bedoelde lijst kunnen alleen worden geplaatst advocaten ingeschreven op het tableau van de de Orde van Advocaten in het gerechtelijk arrondissement waar de rechtbank van koophandel zetelt. De Koning bepaalt de procedure van voordracht van de kandidaten bij de rechtbank alsook de termijnen die moeten worden nageleefd bij het onderzoek van de sollicitaties. Art. 27 Faill.W. vervolgt: “Zij moeten een bijzondere opleiding hebben genoten en waarborgen inzake bekwaamheid bieden op het gebied van

¹¹² Ik gebruik de Nederlandstalige benamingen: (i) het faillissement, (ii) de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord, (iii) de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, (iv) de collectieve schuldenregeling, (v) de vrijwillige vereffening, (vi) de gerechtelijke vereffening, (vii) de voorlopige ontneming van beheer, bepaald in artikel 8 van de faillissementswet.

¹¹³ Ook hier alleen de Nederlandstalige versies: (i) curator, (ii) gedelegeerd rechter, (iii) gerechtsmandataris, (iv) schuldbemiddelaar, (v) vereffenaar, (vi) voorlopige bewindvoerder.

¹¹⁴ (i) Das Konkursverfahren, (ii) Das gerichtliche Vergleichsverfahren, (iii) Das Gesamtvollstreckungsverfahren, (iv) Das Insolvenzverfahren.

¹¹⁵ (i) Konkursverwalter, (ii) Vergleichsverwalter, (iii) Sachwalter (nach der Vergleichsordnung), (iv) Verwalter, (v) Insolvenzverwalter, (vi) Sachwalter (nach der Insolvenzordnung), (vii) Treuhänder, (viii) Vorläufiger Insolvenzverwalter.

¹¹⁶ (i) Winding-up by or subject to the supervision of the court, (ii) Creditors’ voluntary winding-up (with confirmation by the court), (iii) Administration, including appointments made by filing prescribed documents with the court, (iv) Voluntary arrangements under insolvency legislation, (v) Bankruptcy or sequestration.

¹¹⁷ (i) Liquidator, (ii) Supervisor of a voluntary arrangement, (iii) Administrator, (iv) Official Receiver, (v) Trustee, (vi) Provisional Liquidator, (vii) Judicial factor.

vereffeningsprocedures.”¹¹⁸ Vriesendorp leest de bepaling aldus dat hieruit impliciet een eis van integriteit kan worden afgeleid, waarbij hij wijst op de in art. 40 Faill.W. gelegen taak van het beheer gedurende faillissement “als een goed huisvader onder toezicht van de rechter-commissaris.”¹¹⁹ De Koning kan de voorwaarden inzake opleiding en inzake bekwaamheid op het gebied van vereffeningprocedures nader bepalen.

75. In België bestaat dus een monopolie voor leden van de orde.¹²⁰ Aan de benoemde curator kan in het geval de aard en de omvang van een faillissement het vereisen, “... elke andere persoon die voldoet aan de voorwaarden inzake opleiding en de waarborgen biedt bedoeld in het tweede lid, als curator worden toegevoegd wegens bijzondere bekwaamheden.” Deze persoon hoeft niet op de lijst voor te komen en zijn benoeming is ter discretie aan de rechtbank overgelaten. De curator mag zich door anderen laten bijstaan, maar in bepaalde gevallen (beschrijving inventaris; verkoop onderneming) is daartoe toestemming van de rechtbank vereist, art. 43 Faill.W. Voor de weigering tot plaatsing op de lijst respectievelijk schrapping ervan bestaat een vrij uitvoerige procedure (art. 28-29 Faill.W).¹²¹ De rechtbank kan een curator ook vervangen (na betrokkene te hebben gehoord). Art. 31 Faill.W. geeft geen gronden aan, maar voorbeelden zijn een niet bekend gemaakt belangenconflict, gebrek aan specifieke kennis of het onvoldoende gevolg geven aan orders van de rechtbank.¹²²

76. Bij de inschrijving op de lijst legt een curator ten overstaan van de voorzitter van de rechtbank de eed af. Deze is in 2002 weer in de wet ingevoerd. Zij kent de volgende bewoordingen:

“Ik zweer getrouwheid aan de Koning, gehoorzaamheid aan de Grondwet en aan de wetten van het Belgische volk. Ik zweer (mijn opdrachten) in eer en geweten, nauwgezet en eerlijk te zullen vervullen.”¹²³

¹¹⁸ Bedoelde lijst vermeldt tevens voor iedere ingeschrevene de faillissementen waarvoor hij reeds als curator is aangesteld. In ieder geval vermeldt de lijst de naam van de gefailleerde, de datum van de benoeming van de curator en, in voorkomend geval, de datum van de beëindiging van zijn opdracht. De lijst kan kosteloos worden geraadpleegd.

¹¹⁹ R.D. Vriesendorp, De invloed van crediteuren op de aanstelling van een integere curator, in: M.L.S. Kalff e.a. (red.), *De Integere Curator*. Insolad Jaarboek 2007, p. 41 e.v., i.c. p. 47.

¹²⁰ Zo Eric Dirix en Roel Fransis, *National Report for Belgium*, in: Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason Kilborn and Thomas Richter (eds.), *Commencement of Insolvency Proceedings*, Oxford International and Comparative Insolvency Law Series, Oxford University Press, 2012, p. 42 e.v., in casu p. 58.

¹²¹ Uitvoerig weergegeven door Eddy van Camp, De curator (Art. 27-34 Faill.W.), in: H. Braekmans, H. Cousy, E. Dirix, B. Tilleman, M. Vanmeenen, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006, p. 375 e.v., i.c. p. 378 e.v.

¹²² Dirix en Fransis, a.w., p. 59.

¹²³ Art. 30 Faill.W. haar tekst bevat ook een eedsverklaring in het Frans of in het Duits.

Betrokkene bevestigt dat hij zijn ambt aanvaardt door uiterlijk de eerste werkdag volgende op de aanstelling ter griffie het proces-verbaal van aanstelling te ondertekenen, zie art. 30 Faill.W., dat vervolgt:

“De curator meldt elke vorm van tegenstrijdigheid van belangen of schijn van partijdigheid aan de voorzitter van de rechtbank. In ieder geval meldt de curator dat hij of één van zijn vennoten of rechtstreekse medewerkers, behalve in de hoedanigheid van curator, prestaties heeft verricht voor de gefailleerde of de bestuurders en zaakvoerders van de gefailleerde vennootschap, of voor een schuldeiser, tot achttien maanden vóór het vonnis van faillietverklaring.

De verklaringen van de curator worden bij het faillissementsdossier gevoegd. De voorzitter oordeelt of de verklaring de uitvoering van zijn opdracht als curator verhindert.”

77. Dirix en Fransis lichten toe dat de meeste curatoren partner of medewerker zijn van een advocatenkantoor dat meerdere werkvelden bedient en dat de wetgever de intentie heeft binnen de orde een meer gespecialiseerde groep van insolventie deskundigen te scheppen. Van Camp heeft met recht de vraag opgeworpen of de deontologie van de advocatuur voldoende dekkend is voor de taken van de curator en of de uitoefening van de taken als curator geen conflicten creëert met de deontologie van de advocaat. Hij geeft als voorbeelden confraterniteit en tegenstrijdigheid van belangen.¹²⁴ Er is in België dus een onderscheid in de plaatsing op de lijst en een benoeming in een bepaalde faillissementszaak. Van Camp geeft aan dat rechtbanken een bepaald, verder niet gepubliceerd beleid voeren, gebaseerd op een systeem van A-, B- of C-curatoren, waarbij de eerdere letter in het alfabet een ruimere ervaring aangeeft.¹²⁵

Bij de uitoefening van zijn bevoegdheden wordt ook in België aangenomen dat de curator rechtens niet een vertegenwoordiger is van de schuldenaar of de schuldeisers, maar als een functionaris “... who acts in an ‘impartial’ or ‘neutral’ way in respect of all the conflicting interests of the debtor, the creditors and other stakeholders in the proceedings (e.g. employees)”.¹²⁶

¹²⁴ Eddy van Camp, De curator (Art. 27-34 Faill.W.), in: H. Braekmans, H. Cousy, E. Dirix, B. Tilleman, M. Vanmeenen, Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006, p. 375 e.v., i.c. p. 376.

¹²⁵ Van Camp, a.w., p. 379.

¹²⁶ Dirix en Fransis, a.w., p. 60. Van Camp, a.w., p. 377, beschouwt de curator als “... een onpartijdige door de rechtbank aangestelde gerechtsmandataris”, maar meldt wel dat de curator in toga voor de rechter dient te verschijnen om hem in staat te stellen niet “... een dienaar van de rechtbank, maar van het recht” te zijn.

78. De wet kent een eigen, vrij uitvoerige regeling voor belangentegenstelling. Art. 32 Faill.W. bepaalt dat onverminderd de meldingsplicht zoals bepaald in art. 30 en voorzover de tegenstrijdigheid van belangen daardoor kan worden voorkomen, de curator bij verzoekschrift gericht aan de rechtbank van koophandel de aanstelling van een curator ad hoc vraagt. De rechtbank doet uitspraak op verslag van de rechter-commissaris.¹²⁷ De rechtbank kan ook ambtshalve een curator ad hoc aanstellen. Hoewel art. 34 spreekt over aanstelling “ter vervanging van de curator-titularis”, functioneren beide curatoren naast elkaar en dient die curator ad hoc de aanvaarding van zijn opdracht schriftelijk te bevestigen. Na afloop van zijn opdracht maakt hij een verslag op van zijn activiteiten en laat hij zijn staat van kosten en ereloon begroten door de rechtbank, die uitspraak doet op verslag van de rechter-commissaris en na de curator-titularis te hebben gehoord.

79. De staat van kosten en “ereloon” van de curator ad hoc wordt door de curator-titularis in zijn eindafrekening opgenomen als kosten van het faillissement. Ik meld alleen nog dat (zie art. 33 Faill.W.) het “ereloon” van de curators wordt bepaald naar verhouding van het belang en de complexiteit van hun taak en niet uitsluitend mag worden uitgedrukt in een procentuele vergoeding op basis van de gerealiseerde activa.¹²⁸ Art. 34 kent een verslagregeling.¹²⁹

4.3. Duitsland

80. In Duitsland luidt § 56 (“Bestellung des Insolvenzverwalters”) Insolvenzordnung (InsO) sedert 1 maart 2012 als volgt:

“(1) Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person

¹²⁷ Van Camp, a.w., p. 391, die er op wijst dat het (met de duiding van het conflict) gemotiveerde verzoekschrift samen met de beschikking van de rechtbank in het “vennootschapsdossier” wordt opgenomen, en aldus door derden kan worden geraadpleegd, waardoor mogelijk een beroepsgeheim wordt ontbloot. Deze consequentie van de bepaling is wegens disproportionaliteit ervan vernietigd door het Belgische Arbitragehof (thans: Grondwettelijk Hof) bij arrest van 24 maart 2004 (50/2004).

¹²⁸ “De regels en barema's tot vaststelling van het ereloon worden door de Koning bepaald. Hierbij bepaalt de Koning welke prestaties en kosten door het ereloon worden gedekt. De Koning kan tevens bepalen welke kosten afzonderlijk worden vergoed en op welke wijze ze worden begroot. Bij elk verzoek tot toekenning van een ereloon wordt een gedetailleerd overzicht van de te vergoeden prestaties gevoegd.”

¹²⁹ Een praktische handleiding voor nagenoeg elke afzonderlijke activiteit bij de afhandeling van een faillissement bieden Bernard Mailleux en Annemie Moens, *Werkwijze en deontologie van de curator*, in: H. Braekmans, H. Cousy, E. Dirix, B. Tilleman, M. Vanmeenen, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006, p. 401 e.v.

zu bestellen, die aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen auszuwählen ist. Die Bereitschaft zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen kann auf bestimmte Verfahren beschränkt werden. Die erforderliche Unabhängigkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die Person (i) vom Schuldner oder von einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist, (ii) den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat.

(2) Der Verwalter erhält eine Urkunde über seine Bestellung. Bei Beendigung seines Amtes hat er die Urkunde dem Insolvenzgericht zurückzugeben.”

81. De positie van de curator wordt in Duitsland na veel discussie thans vooral verklaard vanuit de Amtstheorie, houdende dat de curator een functionele ambtsdrager is die optreedt in het belang van alle schuldeisers. § 56(1) InsO stelt aan de benoeming vrij abstracte vereisten, te weten dat de desbetreffende persoon moet zijn (i) een natuurlijke persoon, die (ii) specifieke bedrijfskennis bezit en (iii) onafhankelijk is, zowel van de schuldeisers als de schuldenaar. De zinsneden “... die aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen auszuwählen ist. Die Bereitschaft zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen kann auf bestimmte Verfahren beschränkt werden” zijn in 2007 in de wet opgenomen teneinde uitdrukkelijk tot uitdrukking te brengen dat zogenaamde besloten lijsten (“closed lists”) met namen van kandidaat-curatoren ontoelaatbaar zijn. Iemand die verzoekt om op de lijst te worden geplaatst mag verwachten dat de rechter zorgvuldig en zonder vooringenomenheid zijn discretie uitoefent, maar de desbetreffende persoon heeft rechtens geen aanspraak op een benoeming. De rechtbank mag in een concreet geval ook een niet “geliste” curator benoemen.¹³⁰ De toegevoegde woorden in de tekst van § 56(1) InsO vormen een stap in de ontwikkeling van een vraagstuk dat de Duitse insolventiewereld het laatste decennium heeft gedomineerd. De praktijk wees uit dat rechtbanken telkens voor een benoeming op bij hen bekende personen teruggrepen.

82. Na onder meer de genoemde uitspraak van het Grondwettelijk Hof en de wetswijzing van 2007 zijn er twee fasen in de benoeming van een curator te onderscheiden: (i) de plaatsing op een lijst als beschikbare kandidaat (*Vorauswahl*) en (ii) de benoeming in het concrete geval. De rechtbank dient uit de kring van alle tot benoeming bereid zijnde natuurlijke personen een curator te kiezen die specifieke bedrijfskennis heeft, dat wil zeggen dat hij/zij ten opzichte van de rechtbank kan aantonen over deze kennis te beschikken. Deze kennis kan, maar hoeft

¹³⁰ De wetswijziging volgde op een uitspraak in deze zin van het Duitse Bundesverfassungsgericht 3 augustus 2004, NZI 2004, 574; ZIP 2004, 1649. Art 12(1) van de Duitse Grondwet luidt: “(1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.”

niet juridisch of financieel-economisch te zijn.¹³¹ De eerste fase moet waarborgen dat een grondige voorselectie heeft plaatsgevonden die de rechter in staat stelt een overwogen keuze te maken.

83. De uitspraak heeft ertoe geleid dat de vereisten die door rechters aan het beroep van curator worden gesteld zeer uiteenlopend zijn. De rechtspraak oordeelt over plaats van “bürositz”, juridische deskundigheid, de definitie van “Ortsnähe” of “höchstpersönliche Bearbeitung”, leeftijd en het feit of een eerdere veroordeling aan plaatsing in de weg staat.¹³² Zij wordt ook gevormd door rechters die uit vorige dossiers pogen te achterhalen welke curatoren het meest succesrijk waren of wijst uit dat zij een doelargumentatie gebruiken om tot een gewenste benoeming te komen.¹³³ Voorstellen tot enige uniformering in deze criteria hebben slecht deels vruchten afgeworpen. De bekendste zijn de zogenoemde Uhlenbruck-criteria, genoemd naar de hoogleraar uit Keulen die voorzitter was van de commissie die deze in 2007 publiceerde.¹³⁴ In de woorden van Graf-Schlicker: “Die Gerichte befassen sich umfangreich mit der Aufstellung vor Kriterien, führen Gespräche mit den Bewerbern, listen und delisten sie.”¹³⁵ Nagenoeg alom wordt onderkend dat deze werkwijze voor kleinere rechtbanken tijdrovend is, dat de lijsten telkens langer worden en dat kandidaten in onzekerheid verkeren of zij wel op die lijst worden geplaatst. De roep om kortere lijsten die in staat stellen om specialisme op insolventieterrein te bevorderen wordt luider, maar kan in het Duitse rechtssysteem alleen door wetgeving worden tot stand gebracht.

84. § 27 InsO bepaalt dat de rechtbank de Insolvenzverwalter benoemt. Schuldeisers kunnen zich hiertegen echter verzetten. Op de eerste crediteurenvergadering die op de benoeming volgt kunnen de schuldeisers een andere persoon in diens plaats benoemen. Daartoe is voldoende de meerderheid van de totaalsom van de vorderingen en de meerderheid van de aanwezige (al dan niet met volmacht) stemgerechtigde schuldeisers. Een reden voor vervanging hoeft niet gegeven te worden. De rechter kan de benoeming van de gekozen curator alleen tegenhouden als betrokkene “... für des Ambtes nicht geeignet ist”. Tegen dit oordeel kan elke schuldeiser in beroep gaan.¹³⁶ Bij de keuze zijn de crediteuren gehouden aan de hiervoor aangehaalde bepaling van § 56 InsO, hetgeen kan betekenen dat uiteindelijk

¹³¹ *Frankfurter Kommentar Insolvenzordnung/Jahntz* (2011) § 56. Rn. 1 en 3.

¹³² Zie de rechtspraak vermeld door Marie-Luise Graf-Schlicker, *Der Auswahl des Insolvenzverwalters im Lichte der Dienstleistungsrichtlinie*, *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung* 2009, p. 235 e.v.

¹³³ Volker Römerman, *Berufsrecht der Insolvenzverwalter: Es gibt viel zu tun – packen wir’s an!*, *INDat-Report* 07-2012, p. 14 e.v.

¹³⁴ http://www.vid.de/images/stories/pdf_fuer_einzelseiten/uhlenbruck-empfehlungen.pdf.

¹³⁵ Graf-Schlicker, a.w., p. 237

¹³⁶ § 59 InsO regelt het ontslag, op verzoek van schuldeisers of door de rechter ambtshalve.

iemand wordt gekozen die niet op de lijst voorkomt.¹³⁷ Deze bevoegdheid van de schuldeisers steunt in het Duitse rechtssysteem op de idee van autonomie van de schuldeisers in geval van insolventie. Evenals andere curatoren staat hij onder toezicht van de rechtbank, geregeld in § 58 InsO. Een gezaghebbend auteur verdedigt echter – zonder motivering – dat de benoeming door de schuldeisers van deze nieuwe curator “... dafür [spricht] das dessen Amtstätigkeit intensiever zu überwachen ist als die eines Insolvenzverwalters, dessen Tätigkeit dem Insolvenzgericht langjährig bekannt ist.”¹³⁸

85. Van nog recenter datum is de slotzinsnede van § 56(1), bepalende dat de vereiste onafhankelijkheid niet reeds afwezig is op de enkele grond dat de persoon (i) door de schuldenaar of een schuldeiser is voorgesteld, dan wel (ii) dat de schuldenaar voor de opening van de insolventieprocedure door haar/hem in het algemeen over de afloop van een procedure en haar gevolgen geadviseerd is. De bepaling is op 1 maart 2012 in werking getreden. Een dergelijk voorstel had weliswaar voordien ook al geen invloed op de beoordeling van de onafhankelijkheid, maar is thans uit oogpunt van rechtszekerheid en ter versterking van de idee van schuldeisersautonomie opgenomen.¹³⁹ Bij de advisering die “neutraal” blijft is gedacht aan advisering bij het opstellen van een reddingsplan (zogenoemde “pre-pack”).

86. Per 1 maart 2012, tenslotte, is ook de invloed van crediteuren op de benoeming van een curator vergroot. Indien een voorlopige schuldeiserscommissie is ingesteld¹⁴⁰ is § 56a InsO (“Gläubigerbeteiligung bei der Verwalterbestellung“) InsO van toepassing.¹⁴¹ Voorafgaand

¹³⁷ *Frankfurter Kommentar Insolvenzordnung/Jahntz* (2011) § 56. Rn. 8.

¹³⁸ *Münchener Kommentar Insolvenzordnung-Graeber* (2008) § 57. RdNr. 39.

¹³⁹ *Frankfurter Kommentar Insolvenzordnung/Jahntz* (2011) § 56. Rn. 63.

¹⁴⁰ Vóór de opening van de procedure moet een voorlopige schuldeiserscommissie worden ingesteld indien de schuldenaar in het voorafgaande “Geschäftsjahr” ten minste twee van de drie navolgende criteria heeft vervuld (samenvattend): (1) minstens een balans van ten minste 4 840 000 Euro, (2) een omzet van ten minste 9 680 000 Euro in de voorafgaande 12 maanden, of (3) een gemiddeld aantal van ten minste 50 werknemers “im Jahresdurchschnitt”. Zie art. 22a(1) InsO.

¹⁴¹ Haar tekst luidt:

(1) Vor der Bestellung des Verwalters ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zu geben, sich zu den Anforderungen, die an den Verwalter zu stellen sind, und zur Person des Verwalters zu äußern, soweit dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.

(2) Das Gericht darf von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Das Gericht hat bei der Auswahl des Verwalters die vom vorläufigen Gläubigerausschuss beschlossenen Anforderungen an die Person des Verwalters zugrunde zu legen.

(3) Hat das Gericht mit Rücksicht auf eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners von einer Anhörung nach Absatz 1 abgesehen, so kann der vorläufige Gläubigerausschuss in seiner ersten Sitzung einstimmig eine andere Person als die bestellte zum Insolvenzverwalter wählen.

aan de benoeming dient derhalve deze commissie te worden gehoord. De commissie kan zich uiten over de aan de curator te stellen eisen (profielchets) en de persoon van de curator. Het voorstel is aanvaard op basis van de meerderheid van de som van de vorderingen; het vereiste van de meerderheid van de schuldeisers geldt hier niet.¹⁴² Een unaniem voorstel voor een specifieke curator mag door de rechtbank alleen gepasseerd worden als hij, naar het oordeel van de rechtbank, niet voor het ambt geschikt is.

De discussie over de vraag of een curator voldoende blijkt geeft van “Unabhängigkeit” stip ik in het volgende hoofdstuk aan.

87. Door het Verband Insolvenzverwalter Deutschlands (VID) zijn in 2011 voor de leden bindende “*Grundsätzen ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung*” (GOI) nieuwe vereisten geformuleerd voor “... eine unabhängige, transparente und qualitativ anspruchsvolle Insolvenzverwaltung“. Zij worden in de toelichting als „streng“ gekwalificeerd. In 2012 is daaraan toegevoegd een zogenoemde *Überprüfung erlassene Prüfungsordnung*, opdat naar de stand van zaken per 1 januari 2013 leden kunnen toetsen of zij aan de VID-verenigingsvereisten voldoen. In de in 2011 herziene “*Berufsgrundsetze der Insolvenzverwalter*” wordt schending van de beroepsregels met typisch tuchtrechtelijke sancties bejegend (waarschuwing, berisping, uitsluiting als lid).¹⁴³

4.4. Verenigd Koninkrijk

88. Het insolventiespeelveld in Engeland (en Wales) is lastig in te schatten. Er zijn vijf wettelijke procedures voor “corporate” insolventieprocedures, waarvan er vier in de Insolvency Act 1986 geregeld zijn, en één in de Companies Act 1985. Oorspronkelijk konden zekerheidsgerechtigden (op basis van een zogenoemde “floating charge”) een “administrative receiver” benoemen die het onderwerp van de zekerheid uitwon en die aan zijn opdrachtgever – na aftrek van enkele posten – de opbrengst voldeed. Met de Enterprise Act van 2002 is deze figuur nagenoeg geheel verdwenen. Bekender is de procedure van “administration”, die overigens al in de Act van 1986 voorkwam, maar met de Enterprise Act 2002 (Insolvency Act 1986, Schedule B1) beter gestroomlijnd is. Administration kan worden aangevangen door de rechtbank (eigen aangifte of op verzoek van een of meer schuldeisers), maar ook “out-of-court” (bijvoorbeeld door het bestuur van de schuldenaar zelf). Voordat de rechtbank een administrator benoemt moet vaststaan dat de schuldenaar niet in staat is of redelijkerwijs niet

¹⁴² *Frankfurter Kommentar Insolvenzordnung/Jahntz* (2011) § 57. Rn. 65.

¹⁴³ Zie <http://www.vid.de/de/qualitaet/goi.html>.

in staat zal zijn zijn opeisbare schulden te voldoen. De rol van de administrator is breed: (i) het bedrijf redden als going concern, (ii) trachten een “better than winding-up outcome” te bereiken ten voordele van alle schuldeisers of (iii) het verkrijgen van opbrengst uit verkoop van vermogen om een of meer “secured” of “preferential” schuldeisers te betalen.¹⁴⁴ Ik beperk me nu tot de administrator.

89. Hij is een “office-holder”, die speciale wettelijke bevoegdheden heeft en als zodanig als een “insolvency practitioner” mag optreden.¹⁴⁵ Een administrator is ook “officer of the court”, die als zodanig verplicht is “.... to act not only lawfully, but fairly and honorably”.¹⁴⁶ De meeste administrators hebben een authorisation van één van de zeven (!) professionele organisaties die door de Secretary of State daartoe bevoegd zijn verklaard.¹⁴⁷ Toezicht van begin tot eind op het verloop van een insolventieprocedure, zoals Nederland dat kent bij faillissement, bestaat in Engeland niet. De rechtbank heeft alleen een geschilbeslechtende rol, hetgeen in langduriger administrations ertoe kan leiden dat niet altijd dezelfde rechter over een geschil oordeelt.¹⁴⁸

90. Kenmerkend voor het Engelse stelsel is de hoge graad van regulering van insolvency practitioners. De Engelse overheid kent een Insolvency Service, een uitvoerend orgaan van wat thans heet het Department of Business, Innovation and Skills (BIS). De genoemde zelfregulerende organisaties monitoren de wijze van uitoefening van het beroep, mede door het beschikbaar stellen van standaarden en modellen. De Secretary of State heeft de bevoegdheid om regelgeving op te stellen die een verbod betreffen voor een persoon om als insolvency practitioner te handelen in geval van een belangentegenstelling, maar hiervan is tot

¹⁴⁴ Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2009, p. 19 e.v.

¹⁴⁵ Insolvency Act 1986, s.230 en s.233.

¹⁴⁶ Lightman & Moss, *The Law of Administrators and Receivers of companies*, Thomson Reuters, 5th. Ed., 2011, p. 226 e.v.

¹⁴⁷ The Association of Chartered Certified Accountants; The Insolvency Service; Insolvency Practitioners Association; The Institute of Chartered Accountants in England and Wales; Chartered Accountants, Ireland; The Institute of Chartered Accountants of Scotland; The Law Society of Scotland; Solicitors Regulation Authority. Zie Insolvency Act 1986, s.391, in samenhang met S.I.1986/1764: the Insolvency Practitioners (Recognised Professional Bodies) Order 1986.

¹⁴⁸ Gerard McCormack, *National Report for England*, in: Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason Kilborn and Thomas Richter (eds.), *Commencement of Insolvency Proceedings*, Oxford International and Comparative Insolvency Law Series, Oxford University Press, 2012, p. 234, i.c. p. 262, meldt dat via case-management regels wordt gepoogd dezelfde rechter aan een zaak te verbinden.

heden geen gebruik gemaakt.¹⁴⁹ Er is echter wel een zeer gedetailleerde Insolvency Code of Ethics, die door alle regulerende organisaties is aanvaard.¹⁵⁰

91. De Code is gebaseerd op vijf fundamentele principes en bevat vervolgens een raamwerk dat een practitioner kan gebruiken om potentiële bedreigingen/schendingen op te sporen en om vast te stellen welke waarborgen kunnen worden toegepast om deze weg te nemen. In de praktijk wordt in het bijzonder de regel inzake het vrij staan om een benoeming te aanvaarden benadrukt.¹⁵¹ Ik haal hieronder deze principes aan met de daarbij verschaftte korte verklarende tekst:

“(a) Integrity

An Insolvency Practitioner should be straightforward and honest in all professional and business relationships.

(b) Objectivity

An Insolvency Practitioner should not allow bias, conflict of interest or undue influence of others to override professional or business judgements.

(c) Professional Competence and Due Care

An Insolvency Practitioner has a continuing duty to maintain professional knowledge and skill at the level required to ensure that a client or employer receives competent professional service based on current developments in practice, legislation and techniques. An Insolvency Practitioner should act diligently and in accordance with applicable technical and professional standards when providing professional services.

(d) Confidentiality

An Insolvency Practitioner should respect the confidentiality of information acquired as a result of professional and business relationships and should not disclose any such information to third parties without proper and specific authority unless there is a legal or professional right or duty to disclose. Confidential information acquired as a result of professional and business relationships should not be used for the personal advantage of the Insolvency Practitioner or third parties.

(e) Professional Behaviour

An Insolvency Practitioner should comply with relevant laws and regulations and should avoid any action that discredits the profession. Insolvency Practitioners should conduct

¹⁴⁹ Insolvency Act 1986, s.419(2)(b).

¹⁵⁰ Te raadplegen via <http://www.bis.gov.uk/insolvency/insolvency-profession/Professional%20conduct/code-of-ethics>

¹⁵¹ Lightman & Moss, t.a.p., p. 228. Zie Finch, a.w., hoofdstuk 5 “Insolvency practitioners and turnaround professionals”, p. 178 e.v.

themselves with courtesy and consideration towards all with whom they come into contact when performing their work.”

4.5. Voorlopige conclusies

92. Deze korte beschrijving weerspiegelt helder het beeld dat in het eerste hoofdstuk van het insolventierecht in het algemeen is geschetst: de positie van de faillissementscurator is sterk verbonden met het nationale stelsel van insolventie(proces)recht. In België bestaat in beginsel een exclusief monopolie voor de advocaat, met wettelijke regels aangaande selectie en benoeming en met (volgens Vriesendorp) een impliciet vereiste van integriteit. De Faill.W. eist dat de curator een eed aflegt alsmede dat de curator bij de aanvang van zijn werk elke vorm van tegenstrijdigheid van belangen of schijn van partijdigheid aan de voorzitter van de rechtbank meldt. Daarnaast kent de Faill.W. een eigen, vrij uitvoerige regeling voor belangentegenstelling. Duitsland neemt “onafhankelijkheid” expliciet als vereise in de Insolvenzordnung op, gaat uit van de benoeming van een “geschäftskundige” en biedt een regeling voor rechterlijke beoordeling van die onafhankelijkheid indien deze persoon door schuldeisers of de schuldenaar wordt benoemd. In Duitsland is de problematiek van selectie en benoeming in hoge mate aan de rechterlijke macht overgelaten. Hoe zij plaats vindt wordt in de praktijk en de rechtsliteratuur als erg onbevredigend ervaren. In Engeland, tenslotte, is er een vijftal procedures en zijn er zeven organisaties die bevoegd zijn vergunningen te verstrekken om als “curator” werkzaam te zijn. De Engelse administrator is een “officer of the court”, een figuur die in Nederland niet bekend is. De regulering van de professie is zeer uitgewerkt.¹⁵²

¹⁵² De oproep van J.E. Stadig, Beroepsethiek, kwaliteitsvoorschriften en toezicht, in: M.L.S. Kalff e.a. (red.), *De Integere Curator. Insolad Jaarboek 2007*, p. 69 e.v., i.c. p. 80, om de Insolad Praktijkregels met zinvolle onderdelen uit Europese regelingen (Stadig doelt op Engeland en Duitsland) aan te vullen is onbeantwoord gebleven. Terecht merkt Walters op, dat noch het VK, noch Duitsland “an obvious template” voor Europese harmonisatie van beroepsregels voor curatoren verschaffen, zie Adrian Walters, *Regulating the Insolvency Office-Holder Profession across Borders*, in: Bob Wessels / Paul Omar (eds.), *Crossing (Dutch) Border in Insolvency*, Insol Europe, Nottinham/Paris, 2007, p. 49 e.v.

5. Nadenken over onafhankelijkheid

5.1. Inleiding

93. Na deze korte internationale en rechtvergelijkende beschouwing ga ik terug naar de aanbeveling van het Europees Parlement om bepaalde algemene aspecten van de eisen aan de kwalificatie en het werk van de curator te harmoniseren. Het EP somde op:

- “1. de curator moet zijn toegelaten door een bevoegd lichaam van een lidstaat of door een bevoegde rechtbank van een lidstaat benoemd zijn, moet van onbesproken gedrag zijn en moet de voor de uitvoering van zijn/haar taken noodzakelijke opleiding hebben afgerond;
2. de curator moet bevoegd en gekwalificeerd zijn om de situatie van de organisatie van de schuldeiser in te schatten en bestuurstaken voor de onderneming over te nemen;
3. (...)
4. (...)
5. de curator moet onafhankelijk zijn van de schuldeisers en van andere belanghebbenden bij de insolventieprocedure;
6. in geval van een belangenconflict legt de curator zijn/haar functie neer.”

Diverse van de gebruikte kwalificaties vergen een nadere duiding (“onbesproken gedrag”, “noodzakelijke opleiding”, “situatie in te schatten”, “belangenconflict” e.d.), maar in deze studie wil ik het element “onafhankelijk” belichten (in de zin van “de curator moet onafhankelijk zijn van de schuldeisers en van andere belanghebbenden bij de insolventieprocedure”), mede omdat in Duitsland momenteel het sedert maart 2012 in de wet voorkomende element “onafhankelijkheid” van de curator hevig wordt bediscussieerd.

94. Ik doe daarbij enige aanbevelingen, waarvan het mijn voorkeur heeft dat deze wettelijk worden geregeld. Dat doe ik tegen beter weten in. Het in november 2012 door de minister gepresenteerde voorstel tot “herijking faillissementsrecht” bevat drie onderwerpen.¹⁵³ De professionalisering van het beroep van curator lijkt daar niet onder te vallen, maar ik roep de wetgever op ook dit onderwerp aan te vatten. Dat kan naar mijn mening vrij eenvoudig door enkele kernwaarden aan art. 14 Fw (of in een art. 14a Fw) voor de integriteit van een faillissementscurator op te nemen en de uitwerking daarvan (mogelijk onder auspiciën van de

¹⁵³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2012-2013, 29 911, nr. 74, p. 2: “Mijn verkenning van mogelijke verbeterpunten in de Faillissementswet heeft geresulteerd in een Programma Herijking Faillissementsrecht, dat rust op drie pijlers: modernisering, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en fraudebestrijding. Eventuele suggesties van stakeholders kunnen hierin nog een plaats krijgen.”

wel in het voorstel voorziene “Insolventieraad”) in secundaire regelgeving, zoals een a.m.v.b., vast te leggen, opdat deze gemakkelijk aan wijzigende omstandigheden kan worden aangepast.

5.2. Onafhankelijkheid als wezenskenmerk bij juidische beroepen

95. “Although the attributed importance of independence is high, a clear definition of independence does not exist”. Met dit duidelijke statement pakt Van Zijl zijn onderzoek aan naar de onafhankelijkheid van commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders in het vennootschapsrecht.¹⁵⁴ “Onafhankelijkheid” is een wezenskenmerk van tal van beroepen waarin juristen werkzaam zijn, bijvoorbeeld de onafhankelijkheid van de rechtswetenschappelijke onderzoeker¹⁵⁵, de onafhankelijkheid van een advocaat of een notaris¹⁵⁶ en de onafhankelijkheid van een rechter.¹⁵⁷ Wat “onafhankelijkheid” inhoudt blijft vaak onbesproken.

96. Onafhankelijkheid is één van de kenmerken van de regels van beroepsethiek. Deze regels hebben betrekking op opstelling, optreden, handelwijzen en gedrag bij de uitoefening van een specifiek beroep. Een dergelijke ethische beroepsregel is te onderscheiden van een werkstandaard, zoals het werken met een protocol, voorschriften over het openen van een specifieke bankrekening, een bijzondere wijze van urenregistratie of vorm en wijze van verslaglegging. Deze laatste vormen te volgen standaarden bij de uitvoering van de bij het beroep horende werkzaamheden. Ethische regels hebben een meer fundamentele betekenis;

¹⁵⁴ N.J.M. van Zijl, *The Importance of Board Independence. A Multidisciplinary Approach*, diss. Rotterdam, 2012, in casu p. 368.

¹⁵⁵ Zie een verklaring die de KNAW propageert: http://www.knaw.nl/content/Internet_KNAW/actueel/bestanden/wetenschappelijke_onafhankelijkheid.pdf.

¹⁵⁶ Zie G.J.C. Lekkerkerker, De notaris en zijn eigen waarde; een kijk op het beroep, beroepslichten en realiteiten van het hier en nu, in: De goede notaris. Over notariële deontologie, Preadvis Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2010, p. 17 e.v., die zes kernwaarden voor de (Nederlandse) notaris onderscheidt, waaronder “onafhankelijkheid” en dit laatste kenmerk afzet tegen de “onafhankelijkheid” van de advocaat aan de hand van de voor deze beroepen geldende beroeps- en gedragsregels.

¹⁵⁷ Zie de NVvR-Rechterscode, in september 2011 door haar Ledenraad vastgesteld. Deze geeft blijkt van een open houding ten aanzien van kernwaarden die in een vijftal internationale documenten zijn opgenomen. Zie www.nvvv.org. Ik wijs ook op de Gedragscode Rechtspraak, die sinds mei 2010 voor “medewerkers van de rechtspraak” geldt en 11 bepalingen bevat aangaande “Onpartijdigheid, onafhankelijkheid”, “Onkreukbaarheid” en “Professionaliteit”. Te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

zij zijn inherent aan het beroep en geven aan hoe een professional zich bij de uitvoering van zijn werk gedraagt dan wel dient te gedragen.

97. Een terzijde. Er zijn, meen ik, drie redenen waarom een persoon zich aan ethische regels en het werken met werkstandaarden onderwerpt. Ik denk vooreerst aan de wens van een professional om te voldoen aan de binnen een beroepsgroep geldende regels ten einde zelf ervan overtuigd te zijn het beroep goed uit te oefenen.¹⁵⁸ Ten tweede acht ik van belang de wens om zowel door beroepsgenoten als door betrokken derden (schuldenaar, rechtbank, schuldeisers) te worden erkend en gerespecteerd als iemand die efficiënt, betrouwbaar en inzichtelijk (werkstandaarden), maar ook eerlijk en vertrouwenswaardig (ethische regels) zijn beroep uitoefent.¹⁵⁹ In aanvulling op deze (persoonlijke) redenen om de ethische regels en werkstandaarden te volgen is er mijns inziens nog een derde reden, die voortvloeit uit de eerder omarmde visie: “The success of any insolvency system is very largely dependent upon those who administer it. If they do not have the confidence and respect, not only of the courts and of the creditors and debtors, but also of the general public, then complaints will multiply and, if remedial action is not taken, the system will fall into disrepute and disuse.” De invalshoek hier is het algemene publiek, de niet direct of indirect bij een insolventiezaak betrokkenen, en – voeg ik toe – de perceptie van dat publiek.

5.3. Onafhankelijkheid van de faillissementscurator

98. Vanuit mijn uitgangspunt (zie par. 54) om zoveel mogelijk naar consistentie te streven met internationale (niet-bindende) normen zijn deze bronnen mijn startpunt bij het nadenken over de onafhankelijkheid van een faillissementscurator. Het zal blijken dat dit naar een multi-functionaliteit van het vereiste van onafhankelijkheid voert. Het valt op dat in de regels van de Wereld bank (“independence”, in één zin met “integrity” en “impartiality”) en van UNCITRAL (nagenoeg idem) het woord independence alleen wordt genoemd, zonder haar inhoud en betekenis aan te geven.¹⁶⁰ Verrassend uitvoerig is de BSA Code of Ethics. Art. 4, eerste zin, bepaalt: “Bankruptcy administrators must exercise objectivity, impartiality and independence in the performance of their work”. Het toelichtende commentaar geeft zich er

¹⁵⁸ Zij steunt op de idee om (in welk werk dan ook) een goede jurist te zijn. Vergelijk J.G. Brouwer, *Wat maakt een goed jurist?*, BJU, 2005.

¹⁵⁹ De overweging dat correcte naleving van standaarden en ethische regels kan leiden tot een verminderde kans op disciplinaire maatsregelen of civielrechtelijke aansprakelijkheid zou ook een rol kunnen spelen.

¹⁶⁰ Wat dit betreft gaan de Grondbeginselen van de Insolad Praktijkregels 2011 duidelijk verder.

rekenschap van dat op het eerste gezicht de drie beroeps-kenmerken (“objectivity”, “impartiality” and “independence” van de Insolvency Administrator (IA)) alle eenzelfde betekenis hebben. De auteur van het commentaar meent echter dat tussen de drie begrippen essentiële verschillen zijn. Ik citeer:

“- objectivity requires that an IA present or view facts unaffected by feelings, opinions, or personal bias;

- impartiality requires that an IA does not favour one party or person more than another, and acts without prejudice or bias;

- independence requires that an IA is not affected or influenced by others;”

Tesamen genomen betekent dit dat een curator beslissingen moeten nemen gebaseerd op feiten en omstandigheden die niet beïnvloed zijn door persoonlijke overwegingen of voorkeuren noch zijn beïnvloed door anderen (kantoor-collega, individuele crediteur, zekerheidscrediteur, de schuldenaar zelf, maar ook – druk via – de pers, de overheid of uit club of familie). Om aan deze kenmerken te voldoen moet een curator stappen nemen om in staat te zijn om te beoordelen of hij aan hieraan voldoet.

99. De BSA Code of Ethics gaat vervolgens in op de wijze waarop aan de drie genoemde kenmerken kan worden voldaan. Mij richtend op “onafhankelijkheid” geeft de Code aan dat de toets om vrij te zijn van enige invloed van enig persoon¹⁶¹ uit twee onderdelen bestaat: (i) “... that the IA is independent in fact, en (ii) “... that the IA must also be seen or perceived to be independent by a fair minded observer.”

Het eerste vereiste steunt op het eigen oordeel van een curator dat hij wellicht een relatie (in privé of zakelijk) heeft of recentelijk heeft gehad met bijvoorbeeld een schuldeiser of een schuldenaar van de (insolvente) schuldenaar, diens bestuurder, aandeelhouder of commissaris maar dat deze in feite niet van betekenis is voor zijn oordeelsvorming. Het tweede vereiste sluit, meen ik, goed aan bij hetgeen in de visie van het Cork rapport wordt benadrukt: de perceptie van de markt. Als slogan is deze idee (rechtsidee) bekend ten aanzien van rechtsbedeling. Hierop wijst het commentaar op de Code of Ethics ook: “This has a similar meaning to a phrase that lawyers often use: “justice must not only be done, it must be seen to be done”. Een bepaald feit kan in de ogen van een curator zijn onafhankelijkheid niet aantasten, maar doorslaggevend is wat een “...fair minded observer would conclude that, on the face of it and in the absence of anything to the contrary, the IA may be compromised by ...” het desbetreffende feit. Het commentaar concludeert: “... That which fair minded observers may reasonably conclude must be taken into account when considering the test of

¹⁶¹ Afgezien van personen die op wettelijke basis die invloed hebben, zoals een rechter-commissaris, voegt de Code toe.

independence (and, for that matter, objectivity and impartiality).” Deze benadering doet denken aan de “maatman” (of: maatpersoon), een “imaginary third man” zoals deze in het algemene burgerlijk recht als argumentatie-maatstaf wordt opgevoerd.¹⁶²

Dit alles brengt mee dat een curator alert moet zijn op enig feit of enige omstandigheid die mogelijke twijfel kan doen rijzen aan zijn onafhankelijkheid en dat deze tijdig worden geïdentificeerd, geverifieerd en gecommuniceerd.¹⁶³

100. Een andere benadering (dan deze internationaal aangezette) is die welke zich in de Duitse literatuur heeft ontwikkeld, vooral ná de op 1 maart 2012 gewijzigde regels aangaande “Ünabhängigkeit”. Ik bespreek deze omdat zij duidelijk de worsteling blootlegt die met (wat ik nu noem) de emancipatie van het curatorenberoep gepaard gaat. Zie ik wel dan zijn er in Duitsland twee benaderingen. De eerste legt de nadruk op de functie van onafhankelijkheid voor en tijdens een insolventieprocedure, de tweede poogt onafhankelijkheid langs drie typen van relaties (juridisch, economisch en sociaal) inhoud te geven. De beide stromingen maken zich overigens (ook) sterk voor de erkenning van het zijn van faillissementscurator als een beroep sui generis en kritiseren het bestaande “Burufsbild” (de curator als pseudo-advocaat) en het gebrek aan een eigen regeling van het beroep.¹⁶⁴

101. In zijn dissertatie betoogt Laukemann dat “onafhankelijkheid” een criterium is bij het benoemen van een persoon, maar dat het vereiste tevens dient ter bescherming van vermogensrechtelijke belangen van de schuldeisers en de schuldenaar. Binnen een insolventieprocedure fungeert, volgens Laukeman, onafhankelijkheid als raamwerk voor verdelingsvraagstukken respectievelijk inachtneming van ieders belang bij een reorganisatieplan, waarmee het fundamentele beginsel van gelijke behandeling van in gelijke omstandigheden verkerende schuldeisers gestalte krijgt. Ik vermoed dat deze functie in de BSA Code of Ethics onder “impartiality” zou worden geschaard. Onafhankelijkheid kan volgens Laukemann ook als verweer worden ingezet tegen verlangens, aanwijzingen of

¹⁶² Vergelijk Barnert, *Der eingebildete Dritte. Eine Argumentationsfigur im Zivilrecht*, Mohr Siebeck 2008.

¹⁶³ De gemaakte onderscheiding wordt ook door Van Zijl, a.w., p. 27, gebruikt ten aanzien van de onafhankelijkheid van bijvoorbeeld een commissaris van een vennootschap: “*Independence in fact* entails having an independent mindset when executing tasks, which result in unbiased work of the supervisor. *Independence of appearance* entails avoiding facts and circumstances that are so significant that a reasonable and informed third party would question the supervisor’s independence.” (Cursiveringen staan in het citaat).

¹⁶⁴ Björn Laukeman, *Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters*, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen nr. 3, Mohr Siebeck, 2010, p. 38 e.v.; Volker Römermann, *Berufsrecht der Insolvenzverwalter: Es gibt viel zu tun – packen wir’s an!*, INDat-Report 07, 2012, p. 4 e.v.

instructies van bij een procedure betrokkene, terwijl onafhankelijkheid tevens de integriteit van de curator moet weerspiegelen die hij als uitvoerder van een wettelijke taak binnen een door de wet geregelde rechtelijke procedure heeft. Hier vormt “onafhankelijkheid” een onderdeel van (het openbare belang van) een integere insolventieprocedure. Onafhankelijkheid krijgt zo gezien alleen in een concrete insolventieprocedure inhoud. Materieel heeft zij betrekking op de vaststelling van vermogensrechtelijke rechten in het bijzonder van de schuldeisers, maar daarnaast heeft zij volgens Laukemann een tuchtrechtelijke strekking. Deze strekking brengt met zich dat op een curator een plicht rust feiten of omstandigheden die twijfel zouden doen rijzen over zijn onafhankelijkheid direct, volledig en waarheidgetrouw op te geven, zowel jegens de rechter als jegens de schuldeisers.

102. Begin dit jaar heeft Römermann een poging ondernomen om onafhankelijkheid te definiëren.¹⁶⁵ Hij onderscheidt drie mogelijke vormen van afhankelijkheid, te weten juridische, economische en sociale afhankelijkheid. Van juridische afhankelijkheid is zijns inziens sprake indien er een overeenkomst van opdracht bestaat (tussen bijvoorbeeld een schuldeiser en de kandidaat-curator) dan wel indien er een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de kandidaat-curator en de maatschap/kapitaalvennootschap van advocaten waar de kandidaat werkzaam is. Van een economische afhankelijkheid is volgens Römermann sprake indien de kandidaat-curator, of het kantoor waar hij werkt, in hoofdzaak afhankelijk is van één enkele opdrachtgever. Van sociale afhankelijkheid is volgens Römermann niet sprake bij louter bekenden, maar wel ten aanzien van familieleden en hechte vrienden.

5.3.1. Ten opzicht van kantoor(genoten)

103. In Nederland wordt (nagenoeg altijd door een advocaat) het curatorschap “erbij” gedaan. Personen die enkel en alleen (al dan niet in kantoor-verband) hun werktijd met benoemingen vullen zijn mij niet bekend.¹⁶⁶ De mogelijke onafhankelijkheid van de kandidaat-curator wordt niet geschaad indien de kandidaat een voor hem financieel substantiële opdracht

¹⁶⁵ Zie Volker Römermann, *Die “Unabhängigkeit” des Insolvenzverwalters: Endlich Schluss mit der uferlosen Auslegung!*, ZInsO 2013 Heft 6, p. 218 e.v.

¹⁶⁶ Indien met een systeem van licenties zou worden gewerkt, zouden in Nederland bijvoorbeeld 20 tot 30 kantoren daarvoor in aanmerking kunnen komen. Concentratie van het werk heeft het voordeel van samenbrengen van kwaliteit, professionalisering van zaaks-behandeling, brede ervaring in specifieke branches (zoals bouw, telecommunicatie, retail), goede bereikbaarheid en het afwezig zijn van mogelijke conflicts met kernwaarden die met het beroep van curator samenhangen. Ik meen dat de benoeming als curator exclusief werkt. Een curator kan zich niet beroepen op een geheimhouding of verschoning die hem in een bepaald geval wel als advocaat zou toekomen.

neerlegt.¹⁶⁷ Wil hij deze cliënt (die bijvoorbeeld leverancier van de failliet is) behouden, dient hij de benoeming niet te aanvaarden. Met Römermann stem ik in dat een bestaande arbeidsrelatie van een kandidaat-curator niet aan zijn onafhankelijkheid in de weg hoeft te staan. Voorzover dat al niet het geval is zou ik in een arbeidsovereenkomst in de advocatuur een contractuele bepaling verwachten die bedoelde onafhankelijkheid (ook voor mogelijke andere wettelijke taken die op het pad van een advocaat kunnen komen) vastlegt. De grens van economische afhankelijkheid legt Römermann daar waar een opdrachtgever “erheblichen, spürbaren Einfluss auf den ökonomische Erfolg” op de kandidaat (respectievelijk het kantoor waar hij werkzaam is) heeft. Römermann is stellig door het aanleggen van de grens dat bij 50% of meer van de kantooromzet afkomstig van een opdrachtgever of de rechtbank sprake is van afhankelijkheid.

5.3.2. Ten opzichte van de schuldenaar

104. Het aanwezig zijn van afhankelijkheid (“in fact” en “in appearance”) van een kandidaat-curator kan aan de orde zijn indien hij (in privé of zakelijk) een relatie heeft met de schuldenaar. Diverse mogelijkheden doen zich voor: de kandidaat kent de failliet al jaren als mede-lid van de golfclub, heeft de CEO van de schuldenaar drie maanden geleden geadviseerd bij de aankoop (privé) van een pakket effecten, zit met de belangrijkste aandeelhouder van de schuldenaar sinds een jaar in een beleggingsclub of is bestuurder van een voetbalvereniging waar veel werknemers van het bedrijf van de schuldenaar hun sport beoefenen. Geen van deze relaties behoeven betekenis te hebben voor de onafhankelijke oordeelsvorming van de kandidaat. Maar – in de betekenis van de BSA Code of Ethics – wat betekenen deze verhoudingen in de ogen van een “...fair minded observer”? De maatstaf die deze Code aanreikt komt me werkbaar voor: “... That which fair minded observers may reasonably conclude must be taken into account when considering the test of independence...”. Teneinde te voorkomen dat afhankelijkheden verholen blijven zou gedacht kunnen worden aan de periodieke opgave van nevenfuncties door een kandidaat die tot curator wenst te worden benoemd. Daarnaast dient de wet de regel te bevatten dat een kandidaat vóór benoeming op eigen initiatief feiten of omstandigheden kenbaar maakt (via een internet-site) die gerechtvaardigde twijfel zouden kunnen doen rijzen aan zijn onafhankelijkheid. Indien binnen 24 uur geen “bezwaar” binnenkomt volgt benoeming. Bij

¹⁶⁷ De opdrachtnemer die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf kan, behoudens gewichtige redenen, de overeenkomst van opdracht slechts opzeggen, indien zij voor onbepaalde duur geldt en niet door volbrenging eindigt, zie art. 7:408 lid 2 BW. Het voornemen een benoeming als curator te aanvaarden vormt mijns inzien niet een gewichtige reden in bedoelde zin.

een binnengekomen bezwaar wordt zo spoedig mogelijk beslist, maar het wordt op voorhand afgewezen indien in het licht van alle omstandigheden in redelijkheid niet aan de onafhankelijkheid van de kandidaat getwijfeld kan worden. Het zal duidelijk zijn dat een regeling van een korte procedure verdere uitwerking behoeft en dat deze wettelijke gedragsregel mede door een systeem van tuchtrecht zou moeten worden gewaarborgd. De regel kan worden aangevuld met de wettelijke plicht alles in het werk te stellen om te voorkomen dat gerechtvaardigde twijfel als bedoeld in het leven kan roepen.

5.3.3. Ten opzichte van schuldeisers

105. Volgens § 56 InsO moet de kandidaat-curator onafhankelijk zijn van zowel de schuldeisers als de schuldenaar. De vraag of de benoeming van een natuurlijk persoon (zoals in Duitsland expliciet in de wet staat) nog wel van deze tijd is laat ik hier buiten beschouwing.¹⁶⁸ Römermann merkt in het aangehaalde artikel op dat met betrekking tot de onafhankelijkheid ten opzichte van de schuldeisers bedoeld wordt dat het gaat om onafhankelijkheid ten opzichte van één of meer schuldeisers. De gezamenlijke schuldeisers hebben immers in het Duitse stelsel de mogelijkheid om de curator binnen bepaalde grenzen te kiezen en weg te sturen. Ten aanzien van deze gezamenlijkheid zal de curator per definitie afhankelijk zijn. Gelet om mij bekende voorbeelden (en in Duitsland blijkt het uit de wetsgeschiedenis) wordt door een onderneming, die in een voorfase is geadviseerd over specifieke herstelmaatsregelen of een ontwerp-herfinancieringsplan, gewaardeerd dat een haar bekende en door haar vertouwde adviseur – indien insolventie aanbreekt – tot curator kan worden benoemd. De continuïteit van de bedrijfsvoering en de snelheid waarin oplossingen kunnen worden uitgewerkt zijn erbij gebaat dat een bij de onderneming bekende curator wordt benoemd. Uit § 56(1) sub 1 InsO volgt dat het feit dat de kandidaat-curator door de schuldenaar of schuldeiser is voorgesteld, niet bij voorbaat het uitsluiten van het vereiste van onafhankelijkheid met zich brengt. Uit § 56(1) sub 2 InsO volgt dat het gegeven dat betrokkene de schuldenaar vooraf in het algemeen heeft geadviseerd over de gang van zaken met betrekking tot een insolventie en de gevolgen ervan, niet betekent dat de onafhankelijkheid van hem als curator bij voorbaat al uitgesloten is.

¹⁶⁸ Zie Roman Paulus / Friedrich Merath, *Die Person des Insolvenzverwalters in Zeiten von Grossinsolvenzverfahren*, DZWIR 2012, Heft 12, p. 489, die een rechtspersoon (met als bestuursleden personen die aan de vereisten voor benoeming voldoen) voor een benoeming in aanmerking willen laten komen (betere bereikbaarheid curator; kwaliteitsverbetering), maar ook oog hebben voor het bezwaar dat dit het toezicht op de persoon van de curator kan bemoeilijken.

Dit stelsel verdient nadere studie met het oog op mogelijke Europese toepasbaarheid daarvan. Daarbij zou ook aan de orde moeten komen de vraag of “onafhankelijkheid” contracteerbaar is, in de zin dat zij terzijde kan worden gesteld als alle schuldeisers daarmee instemmen. 169

5.3.4. Ten opzichte van de rechter-commissaris

106. De relatie tussen de kandidaat voor een benoeming respectievelijk de benoemde curator enerzijds en de rechter-commissaris anderzijds is, althans in Nederland, een sterke. Voor de Duitse situatie noemt Römermann de afhankelijkheid van benoemingen van het “Heimatgericht” van de kandidaat. Zoals aangegeven legt hij het criterium aan dat als 50% of meer van de kantooromzet afkomstig is van de rechtbank er sprake is van afhankelijkheid. Ik zou de maatstaf erin willen zoeken dat een (kandidaat-)curator te allen tijde gevrijwaard moet zijn en blijven van invloed op het in elke zaak onafhankelijk in het belang van de gezamenlijkheid van crediteuren uitvoeren van zijn wettelijke taak.

107. Voor de Nederlandse situatie meen ik dat deze onafhankelijkheid van de curator in het gedrang kan komen. Ik denk daarbij aan de in de Recofa-uitgangspunten voor benoeming, welke in maart 2013 zijn gepubliceerd. Zij weerspiegelen echter, volgens het Voorwoord, het reeds “staande benoemingsbeleid”, dat betrekking heeft op selectie en benoeming, beoordeling van kwaliteit, samenwerking met de rechtbank, doelmatigheid, voortvarendheid, hoogte van het salaris, beëindiging van de plaatsing op de curatorenlijst en zo meer. Daarnaast bestaat er invloed van de rechter-commissaris bij individuele faillissementszaken in gevallen dat er verschil van inzicht bestaat tussen de juiste aanpak van een bepaalde stap die de curator wil zetten, maar waarvoor hij bijvoorbeeld vooraf toestemming van de r-c behoeft.

108. De onafhankelijkheid van de curator zou beter gewaarborgd kunnen worden door een splitsing aan te brengen tussen al wat nodig is om een individu als curator in een individuele zaak te laten functioneren en een individuele zaak zelf. Tot de eerste groep van voorwaarden

¹⁶⁹ Bevestigend beantwoord door Andreas Schmidt / Gerrit Hölzle, *Der Verzicht auf die Unabhängigkeit*, ZIP 2012, Heft 46, p. 2238 e.v.; Ontkennend Heinz Vallender / Helmut Zipperer, *Der vorbefasste Insolvenzverwalter – ein Zukunftmodell?*, ZIP 2013, Heft 4, p. 149 e.v., en Reinhard Bork, *Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters ist nicht disponibel*, ZIP 2013, Heft 4, p. 145 e.v., die erop wijst dat in Duitsland de curator ook “Organ der Rechtspflege” is, en de onafhankelijkheid ook als waarborg functioneert voor “die Interessen der Allgemeinheit an einer geordneten und neutralen staatliche Rechtsfürsorge, die – wie beispielsweise bei der Insolvenzanfechtung – unter Umständen auch das Vorgehen gegen stimmstarke Gläubiger einschliesst”. Voorts zullen er boedelschuldeisers zijn die een “onafhankelijke” wederpartij mogen verwachten. Voor een weerwoord: Gerrit Hölzle, *Zur Disponibilität der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters*, ZIP 2013, Heft 10, p. 447 e.v.

reken ik selectie, kwaliteit, opleiding, “Key Performance Indicators”, e.d., tot de tweede de formele en materiële aspecten van een individuele insolventieprocedure. Verdere studie verdient de vraag hoe deze scheiding gestalte dient te krijgen: de benoeming bij de rechtbank laten en de r-c’s daarvan geen deel meer laten uitmaken? Een derde (afzonderlijk unit binnen de rechtbank; het Hof binnen een arrondissement) de bevoegdheid geven tot benoeming, ontslag en salaris, waarbij het professionele gedrag mede in aanmerking kan worden genomen en de r-c alleen een rol in individuele zaken laten houden, met een recht om te worden gehoord dan wel een recht van voordracht bij benoeming, ontslag en salarisvaststelling?

5.4. Voorlopig conclusies

109. “Onafhankelijkheid” van de faillissementscurator is slecht één van zijn beroepskenmerken. Na een korte beschouwing over onafhankelijkheid als wezenskenmerk bij juidische beroepen werk ik het vereiste van onafhankelijkheid uit vanuit de idee om zoveel mogelijk naar consistentie te streven met internationale (niet-bindende) normen. Verrassend uitvoerig is de in Servië geldende BSA Code of Ethics, waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen “objectivity” (requires that an IA present or view facts unaffected by feelings, opinions, or personal bias), “impartiality” (requires that an IA does not favour one party or person more than another, and acts without prejudice or bias) en “independence” (requires that an IA is not affected or influenced by others).

Onafhankelijkheid benader ik vanuit het perspectief van een redelijk denkende derde. Onafhankelijkheid moet bestaan “in facts” en “in appearance”. De kandidaat-curator “... must also be seen or perceived to be independent by a fair minded observer.” Mede aan de hand van het in Duitsland vorig jaar opgenomen vereiste van “Unabhängigkeit” van de Insolvenzverwalter en de uitgebreide literatuur daarover probeer ik onafhankelijk nader te bepalen voor de kandidaat-curator ten opzichte van zijn kantoorgenoten, ten aanzien van de schuldenaar, de schuldeisers en de rechter-commissaris. Dit leidt tot een aantal voorstellen tot wets-wijziging.

6. Europese ontwikkelingen

6.1. Inleiding

110. In het eerste hoofdstuk gaf ik aan dat de invalshoek voor een nader onderzoek naar de “onafhankelijkheid” van een faillissementscurator een Europese is. Nu staat Europa niet stil. Eind vorig jaar zijn door de Europese Commissie voorstellen gepubliceerd tot amendering van de Europese Insolventieverordening¹⁷⁰ die – indien aangenomen – het hart van dit preadvies, maar dat op Europees niveau, raken. Na een korte uiteenzetting van het systeem van deze verordening licht ik punten uit het voorstel die het nadenken over onafhankelijkheid (liever: over professionele vereisten en ethische gedragsregels voor “insolvency office holders”) des te noodzakelijker maken.

6.2. Europese Insolventieverordening

111. De Insolventieverordening is op 31 mei 2002 in werking getreden. Zij luidde de tweede periode in de ontwikkeling van een Europees insolventierecht in (zie par. 4). Zij vindt haar basis in (thans) art. 81 van het Werkingsverdrag van de EU, in het bijzonder in het kader van maatregelen op het gebied van justitiële samenwerking. De verordening is rechtstreeks bindend voor Lidstaten, met uitzondering van Denemarken. De verordening past in het beleid van de Europese Unie om een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot stand te brengen. Voor een goede werking van de interne markt zijn doeltreffende regels noodzakelijk voor de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, zowel gewone civiele beslissingen als rechterlijke beslissingen op het terrein van het insolventierecht.

112. De Insolventieverordening maakt het mogelijk om ten aanzien van een natuurlijk persoon of een rechtspersoon een hoofdinsolventieprocedure te openen in de Lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van deze schuldenaar is gelegen (art. 3 lid 1 InsVo). Het “centrum van de voornaamste belangen” van de schuldenaar dient overeen te komen “met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is” (overweging 13). Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt dit centrum vermoed te zijn de plaats van de statutaire zetel, zolang

¹⁷⁰ Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (PbEG L 160 van 30 juni 2000) (hierna: “InsVo”).

het tegendeel niet is bewezen (weerlegbaar vermoeden ex art. 3 lid 1 InsVo).¹⁷¹ De hoofdprocedure heeft in beginsel een universele strekking en beoogt alle goederen (waar dan ook gelokaliseerd in de EU) van de schuldenaar te omvatten. Ter bescherming van de diversiteit van de belangen maakt de verordening het echter mogelijk dat parallel met de hoofdinsolventieprocedure secundaire procedures worden geopend. Een secundaire procedure kan worden geopend in de Lidstaat waar de schuldenaar een vestiging heeft.¹⁷² Het moet een in Bijlage B van de verordening opgenomen liquidatie-procedure zijn (voor Nederland: faillissement en schuldsaneringsregeling). De gevolgen van die secundaire procedure blijven beperkt tot de goederen van de schuldenaar die zich in de Lidstaat in kwestie bevinden (art. 3 lid 2, tweede zin InsVo). Dwingende regels voor de coördinatie met de hoofdprocedure garanderen de noodzakelijke eenheid binnen de Gemeenschap, zo luidt de tekst van overweging 12.

6.2.1. Coördinatie van insolventieprocedures

¹⁷¹ In het arrest van HvJ EU 20 oktober 2011, C-396/06; NJ 2012/256, met noot Polak onder NJ 2012/258; RI 2012/17 (*Interedil Srl t. Interedil Faillimento Srl*) heeft het hof de navolgende uitleg aan het begrip centrum van de voornaamste belangen gegeven: het centrum van de voornaamste belangen van een schuldplichtige vennootschap moet worden vastgesteld door voorrang te geven aan de plaats van het hoofdbestuur van deze vennootschap zoals die aan de hand van objectieve en voor derden verifieerbare gegevens kan worden bepaald. Vervolgens maakt het hof een drieërlei onderscheiding: (i) indien de bestuurs- en toezichtorganen van een vennootschap zich op de plaats van haar statutaire zetel bevinden en de bestuursbesluiten van deze vennootschap op voor derden verifieerbare wijze op die plaats worden genomen, kan het vermoeden van die bepaling niet worden weerlegd; (ii) indien de plaats van het hoofdbestuur van een vennootschap zich niet op de plaats van haar statutaire zetel bevindt, kunnen de aanwezigheid van vermogensbestanddelen van de vennootschap in een andere lidstaat dan die van de statutaire zetel van deze vennootschap en het aldaar bestaan van overeenkomsten met betrekking tot de financiële exploitatie van die vermogensbestanddelen slechts volstaan voor de weerlegging van dat vermoeden, wanneer uit een integrale beoordeling van alle relevante factoren op een voor derden verifieerbare wijze blijkt dat het werkelijke centrum van bestuur en toezicht van deze vennootschap en van het beheer over haar belangen zich in die andere lidstaat bevindt; (iii) wanneer de statutaire zetel van een schuldplichtige vennootschap vóór indiening van een verzoek tot opening van een insolventieprocedure is verplaatst, wordt het centrum van de voornaamste belangen van de vennootschap vermoed de plaats van haar nieuwe statutaire zetel te zijn.

¹⁷² Art. 2 onder h InsVo geeft als definitie voor “vestiging”: “elke plaats van handeling waar de schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet van tijdelijke aard is”. Het begrip “vestiging” in de zin van art. 3 lid 2 InsVo moet aldus worden uitgelegd “dat sprake dient te zijn van een structuur met een minimum aan organisatie en een zekere stabiliteit voor de uitoefening van een economische activiteit. De loutere aanwezigheid van individuele vermogensbestanddelen of bankrekeningen beantwoordt in beginsel niet aan die definitie,” zie HvJ EU 20 oktober 2011, C-396/06 (*Interedil Srl t. Interedil Faillimento Srl*).

113. Een secundaire insolventieprocedure beoogt de bescherming van plaatselijk belangen. Een schuldeiser in een Lidstaat waar niet de hoofdinsolventieprocedure aanhangig is, kan aan de rechtbank verzoeken een secundaire procedure te openen om er zeker van te zijn dat, ook al ligt het centrum van de voornaamste belangen van de insolvente schuldenaar in een andere Lidstaat, zijn rechtspositie dezelfde is als die in een binnenlandse procedure. De tweede functie van een secundaire procedure is die van “hulpprocedure” bij de hoofdprocedure. De hoofdinsolventieprocedure en secundaire procedures kunnen alleen tot een efficiënte afwikkeling van de boedel bijdragen wanneer de gelijktijdig aanhangige procedures gecoördineerd worden, zo is de gedachte. Een nauwe samenwerking van de diverse curatoren, in het bijzonder uitwisseling van informatie, is een essentiële voorwaarde tot die coördinatie. Het overwicht van de hoofdprocedure is verzekerd doordat de curator van de hoofdprocedure in gelijktijdig aanhangige secundaire procedures kan ingrijpen, bijvoorbeeld door een herstelplan of akkoord voor te stellen of om schorsing van de afwikkeling van de boedel in de secundaire procedure te verzoeken.¹⁷³ De curator van de hoofdprocedure kan bijvoorbeeld een secundaire procedure aanvragen wanneer dat voor een efficiënt beheer van de boedel nodig is. Te denken valt aan het geval dat het vermogen van de schuldenaar te gecompliceerd is samengesteld om als één geheel te worden beheerd of de situatie dat de verschillen in de rechtsstelsels zo groot zijn dat er moeilijkheden kunnen ontstaan door de uitbreiding van de rechtsgevolgen van het recht van de Staat waar de procedure wordt geopend tot de andere Staten waar zich goederen bevinden.

114. In het huidige, hierboven kort beschreven stelsel van de Insolventieverordening is het overwicht van de hoofdprocedure in belangrijke mate verzekerd door een tiental rechten of bevoegdheden dat aan de curator van de hoofdprocedure toekomt. De hoofdcurator heeft ten aanzien van het verloop van de secundaire procedure een aantal controlerende en interveniërende (procedurele en materiële) bevoegdheden. Het aan de EU Insolventieverordening ten grondslag liggende model heb ik dan ook aangeduid als: gecoördineerd universalisme. De curator in de hoofdprocedure kan de volgende c.q. bevoegdheden uitoefenen:

1. verzoek tot publicatie in een andere Lidstaat van de openingsbeslissing en de beslissing houdende zijn aanwijzing als hoofdcurator (art. 21 lid 1 InsVo);
2. verzoek om in de andere Lidstaat de openingsbeslissing in openbare registers in te schrijven (art. 22 lid 1 InsVo);
3. verzoek om in een andere lidstaat een secundaire procedure te openen (art. 29 InsVo);

¹⁷³ Zie overweging 20.

4. bevoegdheid om “met dezelfde rechten als alle andere schuldeisers” aan een andere procedure deel te nemen (art. 32 lid 3 InsVo);
5. verzoek om de liquidatieverrichtingen in de secundaire procedure geheel of gedeeltelijk te schorsen (art. 33 lid 1 InsVo) en het verzoek om in de secundaire procedure bijvoorbeeld een akkoord in te dienen (art. 34 lid 1 InsVo);
6. verzoek om de schorsing op te heffen (art. 33 lid 2 InsVo);
7. de bevoegdheid om maatsregelen, voorgesteld in de secundaire procedure, die de rechten van schuldeisers beperken, te weerspreken (art. 34 lid 2 InsVo);
8. de mogelijkheid deze rechten ook uit te oefenen in een reeds eerder geopende territoriale procedure (art. 36 InsVo);
9. verzoek om een lopende eerder geopende hoofdprocedure procedure om te zetten in een liquidatieprocedure (art. 37 InsVo).¹⁷⁴

115. De onderlinge verwevenheid van hoofd- en secundaire procedure komt in het bijzonder tot uitdrukking in de in art. 31 InsVo gelegen samenwerkings- en kennisgevingsplicht. Haar tekst luidt:

- “1. Onverminderd de regels die de mededeling van inlichtingen beperken, geldt voor de curator van de hoofdprocedure en de curatoren van de secundaire procedures een wederzijdse kennisgevingsplicht. Zij moeten onverwijld kennis geven van al hetgeen voor de andere procedure van nut kan zijn, met name de stand van de indiening en de verificatie van de vorderingen en de maatregelen tot beëindiging van de procedure.
2. Onverminderd de regels die op elk van deze procedures van toepassing zijn, geldt voor de curator van de hoofdprocedure en de curatoren van de secundaire procedures een wederzijdse samenwerkingsplicht.
3. De curator van een secundaire procedure moet de curator van de hoofdprocedure tijdig de gelegenheid bieden voorstellen in te dienen om de boedel van de secundaire procedure te liquideren of op enigerlei wijze te gebruiken.”

Om de vrij vaag geformuleerde samenwerkings- en kennisgevingsplichtingen, die alleen voor curatoren gelden, van meer inhoud te voorzien hebben Spaanse hoogleraar prof. Miguel Virgós en ik een set niet-bindende richtlijnen opgesteld: European Communication and

¹⁷⁴ De curator in de hoofdprocedure heeft overigens ook verplichtingen, te weten:

1. om van relevante informatie kennis te geven aan de curator van de secundaire procedure (art. 31 lid 1) (idem voor de curator in de secundaire procedure jegens de hoofdcurator);
2. om samen te werken (art. 31 lid 2) (idem voor de curator in de secundaire procedure);
3. om alle vorderingen, ingediend in de hoofdprocedure, in elke andere procedure in te dienen (art. 32 lid 2);
4. om alle bekende crediteuren onmiddellijk te informeren (art. 40 lid 1), zulks door middel van een individuele kennisgeving (art. 40 lid 2).

Cooperation Guidelines For Cross-border Insolvency, bekend als de CoCo Guidelines. Ik haalde deze in par. 36 reeds aan.

6.2.2. Beginsel van loyale samenwerking ex Artikel 4(3) VEU

116. In een recente uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van november 2012 is het belang van dit stelsel van coördinatie nog eens ten principale onderstreept.¹⁷⁵ Het geval ligt als volgt. Ten aanzien van de Poolse vennootschap Christianopol is door het Tribunal de commerce de Meaux (Frankrijk) op 1 oktober 2008 een hoofdprocedure geopend op basis van met name de vaststelling dat het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar zich in Frankrijk bevond. De Franse rechtbank heeft een *sauvegarde*-procedure geopend, op grond dat de schuldenaar zijn betalingen niet had gestaakt, maar hij ze zou staken wanneer een snelle financiële herstructurering zou uitblijven. Medio 2009 verzoekt Bank Handlowy, gevestigd te Warschau (Polen), als schuldeiser van Christianapol om de opening van een secundaire insolventieprocedure verzocht op grond van Artikel 27 InsVo. Het Europese Hof stelt onder meer vast dat de Franse procedure tot een 10-jarig herstelplan heeft geleid. Centraal staat de vraag hoe de verhouding moet zijn tussen een hoofdprocedure die een reorganisatie-doelstelling heeft en een secundaire procedure in een andere Lidstaat, welke procedure op grondslag van Artikel 3(3) InsVo verplicht een liquidatieprocedure moet zijn. Het Hof geeft aan Artikel 27 InsVo tweërlei uitleg, te weten:

(i) dat de rechter aan wie een verzoek om opening van een secundaire insolventieprocedure is voorgelegd, niet de insolventie van de schuldenaar mag behandelen tegen wie in een andere lidstaat een hoofdprocedure is geopend, ook al wordt met deze hoofdprocedure een saneringsdoel nagestreefd;

(ii) dat een secundaire insolventieprocedure kan worden geopend in de lidstaat waar de schuldenaar een vestiging heeft, wanneer met de hoofdprocedure een saneringsdoel wordt nagestreefd: “De tot opening van een secundaire procedure bevoegde rechter moet rekening houden met de doelstellingen van de hoofdprocedure en de opzet van de verordening, met inachtneming van het beginsel van loyale samenwerking.”

117. In de rechtsoverwegingen 60 e.v. licht het hof de redenen om tot de tweede beslissing te komen toe. Hij geeft aan dat de verordening een aantal dwingende coördinatieregels bevat die, zoals punt 12 van de considerans ervan vermeldt, de noodzakelijke eenheid binnen de Gemeenschap moeten verzekeren. In dit systeem heeft de hoofdprocedure, zoals gepreciseerd

¹⁷⁵ HvJ EU 22 november 2012, C-116/11 (*Bank Handlowy w Warszawie SA, PPHU „ADAX”/Ryszard Adamiak t. Christianapol sp. z o.o.*), LJN BY4784; RI 2013/24; JOR 2013/151.

in punt 20 van de considerans van de verordening, een overzicht ten opzichte van de secundaire procedure. Het hof vervolgt met de vaststelling “... dat de curator van de hoofdprocedure over bepaalde prerogatieven die hem in staat stellen de secundaire procedure zo te beïnvloeden dat zij het saneringsdoel van de hoofdprocedure niet in gevaar brengt.” Zie de set aan bepalingen die ik hiervóór in par. 114 opgesomd.

Het fundament van zijn tweede beslissing ten aanzien van Artikel 27 Insvo schuilt in rechtsoverweging 62: “Krachtens het in artikel 4, lid 3, VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking moet de tot opening van een secundaire procedure bevoegde rechter bij de toepassing van deze bepalingen rekening houden met de doelstellingen van de hoofdprocedure en de opzet van de verordening, die beoogt een garantie te bieden voor efficiënte en doeltreffende grensoverschrijdende insolventieprocedures door een dwingende coördinatie van de hoofdprocedure en de secundaire procedures die de voorrang van de hoofdprocedure verzekert.” De bevoegde rechter ten aanzien van de secundaire procedure moet rekening houden met de doelstellingen van de hoofdprocedure en de opzet van de verordening, die vastligt in een dwingende coördinatie van de hoofdprocedure en de secundaire procedures die de voorrang van de hoofdprocedure verzekert. Mijns inziens behelst dit dat deze rechter de curator van de hoofdprocedure, die in de andere lidstaat aanhangig is, zal uitnodigen zich te verklaren omtrent de overwegingen om de genoemde prerogatieven al dan niet toe te passen respectievelijk hem zal uitnodigen (nopen?) sommige van die bevoegdheden te benutten, om recht te doen aan de doelstellingen van de hoofdprocedure op een wijze die de belangen die bij de secundaire procedure zo min mogelijk worden geschaad.

De kernvraag is dan: hoe kan deze rechter erop vertrouwen dat bedoelde curator iemand is die (kortweg) integer werkt? Zie het slot van dit hoofdstuk.

6.3. Voorstel tot wijziging van de Insolventieverordening

118. Artikel 46 InsVo (“Verslaggeving”) bepaalt dat op uiterlijk 1 juni 2012 (en daarna om de vijf jaar) de Commissie bij het Europees Parlement, de Raad en het Economisch en Sociaal Comité een verslag indient over de toepassing van deze verordening. Het verslag gaat zo nodig vergezeld van voorstellen tot wijziging van deze verordening, zo luidt de slotzin. In de praktijk betekende “uiterlijk 1 juni 2012”: 12 december 2012.¹⁷⁶ Op het thema dat voor het preadvies relevant is maak ik nu enkele opmerkingen.

¹⁷⁶ Zie Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, COM(2012) 744 final

119. Op het onderwerp “secundaire procedures” beoogt het Voorstel te voorzien in een efficiënter beheer van insolventieprocedures (i) door de rechter de mogelijkheid te geven de opening van secundaire procedures te weigeren wanneer dit noodzakelijk is om de belangen van plaatselijke schuldeisers te beschermen, (ii) door niet langer te eisen dat secundaire procedures liquidatieprocedures zijn en (iii) door de onderlinge afstemming van hoofd- en secundaire procedures te verbeteren, met name door de samenwerkingsvereisten zoals deze ex art. 31 InsVo voor curatoren gelden, ook te laten gelden voor de betrokken rechters. Art. 31 InsVo zelf krijgt in het Voorstel meer body.¹⁷⁷

120. Het verplichte liquidatie-karakter van de secundaire procedure wordt in het Voorstel terecht in de ban gedaan. De rechter bij wie een verzoek tot opening van een secundaire procedure is ingeleid krijgt de bevoegdheid, wanneer de curator in de hoofdprocedure daar om verzoekt, de opening van een secundaire procedure te weigeren dan wel hij kan het besluit tot opening opschorten wanneer deze opening voor de bescherming van de belangen van de plaatselijke schuldeisers niet nodig is. In de toelichting op het Voorstel wordt als voorbeeld

(“Voorstel”). Zie ook Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, SWD(2012) 416 final (“Impact Assessment”); Commission Staff Working Document, Executive Summary of the Impact Assessment, Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, SWD(2012) 417 final. Zie http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/insolvency/index_en.htm. Deze Executive Summary is afgeleid van het rapport “External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4)”, opgesteld door de hoogleraren Hess, Oberhammer en Pfeiffer (“Heidelberg/Vienna Report”), see http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf. Ik moet openbaren dat ik de Europese Commissie heb geadviseerd bij het opstellen van de tekst van het Voorstel.

¹⁷⁷ Artikel 31 wordt vervangen door:

Artikel 31 (“Samenwerking en communicatie tussen curatoren”)

“1. De curator in de hoofdprocedure en de curatoren in de secundaire procedures werken met elkaar samen voor zover dit niet onverenigbaar is met de op elk van de procedures toepasselijke regels. Deze samenwerking kan plaatsvinden in de vorm van overeenkomsten of protocollen.

2. De curatoren zullen met name:

(a) elkaar onverwijld kennis geven van al hetgeen voor de andere procedure van nut kan zijn, met name de stand van de indiening en de verificatie van de vorderingen en alle maatregelen tot herstel of herstructurering van de schuldenaar of tot beëindiging van de procedure, mits passende maatregelen worden genomen om vertrouwelijke informatie te beschermen;

(b) de mogelijkheid van een herstructurering van de schuldenaar onderzoeken en, indien die mogelijkheid bestaat, de uitwerking en uitvoering van een herstructureringsplan coördineren;

(c) de tegeldemaking of het gebruik van de goederen en zaken van de schuldenaar coördineren. De curator in de secundaire procedure moet de curator van de hoofdprocedure tijdig de gelegenheid bieden voorstellen in te dienen om de boedel in de secundaire procedure te gelde te maken of op enigerlei wijze te gebruiken.”

gegeven het geval dat een investeerder een bod doet om de onderneming op basis van continuïteit van de activiteiten te kopen en dat bod de plaatselijke schuldeisers meer zou opleveren dan de liquidatie van het vermogen van de onderneming (“no worse off”-regel). In het Voorstel wordt de mogelijkheid geopend dat een secundaire procedure achterwege blijft wanneer de curator in de hoofdprocedure de plaatselijke schuldeisers toezegt dat zij in de hoofdprocedure worden behandeld alsof de secundaire procedure was geopend en dat de rechten die zij in dat geval met betrekking tot de vaststelling en de rangorde van hun vorderingen zouden hebben gehad, bij de verdeling van het vermogen worden gerespecteerd.¹⁷⁸

121. In een naar tekst aangevulde overweging 20 blijft het coördinatieprincipe gehandhaafd (“De hoofdinsolventieprocedure en secundaire procedures kunnen alleen tot een efficiënte tegeldemaking van de boedel bijdragen wanneer de gelijktijdige aanhangige procedures gecoördineerd worden”), zij het dat het beginsel tot rechters wordt uitgebreid: “Een essentiële voorwaarde tot die coördinatie is een nauwe samenwerking van de diverse curatoren en rechters, in het bijzonder door uitwisseling van voldoende informatie.” De overweging voegt toe dat samenwerking tussen curatoren en rechters zich zal richten naar bestaande “best practices”¹⁷⁹, zoals de eerder genoemde CoCo Guidelines.¹⁸⁰

122. In de recitals wordt onder meer overweging 20 bis ingevoegd: “(20 bis) Deze verordening moet de efficiënte uitvoering waarborgen van insolventieprocedures met betrekking tot verschillende ondernemingen die deel uitmaken van een en dezelfde groep

¹⁷⁸ Deze methode is in het Engels insolventierecht de laatste jaren tot wasdom gekomen in zaken als Collins & Aikman, MG Rover en Nortel Networks). Aanvaard werd de regel dat Engelse curatoren het recht hadden om een deel van het vermogen te verdelen op grond van de wetgeving van de lidstaat waar de vestiging was gelegen. Nu een dergelijke regel in de meeste insolventiewetgevingen niet voorkomt, introduceert het voorstel een regel van materieel recht die het de curator mogelijk maakt jegens plaatselijke schuldeisers een dergelijke toezegging te doen met bindende gevolgen voor het vermogen. Zie: Bob Wessels, *International Insolvency Law*, Deventer: Kluwer, 3rd. ed., 2012, par. 10596 e.v.

¹⁷⁹ “Bij hun samenwerking moeten curatoren en rechters rekening houden met de beste praktijken voor samenwerking in grensoverschrijdende gevallen, zoals deze zijn vermeld in de beginselen en richtsnoeren inzake communicatie en samenwerking die zijn vastgesteld door Europese en internationale verenigingen op het gebied van insolventierecht.”

¹⁸⁰ Ik wijs erop dat de meeste van deze CoCo Guidelines, die alleen voor toepassing in Europa waren ontworpen, sedert 2012 zijn verwerkt in de *Global Principles for Cooperation in International Cases* (“Global Principles”), die in juni 2012 door het American Law Institute (ALI) en het International Insolvency Institute (III) zijn gepubliceerd. Zij zijn ontworpen door prof. Ian Fletcher (University College London) and mijzelf, en beschikbaar via http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.page&node_id=85, of <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/557/5932.htm> dan wel www.bobwessels.nl, ga naar weblog: 2012-06-doc1.

ondernemingen. Wanneer er insolventieprocedures zijn geopend met betrekking tot verschillende ondernemingen van een en dezelfde groep, dan moeten deze procedures naar behoren worden gecoördineerd. Voor de verschillende betrokken curatoren en rechters moet daarom dezelfde verplichting tot onderlinge samenwerking en communicatie gelden als voor de curatoren en rechters die bij de hoofd- en secundaire procedure inzake dezelfde schuldenaar zijn betrokken.....”. Ook in gevallen van insolventie van ondernemingen die tot een groep behoren dienen curatoren en rechters (grensoverschrijdend) te communiceren en samen te werken.

123. Na het gewijzigde art. 31 InsVo (Voorstel) worden de artikelen 31 bis en 31 ter ingevoegd. Artikel 31 bis heeft, volgens het kopje, betrekking op “Samenwerking en communicatie tussen rechters”.¹⁸¹ Ik laat dit onderwerp buiten beschouwing. Artikel 31 ter InsVo (Voorstel) luidt:

“Samenwerking en communicatie tussen curatoren en rechters

1. Om de coördinatie tussen de hoofd- en de secundaire procedures die met betrekking tot dezelfde schuldenaar zijn geopend, te bevorderen,
 - (a) werkt de curator in de hoofdprocedure samen en communiceert hij met iedere rechter bij wie een verzoek tot opening van een secundaire procedure aanhangig is of die een dergelijke procedure heeft geopend en
 - (b) werkt de curator in een secundaire of territoriale insolventieprocedure samen en communiceert hij met de rechter bij wie een verzoek tot opening van de hoofdprocedure aanhangig is of die een dergelijke procedure heeft geopend.

¹⁸¹ “Artikel 31 bis - Samenwerking en communicatie tussen rechters

1. Om de coördinatie tussen de hoofd- en de secundaire procedures met betrekking tot dezelfde schuldenaar te bevorderen, werkt een rechter bij wie een verzoek tot opening van een insolventieprocedure aanhangig is of die een dergelijke procedure heeft geopend, samen met iedere andere rechter bij wie een insolventieprocedure aanhangig is of die een dergelijke procedure heeft geopend, voor zover deze samenwerking niet onverenigbaar is met de op elk van de procedures toepasselijke regels. De rechter kan daartoe zo nodig een overeenkomstig zijn instructies handelend persoon of orgaan benoemen.

2. De in lid 1 bedoelde rechters kunnen rechtstreeks met elkaar communiceren of informatie of bijstand aan elkaar vragen, mits deze communicatie kosteloos is en daarbij de procedurele rechten van partijen bij de procedure en de vertrouwelijkheid van de informatie in acht worden genomen.

3. Samenwerking kan plaatsvinden op elke daartoe geschikte manier, waaronder

- (a) mededeling van informatie op elke wijze die de rechter geschikt acht;
- (b) coördinatie van het beheer van en het toezicht op de goederen en zaken van de schuldenaar;
- (c) coördinatie van de hoorzittingen;
- (d) coördinatie van de goedkeuring van protocollen.”

2. De in lid 1 bedoelde samenwerking vindt plaats op elke daartoe geschikte wijze, waaronder de in artikel 31 bis, lid 3, genoemde wijzen, voor zover deze niet onverenigbaar zijn met de op elk van de procedures toepasselijke regels.”

124. In een nieuw op te nemen “Hoofdstuk IV bis” (“Insolventie van leden van een groep ondernemingen”) legt artikel 42 bis een verplichting tot samenwerking en communicatie tussen de betrokken curatoren vast. Één van de bepalingen uit dit hoofdstuk (artikel 42 quarter: “Samenwerking en communicatie tussen curatoren en rechters”) luidt: “Een curator die is aangewezen in een insolventieprocedure met betrekking tot een lid van een groep ondernemingen werkt samen en communiceert met iedere rechter bij wie een verzoek tot opening van een procedure met betrekking tot een ander lid van dezelfde groep ondernemingen aanhangig is of die een dergelijke procedure heeft geopend, voor zover deze samenwerking geschikt is om de coördinatie van de procedures te vereenvoudigen en niet onverenigbaar is met de daarop toepasselijke regels. Met name kan de curator die rechter om informatie verzoeken over de procedure met betrekking tot het andere lid van de groep of om bijstand vragen met betrekking tot de procedure waarin hij is aangewezen.”

6.4. Voorlopige conclusie

125. Het vorenstaande introduceert – kort gezegd – een waslijst van mogelijke contacten tussen een curator en een rechter in een andere Lidstaat respectievelijk een curator uit een andere Lidstaat met een Nederlandse rechter. Ik neem de laatste situatie als voorbeeld. Een Nederlandse rechter kan volgens de bepalingen uit het Voorstel te maken krijgen met een “curator” uit Lidstaat X. De insolventieprocedure in Nederland en die in Lidstaat X moeten gecoördineerd worden, waarvoor “nauwe samenwerking” noodzakelijk is, “in het bijzonder door uitwisseling van voldoende informatie.” Behoort de failliet in de procedure in Lidstaat X tot een groep van ondernemingen en zijn er insolventieprocedures geopend met betrekking tot verschillende ondernemingen van een en dezelfde groep, dan brengt coördinatie ook weer voor rechters de verplichting “tot onderlinge samenwerking en communicatie” mee. Volgens Artikel 42 quarter kan de curator uit Lidstaat X een rechter ook “om informatie verzoeken over de procedure met betrekking tot het andere lid van de groep of om bijstand vragen met betrekking tot de procedure waarin hij is aangewezen.” Afgezien van de wijze waarop bedoelde contacten in gang worden gezet, worden onderhouden, worden gedocumenteerd dan wel of belanghebbenden (en zo ja, welke) bezwaren omtrent die contacten kunnen inbrengen, zal bij de Nederlandse rechter (maar ook bij diens collega’s in andere Lid-staten) de vraag: hoe weet ik als iemand zich bij mij aandient en zegt dat hij “curator” is van een op Malta, in

Spanje of in Letland geopende insolventieprocedure, dat zijn professie behoorlijk is gereguleerd? Meer wezenlijk is de down-to-earth vraag: hoe weet ik dat ik samenwerk, communiceer of soms informatie verschaf aan iemand die in beroep en werk voldoende integer is?

126. De vraag kan zich mijns inziens thans al voordoen, waarbij ik verwijs naar het in par. 117 aangehaalde arrest van het Hof van Justitie EU van november 2012 (*Bank Handlowy*), kortweg houdende dat bevoegde rechter in de secundaire procedure rekening houden met de doelstellingen van de hoofdprocedure en de opzet van de verordening, met inachtneming van het beginsel van loyale samenwerking, welke opzet beoogt een garantie te bieden voor efficiënte en doeltreffende grensoverschrijdende insolventieprocedures door een dwingende coördinatie van de hoofdprocedure en de secundaire procedures, die de voorrang van de hoofdprocedure verzekert. Deze rechter zal dit stelsel hebben te bewaken hetgeen hem makkelijk in contact brengt met de curator die in een hoofdprocedure in een ander land is benoemd.

126. Mijn voorlopige conclusie vloeit uit de eerder geuite visie voort: een curator zou het zelf niet moeten willen om beroepsmatig onvoldoende professioneel geregeld bij een rechter elders aan te kloppen. Het vertrouwen van die rechter en van andere bij de procedure betrokken zal danig op de proef worden gesteld indien een niet of matig gereguleerd curator tevens hun belangen kan beïnvloeden. De basis van de erkenning van insolventie-beslissingen van de rechters van de lidstaten berust op het “beginsel van wederzijds vertrouwen”. Om daaraan recht te doen dient de “onafhankelijkheid” (andere beroepswaarden heb ik in dit preadvies niet onderzocht) in de wet verankerd te zijn. In het Europese perspectief is er alleszins reden om een geharmoniseerd stelsel van regels die betrekking hebben op professionaliteit en ethiek van faillissementscuratoren te werken.

7. Samenvatting en conclusies

[volgt]

Bijlage A

INSOLAD Praktijkregels voor curatoren

(2011)

1. GRONDBEGINSELEN

1.1. De curator:

- is onafhankelijk en integer;
- laat zich leiden door de belangen van de boedel en de andere belangen die een curator zich mede behoort aan te trekken;
- streeft naar objectiviteit in zijn oordeelsvorming;
- voert zijn werkzaamheden zorgvuldig, vakkundig en doelmatig uit;
- handelt betamelijk.

Toelichting

De grondbeginselen hebben tot doel te waarborgen dat insolventieprocedures met een hoge mate van zekerheid in overeenstemming met de wettelijke en andere voorschriften worden behandeld en afgewikkeld. In het algemeen zal de curator zich in de uitoefening van de hem opgedragen taak moeten gedragen in overeenstemming met hetgeen onder gelijke omstandigheden van een vakkwaam en redelijk handelend curator mag worden verwacht. Binnen het kader van de wettelijke en overige voorschriften waarborgt hij bij de uitoefening van zijn werkzaamheden de gerechtvaardigde belangen van alle bij de insolventieprocedure betrokken partijen als onafhankelijke, objectieve en vakkwame deskundige.

2. VOORTZETTEN VAN DE ONDERNEMING DOOR DE CURATOR

2.1. De curator zet, na een korte inventarisatieperiode, de onderneming van de gefailleerde alleen dan voort als aannemelijk is dat het belang van de boedel of een ander zwaarwegend belang dat vergt en indien tevens redelijkerwijs verwacht mag worden dat de meeropbrengst die als gevolg van het voortzetten van de onderneming kan worden behaald de daarmee gepaard gaande extra kosten zal overschrijden. Indien echter de curator vermoedt dat het faillissement het gevolg is van misbruik van de faillissementsprocedure, het faillissementvonnis nog niet onherroepelijk is en rekening gehouden moet worden met het instellen van een rechtsmiddel of een rechtsmiddel al ingesteld is streeft de curator naar handhaving van de status quo.

2.2. De curator die de onderneming van de gefailleerde voortzet, handelt met betrekking tot die voortgezette onderneming met inachtneming van de in artikel 1 genoemde Grondbeginselen.

3. VERKOOP VAN ACTIVA

3.1. De curator verkoopt de activa op zodanige wijze dat de meeste kans bestaat op een goede opbrengst. Tenzij een bijzondere situatie daaraan in de weg staat streeft de curator er daarbij naar een situatie van concurrentie te laten ontstaan tussen diverse gegadigden. Onder een goede opbrengst hoeft niet steeds verstaan te worden "de hoogst mogelijke opbrengst". De curator dient zich in het algemeen te oriënteren voordat hij het verkoopproces start en streeft zo mogelijk een transparant verkoopproces na. Andere belangen dan het belang bij het financiële resultaat zullen in het algemeen geen leidende rol mogen spelen. In geval van openbare verkoop draagt de curator zorg voor adequate publiciteit. Indien goederen verkocht worden waarop mogelijk rechten van derden zoals eigendomsvoorbeholden rusten, draagt de curator er zorg voor dat rekening wordt gehouden met hun belangen.

3.2. Tenzij sprake is van activa met een geringe waarde of van activa waarvan het mogelijk is om de waarde op andere wijze objectief vast te stellen, verkoopt de curator in het algemeen onderhands geen activa dan nadat hij zich heeft voorzien van één of meer deskundigenrapporten met betrekking tot de waarde van de te verkopen activa.

3.3. De curator verkoopt activa niet onderhands aan natuurlijke of rechtspersonen met wie hij direct of indirect een bijzondere band heeft.

3.4. Indien de verkoop gezien dient te worden als een executieverkoop brengt de curator duidelijk tot uitdrukking dat artikel 7:19-1 BW van toepassing is. Tevens brengt hij de gevolgen voor de heffing van omzetbelasting tot uitdrukking. Bij de vraag in hoeverre verkoopgaranties gegeven dienen te worden door de curator laat deze zich mede leiden door het belang bij een vlotte afwikkeling van het faillissement.

3.5. Indien de curator besluit verrichte transacties aan te vechten streeft hij naar een oplossing waardoor de belangen van de wederpartij voor het geval de aanvechting ten onrechte gedaan blijkt te zijn zo min mogelijk worden geschaad.

4. PROCEDEREN DOOR DE CURATOR

4.1. De curator zet lopende procedures uitsluitend voort en/of maakt uitsluitend nieuwe procedures aanhangig als het belang van de boedel of een ander zwaarwegend belang dat een zorgvuldig handelend curator zich mede behoort aan te trekken dat vereist.

4.2. Ook als aannemelijk is dat de boedel niet aan een eventuele proceskosten veroordeling zal kunnen voldoen, kan de curator besluiten een lopende procedure voort te zetten of een nieuwe procedure aanhangig te maken.

4.3. Uitgangspunt bij de beslissing van de curator om zich in een procedure al dan niet te laten bijstaan door een niet aan zijn kantoor verbonden advocaat, is dat de boedel, alles in aanmerking genomen, steeds op de best mogelijke wijze dient te worden bijgestaan.

5. AANSPRAKELIJKSTELLING VAN (EX-)BESTUURDERS, (EX-) COMMISSARISSEN EN DERDEN VOOR HET ONTSTAAN VAN HET FAILLISSEMENT.

5.1. De curator van een rechtspersoon onderzoekt of er aanleiding bestaat een vordering in te stellen tegen de (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen van de gefailleerde of tegen andere personen of rechtspersonen zoals beleidsbepalers, aandeelhouders en kredietverschaffers, in verband met het ontstaan van het faillissement.

5.2. De curator van een rechtspersoon gaat in het algemeen niet over tot aansprakelijkstelling van (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen of derden voor een vordering als bedoeld in praktijkregel 5.1 alvorens hij die (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen of derden in de gelegenheid heeft gesteld hun visie te geven op de oorzaken van het faillissement en de rol van (ex-) bestuurders en (ex-) commissarissen.

5.3. In het algemeen onthoudt de curator van een rechtspersoon zich van uitspraken in het openbaar over de vraag of er al dan niet sprake is van aansprakelijkheid als bedoeld in praktijkregel 5.1 totdat hij zijn onderzoek naar die aansprakelijkheid heeft afgerond.

5.4. De curator van een rechtspersoon gaat slechts dan over tot het aansprakelijk stellen van een (rechts)persoon als bedoeld in praktijkregel 5.1 voor een aldaar bedoelde vordering indien hij er van overtuigd is dat de betreffende (rechts)persoon ook werkelijk aansprakelijk is.

6. CREDITEUREN

6.1. In het algemeen schrijft de curator binnen korte termijn na zijn aanstelling alle hem bekende crediteuren aan.

6.2. De curator schrijft de crediteuren in het algemeen in het Nederlands aan tenzij het gaat om een buitenlandse crediteur en/of een crediteur van wie de curator bekend is dat hij de Nederlandse taal niet machtig is. In laatstgenoemd geval zal de curator - eventueel naast het gebruik van het Nederlands - in beginsel in het Engels corresponderen. Indien een crediteur een vordering heeft ingediend bevestigt de curator de ontvangst daarvan. Indien de curator ter gelegenheid van de verificatie of een vereenvoudigde afwikkeling constateert dat een crediteur, die (mogelijk) een recht van voorrang heeft, zijn vordering indient zonder aanspraak te maken op die voorrang wijst hij die crediteur daar op. De voorgaande zin behelst geen onderzoeksplicht van de curator.

6.3. De curator houdt een afzonderlijke lijst bij van de bekende vorderingen van boedelcrediteuren. De lijst is qua indeling en samenstelling vergelijkbaar met de lijsten van voorlopig erkende faillissementscrediteuren.

6.4. Tenzij de stand van de boedel zodanig is dat twijfel kan bestaan of alle vorderingen van boedelcrediteuren zullen kunnen worden voldaan, voldoet de curator zo spoedig mogelijk de vorderingen van de boedelcrediteuren. In het algemeen voldoet de curator onmiddellijk de

vorderingen van door hem ten behoeve van de boedel ingeschakelde derden.

6.5. Indien een voorlopige of definitieve crediteurencommissie is ingesteld vraagt de curator de commissie tijdig om advies in de gevallen waarin de wet zulks voorschrijft en voorziet hij de commissie van alle informatie die van belang kan zijn voor het uitbrengen van het advies. Hij houdt de crediteurencommissie volledig op de hoogte van de wijze van vereffening en tegeldemaking van de boedel en van relevante vragen die spelen in het kader van de voortzetting van de onderneming. Hij verschaft de crediteurencommissie naar vermogen alle gevraagde inlichtingen. Hij maakt afspraken met de leden van de commissie over (i) geheimhouding van aan de commissie verstrekte informatie, (ii) omgang met belangenconflicten en (iii) aftreden van leden van de commissie indien zij hun vordering geheel overdragen, hun betwiste vordering onherroepelijk wordt afgewezen of hun vordering volledig is voldaan.

7. CREDITEUREN MET BIJZONDERE RECHTEN

7.1. De curator respecteert eigendomsrechten van derden. Behoudens voor zover de wet of een beter recht van derden zich daartegen verzet levert de curator de betreffende zaken uit aan de eigenaren die daarop aanspraak maken. De zorg die de curator als goed bewaarder ten aanzien van de zich in zijn/haar beheer bevindende goederen in acht moet nemen kan met zich brengen dat de curator in redelijkheid kosten moet maken. In die gevallen is het wenselijk deze onder toepassing van een omslag bij afgifte aan de eigenaren door te berekenen. In situaties waarin een derde pandrechten op materiële vaste activa heeft en de zorg van de curator als goed bewaarder derhalve mede de belangen van de pandhouder dient, is wenselijk dat de curator met de pandhouder in overleg treedt over de vergoeding van de door de curator te maken kosten van bewaring en ter vaststelling/afwikkeling van eigendomsrechten/pandrechten.

7.2. Het is de curator niet toegestaan zaken die niet aan de boedel toebehoren in de feitelijke macht van een derde te brengen zonder zich er tevoren van te vergewissen dat de rechthebbende daarmee instemt, zulks tenzij zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard het in de feitelijke macht van een derde brengen zonder die toestemming rechtvaardigen.

7.3. De curator stelt pand- en hypotheekhouders in staat hun rechten uit te oefenen. Voor zover het faciliteren van deze uitoefening leidt tot kosten voor de boedel, kan de curator die in rekening brengen aan de betreffende pand- en hypotheekhouders. De curator kan besluiten mee te werken aan een onderhandse verkoop van verpande of met hypotheek bezwaarde goederen, mits daardoor de belangen van de boedel niet geschaad worden. In het algemeen zal de curator verlangen dat de pand- of hypotheekhouder de boedel en de curator vrijwaart tegen alle aanspraken van derden als gevolg van of in verband met het feit dat de curator heeft meegewerkt aan de onderhandse verkoop.

7.4. De curator zal in beginsel een zaak waarop een retentierecht rust opeisen en verkopen indien de te verwachten opbrengst hoger zal zijn dan de kosten die met verkoop gemoeid zijn.

8. HET VERSTREKKEN VAN INFORMATIE AAN DERDEN DOOR CURATOREN

8.1. De curator streeft een transparante afwikkeling van het faillissement na. Hij betracht daarbij zoveel mogelijk openheid jegens de gefailleerde of diens bestuur, crediteuren en aandeelhouders. Voor zover geen openheid gegeven kan worden omdat deze lopende onderhandelingen in gevaar zouden kunnen brengen verstrekt de curator achteraf informatie aan de belanghebbenden. De na te streven openheid vindt zijn begrenzing in (i) belemmeringen rechtens, (ii) het belang dat gemoeid is met een goede afwikkeling van het faillissement en (iii) privacy belangen. De curator sluit in beginsel geen overeenkomsten die geheimhoudingsclausules bevatten. Ten aanzien van informatieverstrekking aan overheidsorganen (anders dan als crediteuren) geldt dat de curator deze verstrekt indien daartoe een wettelijke plicht bestaat of de informatieverstrekking het belang van de boedel dient.

8.2. Tenzij het belang van de boedel of een ander belang dat een zorgvuldig curator zich behoort aan te trekken dan wel een op de curator rustende wettelijke verplichting anders vergt, vermijdt de curator zoveel mogelijk om kennis te nemen van feiten en omstandigheden de hoogst persoonlijke levenssfeer van de gefailleerde of derden betreffende. Dergelijke feiten en omstandigheden maakt hij in het algemeen niet openbaar zonder degene wiens levenssfeer het betreft daarvan zo spoedig mogelijk in kennis te stellen.

8.3. Indien de curator op verzoek van een derde aan hem informatie verschaft anders dan de informatie die valt onder de transparantie- en verantwoordingsplicht van praktijkregel 8.1 zal de curator daarvoor een redelijke vergoeding in rekening mogen brengen.

8.4. De curator publiceert de openbare verslagen en andere stukken behorende tot het openbare dossier op het internet, tenzij daaraan zwaarwegende privacy belangen in de weg staan. Zonodig treedt de curator in overleg met de rechter-commissaris. De curator zendt tegelijk met de publicatie een afschrift van of link naar zijn verslag per email aan alle crediteuren die desgevraagd hebben medegedeeld op dergelijke toezending prijs te stellen.

9. ADMINISTRATIE

9.1. De curator draagt zorg voor een boedeladministratie die van zodanige aard is dat daaruit steeds de rechten en verplichtingen van de boedel gekend kunnen worden en die hem in staat stelt aan al zijn wettelijke verplichtingen te voldoen.

9.2. Een curator gaat slechts in uitzonderingsgevallen en alleen na toestemming van de rechter-commissaris over tot een geconsolideerde afwikkeling van samenhangende faillissementen.

9.3. De curator streeft ernaar de administratie van de gefailleerde zo snel mogelijk na zijn benoeming veilig te stellen.

10. VERSLAGLEGGING

10.1. De curator richt de in artikel 73a Fw bedoelde faillissementsverslagen zodanig in dat daaruit de stand van de boedel zonder nader onderzoek kenbaar is voor een belanghebbende die niet over een bijzondere deskundigheid op het gebied van financiële verslaglegging en/of het faillissementsrecht beschikt. De curator richt zich in zijn verslaglegging naar het in praktijkregel 8.1 vervatte uitgangspunt.

11. BIJSTAND DOOR ADVOCATEN

11.1. Indien een bestuurder of derde wordt bijgestaan door een advocaat zal de curator in alle gevallen waarin juridische vragen een rol spelen geen contact opnemen met deze bestuurder of derde buiten de advocaat om. Rechtstreekse correspondentie met de bestuurder of derde in dergelijke aangelegenheden is wel toegestaan, mits de advocaat wordt ingekopieerd.

12. UITDELINGEN

12.1. Wanneer er voldoende contante middelen aanwezig zijn om een uitdeling aan de crediteuren te bewerkstelligen verzoekt de curator aan de rechtercommissaris een uitdeling te bevelen. Is nog geen verificatievergadering gehouden, doch is deze wel vereist, dan verzoekt de curator de rechtercommissaris tevens een verificatievergadering bijeen te roepen.

13. GROEPEN

13.1. Indien de failliete schuldenaar meerderheidsaandeelhouder is in een of meer dochtervennootschappen is praktijkregel 8.1 van overeenkomstige toepassing op het belang van de failliete schuldenaar in de dochtervennootschap(pen). Indien onzekerheid bestaat over de toerekening van activa en/of passiva aan de failliete schuldenaar en/of de dochtervennootschappen, verantwoordt de curator aan de crediteuren van de gefailleerde en van de dochtervennootschappen de door hem gemaakte keuzes. In beginsel treedt de curator niet op als bestuurder van nietfailliete dochtervennootschappen.

13.2. Indien een belangenconflict ontstaat tussen een of meer boedels waarin dezelfde curator is benoemd neemt de curator daarover contact op met de rechter-commissaris teneinde over een oplossing te overleggen. De curator maakt in zijn eerstvolgende verslag melding van het belangenconflict en de gekozen oplossing.

14. AANGIFTE VAN STRAFBARE FEITEN EN ONDERZOEK

14.1. Buiten de gevallen bedoeld in artikel 160 Wetboek van Strafvordering doet de curator aangifte van strafbare feiten indien hij zulks in het belang acht van de boedel.

Bijlage B

**Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in
faillissementen en surseances van betaling**

[datum 15 maart 2013; auteur R.A. Boon, M. Jansen, R.J. Verschoof, R. Kruisdijk en P. J.
Neijt

Inhoudsopgave

Voorwoord

- 1 Plaatsing op de lijst van curatoren en bewindvoerders**
 - 1.1 Verzoek tot plaatsing**
 - 1.1.1 Schriftelijk
 - 1.1.2 Kwalitatieve toets
 - 1.1.3 Omstandighedentoets
 - 1.2 Beslissing op het verzoek**
 - 1.2.1 Afwijzing van het verzoek
 - 1.2.2 Voorlopige toelating
- 2 Kwaliteit**
 - 2.1 Kennis en ontwikkeling**
 - 2.2 Evaluatiegesprekken**
 - 2.3 Dossieronderzoek**
- 3 Beëindiging van de plaatsing op de curatorenlijst**
 - 3.1 Inhoudelijke toets**
 - 3.2 Wisseling van kantoor**
 - 3.3 Hoor en wederhoor**
- 4 Benoeming in individuele faillissementen**
 - 4.1 Geen recht op benoeming**
 - 4.2 Ervaring**
 - 4.3 Evenwichtige verdeling**

Voorwoord

De rechtbanken hanteren bij de benoeming van curatoren in faillissementen en bewindvoerders in surseances van betaling een lijst met benoembare advocaten, de zogenaamde curatorenlijst. In dit stuk worden uitgangspunten geformuleerd voor het toelaten tot of verwijderen van advocaten van de curatorenlijst, over benoeming in individuele faillissementen en over door rechtbanken in te zetten kwaliteits- en controle-instrumenten. Het gaat om uitgangspunten, niet om dwingende voorschriften en evenmin om (bindend) beleid. Het is niet de intentie met deze uitgangspunten het staande benoemingenbeleid te doorbreken doch slechts hieromtrent meer duidelijkheid te verschaffen. Dit document wil landelijke uitgangspunten verwoorden, maar kan niet uitsluiten dat de specifieke omstandigheden in een arrondissement aanleiding geven tot afwijkingen. Aan dit document kunnen geen rechten worden ontleend.

Bij de hierna te noemen uitgangspunten moet verder worden vooropgesteld dat vertrouwen essentieel is in de toezichtrelatie tussen rechter-commissaris en curator. De rechter-commissaris kan niet elke stap van de curator controleren. De curator heeft een grote mate van beleidsvrijheid en toezicht vindt vaak achteraf plaats. De toezichthouder moet erop kunnen vertrouwen dat de curator zich jegens alle belanghebbenden gedraagt op een wijze die mag worden verwacht van een professionele en deskundige curator. Meer in het bijzonder dient de rechtbank het vertrouwen te hebben dat de curator zijn rechter-commissaris informeert op een wijze die effectief een efficiënt toezicht op de curator mogelijk maakt. Communicatie is daarbij van groot belang. Hoewel zoveel mogelijk wordt gestreefd naar objectieve criteria als het gaat om concrete benoemingen en om plaatsing op en/of schrapping van de curatorenlijst, kunnen ook (inter)subjectieve beoordelingen van rechters-commissarissen een rol spelen.

Bij de ontwikkeling van deze uitgangspunten is tevens aandacht besteed aan de vraag of het benoemingenbeleid van de rechtbanken wordt beheerst door (Europese) aanbestedingsregels. Na voorlichting is geconstateerd dat de uitgangspunten niet in strijd zijn met Europees of nationaal aanbestedingsrecht.

De uitgangspunten zijn ontwikkeld door Recofa, goedgekeurd door het LOVCK en tot stand gekomen in overleg met de Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD).

Recofa hecht eraan te benadrukken dat zij zich aanbevolen houdt voor opmerkingen en openstaat voor een gedachtewisseling met alle professionals, die betrokken zijn bij de insolventiepraktijk, over deze uitgangspunten.

15 maart 2013

1 Plaatsing op de lijst van curatoren en bewindvoerders

1.1 Verzoek tot plaatsing

1.1.1 Schriftelijk

Plaatsing op de curatorenlijst kan plaatsvinden na een schriftelijk verzoek daartoe aan de rechtbank. Voor advocaten geldt dat zij dit verzoek alleen kunnen richten tot de rechtbank waar zij op het tableau gesteld zijn. Voor alle curatoren geldt dat zij slechts op één curatorenlijst geregistreerd kunnen staan.

1.1.2 Kwalitatieve toets

De volgende uitgangspunten worden gehanteerd bij de beoordeling van een verzoek tot plaatsing op de curatorenlijst:

- a. Van de advocaat wordt verlangd dat hij ten minste zijn advocatenstage en de VSO-cursus Insolventierecht Voortgezet (dan wel een vergelijkbare opleiding) heeft voltooid.
- b. De advocaat dient voldoende relevante ervaring te hebben in civielrechtelijke zaken en relevante ervaring in faillissementen, bijvoorbeeld door werkzaamheden te hebben verricht in faillissementen van een kantoorgenoot.
- c. De advocaat dient direct na benoeming als curator voldoende tijd en aandacht te kunnen besteden aan het werk als curator.
- d. Er dient geen enkele twijfel te bestaan omtrent de integriteit van de advocaat. De advocaat dient de deken van de Orde van Advocaten te machtigen tot het aan de rechters-commissarissen verschaffen van inlichtingen over klachten, maatregelen of feiten die de integriteit van de curator betreffen.
- e. De advocaat moet voldoen aan de regels uit de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling, waaronder de verplichting tot het afsluiten van een afdoende beroepsaansprakelijkheidsverzekering.
- f. De advocaat dient bij voorkeur werkzaam te zijn op een kantoor, waaraan één of meer reeds op de curatorenlijst geplaatste (meer ervaren) curator(en) en één of meer faillissementsmedewerker(s) zijn verbonden zodat er voldoende delegatiemogelijkheden zijn.

1.1.3 Omstandighedentoets

De rechtbank kan een maximum stellen aan het aantal benoembare curatoren per kantoor. Daarnaast geldt dat de rechtbank een verzoek om plaatsing op de curatorenlijst slechts honoreert, wanneer zij uitbreiding van de curatorenlijst met de betrokken advocaat, mede

gelet op het aantal uitgesproken en te verwachten faillissementen en de geografische spreiding, wenselijk acht.

1.2 Beslissing op het verzoek

1.2.1 Afwijzing van het verzoek

In het geval de rechtbank het verzoek afwijst, zal zij dit, desgewenst schriftelijk, aan de advocaat berichten. De rechtbank kan volstaan met een summiere motivering van haar beslissing.

1.2.2 Voorlopige toelating

Nieuwe plaatsingen op de curatorenlijst zijn voorlopig. Na twee jaar wordt bezien of de plaatsing wordt gecontinueerd. Dit is in elk geval afhankelijk van het oordeel van de rechtbank over het functioneren van de curator op onder meer de hierna in 2.2 genoemde punten.

2 Kwaliteit

2.1 Kennis en ontwikkeling

Van de curatoren op de curatorenlijst wordt verlangd dat zij ruim voldoende kennis hebben van het insolventierecht en aanverwante (rechts)gebieden en dat zij deze kennis op adequate wijze verder ontwikkelen. Curatoren dienen binnen twee jaar na hun eerste benoeming hun kennis van het insolventierecht en aanverwante (rechts)gebieden aantoonbaar te hebben uitgebreid. Alle curatoren dienen minimaal vier dagdelen per jaar een cursus op het gebied van het insolventierecht en/of aanverwante (rechts)gebieden te volgen.

2.2 Evaluatiegesprekken

De rechtbank houdt periodiek een evaluatiegesprek met ieder kantoor. Tijdens dit gesprek kunnen de volgende onderwerpen aan de orde komen:

- a. samenwerking met de rechtbank en kwaliteit van het toezicht
- b. kantooropbouw en delegatie
- c. benoemingen en beschikbaarheid
- d. gevolgde opleidingen en deskundigheid
- e. doelmatigheid en voortvarendheid
- f. verslaglegging en informatieverstrekking aan de rechter-commissaris en rappellen
- g. salarisverzoeken en gerealiseerde omzet.

2.3 Dossieronderzoek

De rechtbank kan, al dan niet in het kader van het periodieke evaluatiegesprek, inzage verlangen in de dossiers van de curator.

3 Beëindiging van de plaatsing op de curatorenlijst

3.1 Inhoudelijke toets

De rechtbank kan beslissen dat een curator niet langer wordt benoemd. Hierbij kunnen naast de in 1.1.2 en 1.1.3 genoemde vereisten onder meer de volgende aspecten een rol spelen:

- a. de uitkomsten van de evaluatiegesprekken en/of de dossieronderzoeken
- b. de door de rechters-commissarissen geconstateerde doelmatigheid, voortvarendheid en kwaliteit in de afwikkeling van faillissementen
- c. de beschikbaarheid van de curator en de frequentie van de benoemingen
- d. de mate waarin het uurtarief van de curator en zijn kennis en ervaring met elkaar in overeenstemming zijn
- e. de bestaande capaciteit aan curatoren, gerelateerd aan het aantal faillissementen dat wordt uitgesproken en verwacht
- f. de bestaande capaciteit aan curatoren, verdeeld over de verschillende categorieën als hierna in 4.2 bedoeld en voor zover aan de orde.

3.2 Wisseling van kantoor

Wanneer de curator van kantoor wisselt, is het niet vanzelfsprekend dat hij bij het nieuwe kantoor in aanmerking blijft komen voor benoemingen. Hierover, als ook over de wijze waarop in de afwikkeling van de lopende faillissementen voorzien wordt, dient tijdig overleg met de rechtbank plaats te vinden. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de curator de lopende faillissementen waarin hij is benoemd zelf afwikkelt. Wanneer dit echter niet wenselijk wordt geacht door de rechtbank of de curator zal zijn voormalig kantoor in beginsel voor de afhandeling van deze faillissementen zorg moeten dragen.

3.3 Hoor en wederhoor

Indien de rechtbank het voornemen heeft om een curator niet langer op de curatorenlijst te handhaven, wordt betrokkene over het voornemen geïnformeerd en in de gelegenheid gesteld zich hierover uit te laten. Dit geldt ook ten aanzien van het voornemen om een voorlopige plaatsing niet te continueren.

4 Benoeming in individuele faillissementen

4.1 Geen recht op benoeming

De rechtbank zal steeds die advocaat tot curator/bewindvoerder benoemen die zij voor het betreffende faillissement of de surseance van betaling het meest geschikt acht. Uit de plaatsing op de curatorenlijst volgt dus geen ‘recht op benoeming’. Curatoren dienen er op bedacht te zijn dat het aantal benoemingen kan teruglopen. De rechtbank geeft geen omzetgarantie.

4.2 Ervaring

Voor de verdeling van faillissementen naar zwaarte, kan de rechtbank categorieën van curatoren hanteren aan de hand van ervaring, opleiding en functioneren.

4.3 Evenwichtige verdeling

De rechtbank tracht de op de curatorenlijst geplaatste curatoren zodanig regelmatig te benoemen dat zij in staat zijn hun ervaring en kennis op peil te houden. Hierbij kan de rechtbank niet alleen acht slaan op de toedeling van faillissementen aan individuele curatoren, maar tevens op de faillissementen waarin zijn kantoorgenoten werden benoemd.

Bijlage C

UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (2004)

(.....)

The purpose of provisions concerning the insolvency representative is to:

- (a) Specify qualifications required for appointment;
- (b) Establish a mechanism for selection and appointment;
- (c) Specify powers and functions; and
- (d) Provide for remuneration, liability, removal and replacement.

Qualifications

(115) The insolvency law should specify the qualifications and qualities required for appointment as an insolvency representative, including integrity, independence, impartiality, requisite knowledge of relevant commercial law and experience in commercial and business matters. The insolvency law should also specify the grounds upon which a proposed insolvency representative may be disqualified from appointment.

Conflict of interest

(116) The insolvency law should require the disclosure of a conflict of interest, a lack of independence or circumstances that may lead to a conflict of interest or lack of independence by:

- (a) A person proposed for appointment as an insolvency representative or a person appointed as an insolvency representative where the conflict of interest or the circumstances that may lead to a conflict of interest or lack of independence arise in the course of insolvency proceedings; and
- (b) Persons proposed for employment by the insolvency representative or the estate including professionals or a person employed by the insolvency representative or the estate where the conflict of interest or the circumstances that may lead to a conflict of interest or lack of independence arise in the course of insolvency proceedings.

(117) The insolvency law should specify that the obligation to disclose set forth in recommendation 116 should continue throughout the insolvency proceedings. The insolvency law should specify the consequences of a conflict of interest or lack of independence.

Appointment

(118) The insolvency law should establish a mechanism for selection and appointment of an insolvency representative. Different approaches may be taken, including appointment by the

court; by an independent appointing authority; on the basis of a recommendation by creditors or the creditor committee; by the debtor; or by operation of insolvency law, where the insolvency representative is a government or administrative agency or official.

Remuneration

(119) The insolvency law should establish a mechanism for fixing the remuneration of the insolvency representative and establish priority for payment of that remuneration.

Duties and functions of the insolvency representative

(120) The insolvency law should specify that the insolvency representative have an obligation to protect and preserve the assets of the estate. The insolvency law should specify the insolvency representative's duties and functions with respect to the administration of the proceedings and preservation and protection of the estate, including continued operation of the debtor's business.

Right to be heard

See recommendation 137.

Right to be heard and to request review

(137) The insolvency law should specify that a party in interest have a right to be heard on any issue in the insolvency proceedings that affects its rights, obligations or interests. For example, a party in interest should be entitled to:

- (a) Object to any act that requires court approval;
- (b) Request review by the court of any act for which court approval was not required or not requested; and
- (c) Request any relief available to it in insolvency proceedings.

Confidentiality

See recommendation 111.

Confidentiality

(111) The insolvency law should specify protections for information provided by the debtor or concerning the debtor that is commercially sensitive or confidential.

Liability

(121) The insolvency law should specify the consequences of the insolvency representative's failure to perform, or to properly perform, its duties and functions under the law and any related standard of liability imposed.

Removal and replacement

(122) The insolvency law should establish the grounds and procedure for removal of the insolvency representative. The grounds may include:

- (a) Incompetence, failure to perform or failure to exercise the proper degree of care in the performance of its powers and functions;
- (b) Inability to perform;
- (c) Lack of a particular or specialized qualification required by a specific case;
- (d) Engaging in illegal acts or conduct;
- (e) Conflict of interest or a lack of independence that would justify removal; or
- (f) Where the function of the insolvency representative changes.

(123) The insolvency law should establish a mechanism for removal of the insolvency representative that reflects the manner in which the insolvency representative was appointed and provides a right for the insolvency representative to be heard.

(124) In the event of the death, resignation, or removal of the insolvency representative, the insolvency law should establish a mechanism for appointment of a replacement and specify whether or not court approval of the replacement is necessary.

Estates with insufficient assets to meet the costs of administration

(125) Where the insolvency law provides for an insolvency representative to be appointed to administer an estate with insufficient assets to meet the costs of administration, the insolvency law should also establish a mechanism for appointment and remuneration of that representative.

Bijlage D

EBRD INSOLVENCY OFFICE HOLDER PRINCIPLES

(EBRD PRINCIPLES IN RESPECT OF THE QUALIFICATIONS, APPOINTMENT, CONDUCT, SUPERVISION, AND REGULATION OF OFFICE HOLDERS IN INSOLVENCY CASES; June 2007)

PRINCIPLE 1 – QUALIFICATIONS & LICENSING GENERALLY

Because of the tasks that an office holder might be expected to perform, the responsibilities that an office holder will have and the trust that is reposed in an office holder, it should be the case that an office holder should have some fundamental qualifications. These include general ability and intelligence, experience, professional knowledge and good character. Further, most professions are regulated by a system of licensing. Office holders should be regarded as a professional body of persons and licensed accordingly.

The law or regulatory framework should therefore provide for:

- (a) the qualifications of an office holder
- (b) an examination in insolvency law and practice and other relevant subjects for office holder candidates
- (c) the licensing or registration of a candidate who satisfies the qualification standards
- (d) a register of licensed/registered office holders
- (e) a requirement for continuing education for office holders
- (f) the renewal of a license or registration This may be set as appropriate
- (g) the licensing of a corporate body

PRINCIPLE 2 – APPOINTMENT IN AN INSOLVENCY CASE

There is a need for a predictable and fair process for the appointment of an office holder to an insolvency case. Accordingly, the law should state:

- (a) the grounds upon which an office holder may be ineligible for appointment
- (b) the body who may appoint such a office holder
- (c) in the case of an appointment by a court [or other relevant authority], clear guidelines concerning the manner in which the court should select such an office holder
- (d) in the case of an appointment by the general body of creditors or a committee of creditors, the manner in which such appointment may be made
- (e) in the case of an appointment by the debtor or a representative of a debtor, the manner in which such appointment may be made

(f) that there is no restriction upon the number of cases in respect of which an office holder may be appointed

PRINCIPLE 3 – REVIEW OF OFFICE HOLDER APPOINTMENT

It is important that the process for determining an appointment of an office holder to an insolvency case has regard to the need for transparency and impartiality and that both creditors and debtor, who have a real interest in who might be appointed, have the opportunity to oppose or complain about an appointment.

Accordingly, the law should facilitate the review of a decision to appoint an office holder by:

- (a) providing the grounds upon which an appointment may be reviewed
- (b) providing a process for a review
- (c) if an appointment is set aside, providing for the appointment of another qualified office holder

PRINCIPLE 4 – REMOVAL, RESIGNATION & DEATH OF OFFICER HOLDER

It may be expected that there will be cases in which the parties in interest may wish to remove an office holder from office and other cases in which an office holder may wish to retire from office or may die.

Accordingly, the law should provide for:

- (a) the resignation of an office holder from office
- (b) the grounds upon which an office holder may be removed from an insolvency case
- (c) the process for the removal of an office holder

PRINCIPLE 5 – REPLACEMENT OF OFFICE HOLDER

In the same way that the initial appointment process is important so also is the process of appointment of a replacement.

Accordingly, in any case where an office holder dies, retires or is removed, the law should provide:

- (a) for the prompt appointment of a new office holder to replace the former office holder
- (b) that the new office holder is entitled, without delay, to the assets, books and records of the debtor in the possession of the former office holder
- (c) that the new office holder is entitled, without delay, to the books and records of the former office holder that concern or are related to the previous conduct of the administration of the insolvency case by the former office holder

(d) that the retiring or removed office holder must co-operate with and assist the new office holder in the transfer and transmission of the conduct of the insolvency case

PRINCIPLE 6 – STANDARDS OF PROFESSIONAL AND COMMERCIAL CONDUCT

Standards are the most useful way of both establishing and measuring the level of performance expected of office holders. Accordingly, the law should:

(a) by primary legislation, provide basic, fundamental standards that are critical to proper professional and commercial conduct on the part of office holders

(b) by secondary legislation (or otherwise), provide standards relating to:

- reports
- initial collection and safeguarding of assets
- trading of the debtor’s business subsequent to the commencement or opening of the insolvency proceedings
- keeping of records
- convening and conduct of creditors meetings
- sale and other disposal of assets
- opening and operation of bank accounts
- reorganisation plan contents and explanatory memorandum

PRINCIPLE 7 – REPORTING AND SUPERVISION

Creditors, the debtor and others with an interest in an insolvency case (for example, a court or regulatory body) are entitled to be regularly informed about the progress of the case and that relevant information is available to them. This may be best facilitated through reports. This also provides a basis upon which the work of an office holder and the progress of an insolvency case may be monitored. Accordingly, the law should provide:

(a) that an office holder provide regular reports on the work undertaken and progress of the administration of the insolvency case

(b) for the appointment, in appropriate cases, of a committee of creditors who may ‘oversee’ the work of an office holder

(c) that the performance of an office holder in an insolvency case be monitored

PRINCIPLE 8 - REGULATORY AND DISCIPLINARY FUNCTIONS

The level of trust, responsibility and work standards required of an office holder requires a commensurate level of potential regulation and discipline. Accordingly, the law should:

(a) provide for a government or other body (including a recognised professional association) to have appropriate regulatory, investigatory and disciplinary powers in respect of office holders

(b) provide for the grounds upon which the conduct of an office holder may be investigated

(c) provide for the powers of such a regulatory body, including the power to:

- investigate the conduct of an office holder upon a referral from a court, upon the complaint of an affected third party or on its own motion
- intervene and be heard on any application to a court concerning the conduct of an office holder or for the removal of an office holder from an insolvency case
- impose disciplinary measures upon an office holder in respect of whom misconduct has been established

(d) provide that disciplinary powers include a power to:

- impose a fine upon an office holder
- suspend the license or registration of an office holder
- terminate the registration or license of an office holder
- require that an office holder compensate third parties who have been affected by the misconduct of an office holder
- require that the office holder undergo further education and training

(e) provide for a right of appeal from the exercise of a disciplinary power The livelihood of an office holder should be respected and any decision that, directly or indirectly, affects that livelihood should be capable of review or appeal.

PRINCIPLE 9 – REMUNERATION AND EXPENSES

Reward: the level of it and the manner in which it may be determined is a critical part of an insolvency office holder regime. Without it there will be no office holders. Accordingly, the law should provide: (a) for the entitlement of an office holder to be remunerated for work done by the office holder and to recover expenses properly incurred in an insolvency case

(b) that the entitlement for remuneration of an office holder may be determined by a court, relevant authority or other institution (for example, a committee of creditors)

(c) the basis upon which the remuneration of an office holder may be calculated

(d) an appropriate mechanism for the review/appeal against the determination of the remuneration payable to an office holder

(e) for the payment of such remuneration out of the assets of the estate of the debtor including payment on account during the progress of the case

(f) an appropriate level of priority for the payment of such remuneration ahead of other claims

PRINCIPLE 10 – RELEASE OF OFFICE HOLDER

The law should provide that, subject to any objection by a regulatory body or an interested party, an office holder may be released from his/her appointment as office holder in an insolvency case

PRINCIPLE 11 – INSURANCE & BONDING

The law should require that an office holder must at all times maintain a bond or professional indemnity insurance cover to protect third parties against negligence or breach of duty or fraud by an office holder

PRINCIPLE 12 - CODE OF ETHICS

The law should encourage and facilitate the development of a code of ethics for office holders, preferably through a professional body. Such a code should deal with appropriate conduct, for example:

- the need for impartiality
- the need for integrity and accountability
- the need for independence
- the need to avoid the perception of possible conflicts of interest
- the need for proper conduct between office holders (as, for example, if they are competing for appointment to an insolvency case).

The law could compel the application of a code of ethics, either by setting that code or requiring that a code that has been established by a professional body be recognised as binding on office holders.

Bijlage E

CODE OF ETHICS FOR BANKRUPTCY ADMINISTRATORS

(‘Official Gazette of the Republic of Serbia’, No 11/10 of 5 March, 2010)

Scope

Article 1

The Code of Ethics for Bankruptcy Administrators (hereinafter: the Code) prescribes rules of conduct that bankruptcy administrators shall be required to observe in performing their tasks as bankruptcy administrator.

General principles of conduct

Article 2

Bankruptcy administrators shall perform their tasks in accordance with principles of conduct and with appropriate professional practice relating to:

1. Professional competence and conscientious timely performance of tasks in accordance with the law, relevant by-laws and this Code;
2. Objectivity, independence and impartial conduct in the administration of bankruptcy proceedings;
3. Respecting the confidentiality of information that a bankruptcy administrator becomes aware of;
4. Professional behaviour free from any conflict of interest;
5. Elimination of conflict of interest.

Professional competence

Article 3

Bankruptcy administrators shall act competently and diligently in the timely performance of their work and shall maintain professional knowledge and skill to perform their work.

Professional knowledge and skill may be maintained by bankruptcy administrators through continuing regular involvement in actual practice as bankruptcy administrators and by committing themselves to continuing professional improvement through participation in education and training courses and events organised by the Bankruptcy Supervisory Agency (hereinafter: the Agency), or education and training courses and events organised by courts, domestic and international professional associations, recommended by the Agency.

Bankruptcy administrators shall ensure that employees who are employed in a professional capacity are appropriately supervised and appropriately trained.

Objectivity and independence

Article 4

Bankruptcy administrators must exercise objectivity, impartiality and independence in the performance of their work.

Prior to accepting an appointment or at the latest immediately after appointment to a bankruptcy case the bankruptcy administrator must inform the court of any business, financial, social or other tie that could materially affect the objectivity, impartiality or independence of the bankruptcy administrator,

being a business, financial, social or other tie that he/she has had or now has, directly or indirectly, with:

1. the bankrupt debtor,
2. other persons associated with the debtor as defined by the law dealing with the associated persons matters, or
3. any other person having a material interest in the estate of the bankrupt debtor, (including a person who is a creditor of the bankrupt debtor or a person who is a debtor of the bankrupt debtor).

The bankruptcy administrators must also inform the court if they or their spouse, or relatives of direct vertical lineage regardless of the level of kinship, or of horizontal lineage up to the fourth degree of kinship, or relatives of their spouse up to the second degree of kinship, have a share in the capital of the bankruptcy debtor.

Confidentiality

Article 5

Bankruptcy administrators shall not disclose confidential information relating to the bankruptcy proceedings, unless:

1. there is a legal right or duty to disclose such information, or
2. the written authority of the person to whom the confidential information relates is first obtained;

Bankruptcy administrators shall not use such confidential information for their personal benefit or enable it to be used for the benefit of third parties.

Bankruptcy administrators shall use their best endeavours to ensure that persons employed or otherwise retained by the administrator shall not disclose confidential information nor use such information for their personal benefit or enable it to be used for the benefit of third parties.

Professional behaviour

Article 6

Bankruptcy administrators shall not engage in any activities that would compromise their ability to perform professional duties or that would jeopardise their personal and professional integrity.

Bankruptcy administrators shall not accept appointments by the court if they are unable to perform their duties with competence and in a timely manner due to other obligations already undertaken.

In presenting themselves as bankruptcy administrators, the bankruptcy administrators shall truthfully state the services they are able to offer and provide accurate information on their professional competence.

Bankruptcy administrators shall not make unfair or untrue references to the work of other bankruptcy administrators.

Elimination of conflict of interest

Article 7

Bankruptcy administrators shall perform their tasks in such a manner so as not to subject their performance to personal interests, or create a conflict between the two.

A conflict of interest shall be deemed to exist when the bankruptcy administrator has a private interest that affects or may affect the performance of tasks of the bankruptcy administrator.

If the circumstances arise that indicate the potential conflict of interest, the bankruptcy administrator shall be obliged to notify the court of such circumstances.

Bankruptcy administrators may not seek or receive any form of remuneration or derive any other gains or benefit for services provided as bankruptcy administrators, except as authorized by the court.

Bankruptcy administrators shall not pay or offer, either directly or indirectly, commissions, remunerations or other benefits with the aim of securing his/her professional engagement.

Bankruptcy administrators shall not purchase, either directly or indirectly, the assets of any bankrupt debtor for which they are acting as bankruptcy administrators.

Bankruptcy administrators, in the procedure for sale of debtor's assets, shall not sell, either directly or indirectly, such assets to their employees or persons having other personal or business relationship with bankruptcy administrators, or, knowingly, to persons associated with these persons.

Bankruptcy administrators must act honestly and bona fide in all aspects of the performance of their work and shall not be involved in corrupt practices.