

**Is de benoeming van de curator door de rechtbank en het toezicht op de curator door de rechter-commissaris aan een verbetering toe?**

*Burak Bölük*

*Januari 2011*

**Is de benoeming van de curator door de rechtbank en het toezicht op de curator door de rechter-commissaris aan een verbetering toe?**

Voornaam student : Burak  
Achternaam student : Bölük  
Studentennummer : 5659582  
Straat : Zuiderzeeweg 72 P  
Postcode en plaats : 1095 KX Amsterdam  
Telefoonnummer : 06 41 970 789  
E-mailadres : B.boluk@student.uva.nl  
Scriptiebegeleider : Mr. dr. R.J. de Weijs  
Inleverdatum : 31 januari 2011

# Inhoudsopgave

Blz.

1. Inleiding	5
2. Engeland	7
• 2.1 Inleiding	7
• 2.2 Administration	7
• 2.3 De administrator	8
2.3.1 De administrator, zijn taken en de in acht te nemen belangen	8
2.3.2 Bevoegdheden	9
2.3.3 De benoeming van de administrator	10
2.3.4 De persoon van de administrator	11
• 2.4 Toezicht op de administrator	12
2.4.1 Toestemming, machtiging of goedkeuring	12
2.4.2 Repressief toezicht	12
• 2.5 Conclusie	13
3. Nederland	14
• 3.1 Inleiding	14
• 3.2 De curator	15
3.2.1 De taken en de in acht te nemen belangen	15
3.2.2 Bevoegdheden en gedragsnormen	16
3.2.3 De benoeming van de curator	17
3.2.4 De persoon van de curator	18
• 3.3 Toezicht op de curator door de rechter-commissaris	19
3.3.1 De rechter-commissaris	19
3.3.2 Toestemming, machtiging of goedkeuring	20
3.3.3 Repressief toezicht	21
3.3.4 Het toezicht van de rechter-commissaris in het Voorontwerp	22

• 3.4 Conclusie	24
4. Rechtsvergelijking	26
• 4.1 Inleiding	26
• 4.2 De benoeming van de administrator en de curator	26
• 4.3 De persoon van de administrator en de curator	27
• 4.4 Het toezicht op de administrator en de curator	28
5. Conclusie	29
6. Aangehaalde literatuur	31
7. Bijlagen	35
Bijlage 1: Faillissementen, stroomcijfers	35

## 1. Inleiding

In de literatuur is de curator als octopus betiteld.<sup>1</sup> Hiermee wordt bedoeld dat de curator veel moet kunnen. Zo is het noodzakelijk dat hij het civiele recht goed beheerst en dat hij over een degelijke hoeveelheid aan economisch en financieel kennis beschikt.<sup>2</sup> De curator is te meer een octopus, omdat hij te maken heeft met twee verschillende hoedanigheden. De benoemde curator is namelijk vrijwel altijd een advocaat.<sup>3</sup> Het curatorschap verschilt in logica van de advocatuur. Een advocaat is een juridisch adviseur en een procesvertegenwoordiger. Hij dient enkel de belangen van zijn cliënt te behartigen.<sup>4</sup> De verschillen in logica van deze twee hoedanigheden – de advocatuur en het curatorschap – kunnen het wenselijk maken om vaker een andere professional tot medecurator van de advocaat te benoemen.

De curator wordt, krachtens artikel 14 de Faillissementswet (hierna: Fw), benoemd door de rechtbanken. Het is onduidelijk welke criteria de rechtbanken hanteren bij de benoeming van de curatoren.<sup>5</sup> Het faillissement is een ingrijpende en een veel voorkomende procedure.<sup>6</sup> Het is dan ook opmerkelijk dat rechtbanken niet transparant zijn bij de benoeming van de curatoren.<sup>7</sup>

De curator staat, krachtens artikel 64 Fw, onder het toezicht van de rechter-commissaris. Een van de toezichthoudende middelen die de rechter-commissaris tot zijn beschikking heeft is het afgeven van een machtiging, goedkeuring en toestemming aan de curator.<sup>8</sup> De vraag is in hoeverre deze toezichthoudende middelen wenselijk en efficiënt zijn. De door de Minister van Justitie ingestelde Commissie Insolventierecht, ook wel bekend als de Commissie Kortmann, heeft op 1 november 2007 aan de minister het Voorontwerp Insolventiewet aangeboden.<sup>9</sup> In dit Voorontwerp is er minder vaak toestemming, machtiging of goedkeuring vereist van de rechter-commissaris.<sup>10</sup> Het is dan ook relevant om het Voorontwerp op dit punt te onderzoeken.

In deze scriptie zal de vraag centraal staan of de benoeming van de curator door de rechtbank en het toezicht op de curator door de rechter-commissaris aan een verbetering toe is. De scriptie kent

---

<sup>1</sup> Kortman, Faber, Van Hees en De Ranitz 1996, die als titel heeft: *'De curator, een octopus'*. Zie voor de verwijzing naar de titel van dit boek ook: Aerts 2005, p. 7; zie ook Frielink 2001, p. 115.

<sup>2</sup> Kortmann, Faber, Van Hees en De Ranitz 1996, p. XIII en p. 332; Aerts 2005, p. 7; Aerts 2007, p. 154.

<sup>3</sup> Wessels 2008, 65; zie ook Bekkers 2004, p. 186.

<sup>4</sup> Kamerstuk 32 382, nr. 3, memorie van toelichting; zie ook Bannier 2010, p. 18, 23, 26 en 46.

<sup>5</sup> Van Hees 2007, p. 155.

<sup>6</sup> Wessels Insolventierecht 2009, p. 17; CBS stroomcijfers, zie bijlage 1 in deze scriptie; zie ook Van Hees 2010, p. 159.

<sup>7</sup> Van Hees 2007, p. 155.

<sup>8</sup> De Coninck-Smolters, Willims, Verjans en Wolfs 2010, p. 152 en 153.

<sup>9</sup> Polak 2008, p. 8.

<sup>10</sup> Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 8; zie ook Verstijlen 2008, p. 18.

vijf hoofdstukken. Hoofdstuk twee zal een Engelse insolventieprocedure beschrijven, omdat daar veelal de accountant tot bewindvoerder wordt benoemd en het toezicht op de bewindvoerder anders is geregeld dan het toezicht op de curator in Nederland.<sup>11</sup> Hoofdstuk twee zal inzicht bieden op de insolventieprocedure die bekend is als de *administration*. Hierbij zullen de benoeming van de bewindvoerder, de persoon van de bewindvoerder, de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder en het toezicht op de bewindvoerder omschreven worden.

Hoofdstuk drie heeft betrekking op het Nederlandse faillissement en zal gaan over de taken van de curator, de door hem in acht te nemen belangen, zijn bevoegdheden, de persoon van de curator, de benoeming van de curator en het toezicht op hem door de rechter-commissaris. Tevens komt de rechter-commissaris in het Voorontwerp aan bod, omdat de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris daarin anders is geregeld dan hoe het nu is.

Hoofdstuk vier zal een rechtsvergelijking bevatten tussen de curator en de *administrator*. De benoeming van en het toezicht op deze bewindvoerders zullen vergeleken worden. Wellicht dat Nederland een voorbeeld kan nemen aan Engeland. In Engeland lijkt de nadruk meer te liggen op de kwalificatie en kwaliteiten van de bewindvoerder en minder op het toezicht.

In het concluderende hoofdstuk vijf zal een antwoord worden gegeven op de centrale vraag of de benoeming van de curator door de rechtbank en het toezicht op de curator door de rechter-commissaris aan een verbetering toe is.

---

<sup>11</sup> Declercq 2010, p. 19.

## 2. Engeland

### 2.1 Inleiding

Het Engelse insolventierecht kent een onderscheid tussen de *personal insolvency procedures* en de *corporate insolvency procedures*.<sup>12</sup>

De *personal insolvency procedures* hebben betrekking op natuurlijke personen, zoals *bankruptcy* en *individual voluntary arrangement*.<sup>13</sup> Een *bankruptcy* procedure wordt gevolgd wanneer natuurlijke persoon zijn schulden niet kan voldoen. De crediteur verzoekt de rechtbank dan om een *bankruptcy* beschikking. Bij *individual voluntary arrangement* doet een persoon die in financiële moeilijkheden verkeert, een voorstel aan de schuldeisers om een regeling te treffen.<sup>14</sup>

De *corporate insolvency procedures* hebben betrekking op rechtspersonen (hierna: onderneming), zoals *liquidation*, *receivership* en *administration*.<sup>15</sup> *Liquidation*, ofwel ‘*winding up*’, doet zich voor in situaties waarbij een financiële teloorgang van een onderneming onvermijdelijk is en dient als een voorbereidende procedure voor ontbinding van de onderneming. Bij *receivership* wijst de crediteur die een zekerheid heeft verworven van de schuldenaar een receiver aan die de onder de zekerheid vallende goederen te gelde maakt.<sup>16</sup> *Administration* is een tijdelijke procedure waarbij een externe manager een drietal doelen kan nastreven.<sup>17</sup> Deze doelen zullen in paragraaf 2.2 worden beschreven. Dit hoofdstuk beperkt zich enkel tot *administration*.

### 2.2 Administration

De *Insolvency Act 1986* (hierna: de Act) noemt drie doelen die de *administration* heeft.<sup>18</sup> Deze drie doelen zijn in hiërarchische volgorde gerangschikt in *paragraph 3, schedule B1* (hierna: B1) van de Act.<sup>19</sup> Het eerste doel is het redden van de onderneming als lopend bedrijf (hierna: het redden van de onderneming). Het tweede doel van *administration* is het bereiken van betere resultaten voor de

---

<sup>12</sup> Key en Walton 2008, hoofdstuk 5; De Weijs 2010, p. 124.

<sup>13</sup> De Europese Commissie, te vinden op <[http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy\\_eng\\_nl.htm#1](http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_eng_nl.htm#1)>; Key en Walton 2008, p. 40 en 41.

<sup>14</sup> Key en Walton 2008, p. 40 en 41; De Europese Commissie.

<sup>15</sup> Key en Walton 2008, p. 41 en 42; De Weijs 2010, p. 124; De Europese Commissie.

<sup>16</sup> Key en Walton 2008, p. 221, 222 en 223.

<sup>17</sup> Key en Walton 2008, p. 89 en 92; Goode 2005, p. 327, 328, 330, 334 en 335.

<sup>18</sup> Paragraph 3, schedule B1, Insolvency Act 1986, te vinden op <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>>.

<sup>19</sup> Paragraph 3, leden 1, 3 en 4, B1 van de Act; Key en Walton 2008, p. 92 en 94; Goode 2005, p. 327, 334 en 335.

gezamenlijke schuldeisers dan bereikt zou kunnen worden met *liquidation*.<sup>20</sup> Het derde doel is het te gelde maken van eigendommen van de onderneming ten behoeve van een of meerdere schuldeisers met een zekerheid of preferente schuldeisers.

*Administration* kent een aantal beperkende en opschortende effecten ten opzichte van de crediteuren,<sup>21</sup> opdat de doelen van *administration* realiseerbaar zijn.<sup>22</sup> Zo wordt een verzoek tot *liquidation* verworpen ingeval van een *administration order* (hierna: beschikking tot *administration*).<sup>23</sup> In paragraaf 2.3.3 zal er nader worden ingegaan op de beschikking tot *administration*. Het te gelde maken van de activa door gebruik te maken van een bedongen zekerheid, zoals pandrecht of hypotheek, is onderworpen aan de toestemming van de administrator of de goedkeuring van de rechter.<sup>24</sup> Een ander effect is dat het aangaan van een juridisch proces tegen de onderneming slechts mogelijk is met de toestemming van de *administrator* of de goedkeuring van de rechter.<sup>25</sup>

## 2.3 De administrator

### 2.3.1 De administrator, zijn taken en de in acht te nemen belangen

*Administration* kent een belangrijke figuur, te weten de *administrator*. De *administrator* is de externe beheerder van de onderneming,<sup>26</sup> die is belast met de bedrijfsvoering van de onderneming en het beheer van de eigendommen van de onderneming. Hij is een persoon die is aangesteld om de doelen van de *administration* na te streven.<sup>27</sup> Met de nadruk op persoon, omdat alleen natuurlijke personen als *administrator* kunnen optreden.<sup>28</sup> Reeds is vermeld dat de doelen van de *administration* een hiërarchie kennen. Met andere woorden, het redden van de onderneming is prioriteit nummer één van de *administration*.<sup>29</sup> De *administrator* zal in beginsel dan ook de onderneming proberen te redden.<sup>30</sup>

Op grond van *paragraph 3*, lid 2, B1 van de Act, handelt de *administrator* ten behoeve van

<sup>20</sup> De Weijs 2010, p. 125; vgl. Keay en Walton 2008, p. 94 en 96.

<sup>21</sup> Goode 2005, p. 327; zie paragraphs 40-45, B1 van de Act.

<sup>22</sup> Goode 2005, p. 348: '*This freezing of creditors' rights is peculiar to administration and crucial to its viability*'.

<sup>23</sup> Paragraph 40, B1 van de Act; zie ook Goode 2005.

<sup>24</sup> Paragraph 43, lid 1 juncto leden 2 sub a en b, B1 van de Act.

<sup>25</sup> Paragraph 43, lid 6, B1 van de Act; zie voor een volledig overzicht de paragraphs 42, 43 en 44, B1 van de Act.

<sup>26</sup> Goode 2005, p. 330.

<sup>27</sup> Paragraph 1, B1 van de Act; paragraph, B1 van de Act. Zie overigens ook paragraaf 2.2 van deze scriptie voor de doelen van *administration*.

<sup>28</sup> Paragraph 6, B1 juncto section 390 van de Act; Brown 1996, p. 179.

<sup>29</sup> Paragraph 3, leden 3 en 4, B1 van de Act; Keay en Walton 2008, p. 92 en 94; Goode 2005, p. 227, 334 en 335.

<sup>30</sup> Acht de administrator het redden van de onderneming niet mogelijk, of meent hij dat het nastreven van het tweede doel van de *administration* gunstiger is dan het redden van de onderneming, dan kan hij het tweede doel van de *administration* nastreven. Paragraf 3, lid 3, B1 van de Act; vgl. ook lid 4.



de gezamenlijke schuldeisers. De *administrator* dient echter niet enkel de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in acht te nemen. Uit het gegeven dat het redden van de onderneming de hoogste na te streven prioriteit van de *administrator* is, volgt impliciet dat hij meerdere belangen in overweging moet nemen. Uit de wetsgeschiedenis van de Act wordt namelijk duidelijk dat het redden van de onderneming in het belang is van de werknemers, het handelsverkeer en het maatschappelijk belang.<sup>31</sup> Hij zal derhalve tevens rekening houden met de belangen van de werknemers, het handelsverkeer en het maatschappelijk belang.

### 2.3.2 De bevoegdheden

De *administrator* bezit vele bevoegdheden.<sup>32</sup> Hij heeft de algemene bevoegdheid om alles te doen wat wenselijk of noodzakelijk is om de onderneming te beheren.<sup>33</sup> Daarnaast heeft hij tal van specifieke bevoegdheden.<sup>34</sup> Zo kan de *administrator* eigendommen van het bedrijf verkopen.<sup>35</sup> Hij kan geld lenen en eventueel zekerheden verstrekken aan de geldverstrekker.<sup>36</sup> De *administrator* kan zich laten assisteren door een deskundige.<sup>37</sup> Hij kan namens de onderneming in rechte optreden.<sup>38</sup> Het aannemen en ontslaan van werknemers behoort eveneens tot zijn bevoegdheden,<sup>39</sup> evenals de bevoegdheid om de directeur van de onderneming te ontslaan of te benoemen.<sup>40</sup> De *administrator* kan betalingen doen, hij kan de bedrijfsvoering voortzetten en zelfs uitbreiden door een dochteronderneming op te richten.<sup>41</sup>

De *administrator* zal zijn bevoegdheden wel moeten uitoefenen in overeenstemming met *paragraph 3, B1* van de Act. De beperkingen die dit artikel met zich mee brengt, worden verzwakt door zijn beleidsvrijheid. De *administrator* dient bij zijn bevoegdheden de hiërarchische volgorde van *paragraph 3, B1* van de Act in acht te nemen.<sup>42</sup> Evenwel, bewoordingen als ‘*he thinks*’ en ‘*unnecessarily harm*’ laten zien dat de *administrator* een grote mate van beleidsvrijheid heeft.<sup>43</sup> De

---

<sup>31</sup> The Cork-committee 1981, p. 117

<sup>32</sup> Zie schedule 1 van de Act; zie paragraphs 59-66, B1 van de Act.

<sup>33</sup> Paragraph 59, B1 van de Act.

<sup>34</sup> Paragraph 60, B1 juncto schedule 1 van de Act.

<sup>35</sup> Paragraph 2, schedule 1 juncto paragraph 60, B1 van de Act.

<sup>36</sup> Paragraph 3, schedule 1 juncto paragraph 60, B1 van de Act.

<sup>37</sup> Paragraph 4, schedule 1, juncto paragraph 60, B1 van de Act.

<sup>38</sup> Paragraph 5 en paragraph 9, schedule 1 juncto paragraph 60, B1 van de Act.

<sup>39</sup> Paragraph 11, schedule 1 juncto paragraph 60, B1 van de Act.

<sup>40</sup> Paragraph 61, B1, van de Act.

<sup>41</sup> Paragraphs 13, 14 en 15, schedule 1 juncto paragraph 60, B1 van de Act.

<sup>42</sup> Paragraph 3 leden 3 en 4, B1 van de Act; Goode 2005, p. 327, 334 en 335; Keay en Walton 2008, p. 92 en 94.

<sup>43</sup> Parry 2008, p 25; zie ter illustratie van de bewoordingen ‘*he thinks*’ en ‘*unnecessarily harm*’ paragraph 3 leden 3 en 4, B1 van de Act.

*administrator* kan derhalve het tweede doel van *administration* nastreven, wanneer hij het redden van de onderneming als lopend bedrijf niet haalbaar acht of wanneer hij het nastreven van het tweede doel meer rendabel acht dan het redden van de onderneming als lopend bedrijf.<sup>44</sup> Paragraaf 2.4.1 gaat nader in op de begrenzings van de bevoegdheden van de *administrator*.

### 2.3.3 De benoeming van de administrator

Op grond van *paragraph 6*, B1 van de Act, is het noodzakelijk dat de *administrator* gekwalificeerd is als een *insolvency practitioner* (hierna: *IP*).<sup>45</sup> De *recognised professional bodies* (hierna: *RPB's*) gaan over deze kwalificatie.<sup>46</sup> De *RPB's*, die door de minister geautoriseerd zijn, zijn organisaties die de bekwaamheid van de *IP* garanderen.<sup>47</sup> De *RPB's* dienen, krachtens *section 391* van de Act, namelijk regels op te stellen om te garanderen dat de *IP* betrouwbaar, deskundig en ervaren zijn. De *RPB's* dienen hiervoor de overeenkomst in acht te nemen die ze hebben gesloten met de minister, een zogenoemde *memorandum of understanding*.<sup>48</sup> De *IP* is als gekwalificeerde, al dan niet als lid, gebonden aan de regels van een *RPB*.<sup>49</sup>

Krachtens *paragraph 2*, B1 van de Act, kan de *IP* op drie manieren aangesteld worden als *administrator*. Allereerst kan hij door een beschikking tot *administration* benoemd worden tot *administrator*. Een beschikking tot *administration* is een rechterlijke beschikking, aldus *paragraph 10*, B1 van de Act.<sup>50</sup> Voorts kan de onderneming of kunnen de directeurs van de onderneming een *administrator* aanwijzen.<sup>51</sup> Tot slot kan er een schuldeiser met een bijzonder zekerheidsrecht de

---

<sup>44</sup> Paragraaf 3, B1 van de Act; Goode 2005, p. 327, 334 en 335; Keay en Walton 2008, p. 92 en 94.

<sup>45</sup> Paragraaf 6, B1 juncto Section 388 en 389 van de Act. Iemand die ongekwalificeerd als *insolvency practitioner* handelt, wordt bedreigd met een boete of een gevangenisstraf.

<sup>46</sup> Een *insolvency practitioner* kan ook gekwalificeerd worden door of namens de minister. The Insolvency Service, *Annual Review of Insolvency Practitioner Regulation*. Juni 2009. Paragraaf 1.4, te vinden op <[http://www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/iparea/INS\\_Practitioners.pdf](http://www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/iparea/INS_Practitioners.pdf)>; Section 390 en 391 van de Act.

<sup>47</sup> Section 391, lid 2 van de Act; Fletcher 2002, p. 28.

<sup>48</sup> Memorandum of understanding is te vinden op <<http://www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/iparea/iparea.htm>>. Hieruit blijkt onder andere dat de desbetreffende persoon geëxamineerd dien te worden.

<sup>49</sup> Section 390, lid 2, juncto section 391 van de Act.

<sup>50</sup> Zie paragraphs 10-13, B1 van de Act. Voor een *administration order* is er een verzoek nodig van onder andere: de onderneming, de directeurs van de onderneming, één of meer schuldeisers van de onderneming en het Hof, aldus paragraph 12, lid 1, B1 van de Act. Een verzoek door het Hof kan alleen ingeval de onderneming een veroordeling tot het betalen van een som geld onbetaald heeft gelaten, waarop de rechtbank een bevel van nood in overweging heeft genomen en tot de conclusie is gekomen dat de onderneming over onvoldoende middelen beschikt om aan de betaling te voldoen, aldus section 87A Magistrates' Court Act 1980. Zie Keay en Walton 2008, p.100, die aangeven dat de liquidator van de onderneming, de supervisor bij een company voluntary arrangement en de Financial Services Authority eveneens een verzoek voor een *administration order* kunnen indienen.

<sup>51</sup> Zie paragraphs 22-34, B1 van de Act.

*administrator* aanwijzen.<sup>52</sup> Deze schuldeiser in kwestie is een *qualifying floating charge holder*.<sup>53</sup> Van een *qualifying floating charge holder* is sprake, wanneer een of meer *floating charges* betrekking hebben op (nagenoeg) alle eigendommen van de onderneming, of wanneer minimaal één *floating charge* samen met andere zekerheden betrekking hebben op (nagenoeg) alle eigendommen van de onderneming.<sup>54</sup> De *floating charge* is een zekerheid waarbij de debiteur voor zijn normale bedrijfsvoering gebruik kan blijven maken van de goederen die onder de *floating charge* vallen, zonder dat hij hiervoor toestemming nodig heeft van de *floating charge holder*.<sup>55</sup>

### 2.3.4 De persoon van de administrator

De accountant is de professional die veelal wordt aangesteld als *administrator*. Advocaten worden minder vaak aangesteld als *administrator*.<sup>56</sup> De advocaat is overigens wel een professional die bekwaam wordt geacht om als *administrator* op te treden. Zo verwijst Brown naar de visie van de *Cork Committee*, waaruit blijkt dat slechts accountants en advocaten bekwaam zijn om als *administrator* op te treden.<sup>57</sup> Uit de aard van de verschillende *RPB's* zou, volgens *Annual Review of Insolvency Practitioner Regulation*,<sup>58</sup> blijken dat de meeste *IP's* accountants of advocaten zijn. De nadruk lijkt echter toch sterk te liggen op accountancy. Er zijn in totaal zeven *RPB's*.<sup>59</sup> Slechts twee van de zeven *RPB's* zijn duidelijk juridisch van aard en maar liefst vier zijn gericht op accountancy.

Financiële deskundigheid is een belangrijk kenmerk van de accountancy. De accountant is een professional die zich bezig houdt met het analyseren en beoordelen van de financiële situatie van een onderneming.<sup>60</sup> Een aantal specifieke voorbeelden van zijn taken zijn het adviseren van een onderneming in financiële kwesties, het opstellen van jaarrekeningen en het controleren van jaarrekeningen.<sup>61</sup>

---

<sup>52</sup> Keay en Walton 2008, p. 98; paragraph 2, B1 van de Act; paragraph 14 en 22, B1 van de Act.

<sup>53</sup> In beperktere mate kan ook de holder van een floating charge eveneens een administrator aanwijzen. Zie paragraphs 14-21, B1 van de Act.

<sup>54</sup> Paragraph 14, lid 3, B1 van de Act; zie ook Keay en Walton 2008, p. 102.

<sup>55</sup> De Weijs 2010, p. 167. Op een later moment worden de bezwaarde goederen gefixeerd, waardoor de floating charge bezitter een vast zekerheidsrecht krijgt op de desbetreffende goederen.

<sup>56</sup> Declercq 2010, p. 19.

<sup>57</sup> Brown 1996, p. 179.

<sup>58</sup> The Insolvency Service, *Annual Review of Insolvency Practitioner Regulation*. Juni 2009.

<sup>59</sup> The Insolvency Service, <<http://www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/rpb.htm>>; zie ook The Insolvency Service, *How to make a complaint against an IP*, te vinden op <<http://www.insolvency.gov.uk/pdfs/guidanceleaflets/pdf/ipcomplaint.pdf>>.

<sup>60</sup> Taylor 1999, p. 5.

<sup>61</sup> Westra 2009, p.8 e.v.; let wet, het gaat hier om een taak naar Nederlands voorbeeld.

## 2.4 Toezicht op de administrator

### 2.4.1 Toestemming, machtiging of goedkeuring

De *administrator* geniet een grote mate van bewegingsvrijheid, omdat vele bevoegdheden die hij heeft niet zijn onderworpen aan een toestemming van de rechter of een andere instantie. Zo kan hij zonder toestemming een hypotheek of pandrecht laten vestigen op een pand of een goed van de onderneming.<sup>62</sup> Voorts kan hij bijvoorbeeld een pand van de onderneming verkopen, zonder dat hij daartoe toestemming nodig heeft.<sup>63</sup>

De grote mate van bewegingsvrijheid dient enigszins genuanceerd te worden. De *administrator* moet zijn taken uitoefenen in overeenstemming met de voorstellen die zijn goedgekeurd door de crediteurenvergadering.<sup>64</sup> De *administrator* is verplicht om binnen acht weken nadat de onderneming in de *administration* procedure terecht is gekomen, een aantal voorstellen samen te stellen en te verzenden aan de crediteuren van de onderneming.<sup>65</sup> De voorstellen bevatten informatie over hoe de *administrator* de doelen zal realiseren. Indien hij van mening is dat het eerste en tweede doel van *administration* niet realiseerbaar zijn, dan dient hij dit te motiveren in de voorstellen.<sup>66</sup> De voorstellen mogen de belangen van de preferente schuldeisers en de schuldeisers met zekerheid niet schaden.<sup>67</sup> Indien de voorstellen niet goedgekeurd worden tijdens de crediteurenvergadering, die binnen 10 weken nadat de onderneming in de *administration* procedure terecht is gekomen gehouden dient te worden, kan de rechter bijvoorbeeld besluiten dat de aanstelling van de *administrator* ophoudt.<sup>68</sup> Na de goedkeuring van de voorstellen heeft de *administrator* alsnog een grote mate van bewegingsvrijheid. Hij heeft voor vele handelingen immers geen toestemming nodig van de rechter of een andere instantie.<sup>69</sup>

### 2.4.2 Repressief toezicht

Onvrede over de *administrator* kan worden geuit bij de *RPB*'s. Een *RPB* dient een klachtenprocedure

---

<sup>62</sup> Paragraph 3, schedule 1 juncto section 248, lid 1 van de Act.

<sup>63</sup> Paragraph 2, schedule 1 juncto section 436 van de Act.

<sup>64</sup> Keay en Walton 2008, p. 116; paragraph 68, B1 van de Act.

<sup>65</sup> Paragraph 49, B1 van de Act.

<sup>66</sup> Keay en Walton 2008, p. 114; zie voor de doelen van *administration* paragraph 3, B1 van de Act en paragraaf 2.2 van deze scriptie.

<sup>67</sup> Paragraph 73, B1 van de Act; Keay en Walton 2008, p. 115.

<sup>68</sup> Paragraph 53 juncto paragraph 55 juncto paragraph 51, B1 van de Act.

<sup>69</sup> Wel is er wederom toestemming van de crediteurenvergadering nodig, indien de *administrator* de goedgekeurde voorstellen wilt herzien en hij denkt dat dit een aanzienlijke herziening betreft, aldus paragraph 54, B1 van de Act.

te hebben om klachten over de *administrator* af te handelen.<sup>70</sup> Met klachten over de *administrator* kan men overigens alleen bij de *RPB*'s terecht, wanneer het de onprofessioneelheid, de onjuistheid of het onethische handelen van de *administrator* betreft.<sup>71</sup> Ondanks dat er bij de *RPB*'s geklaagd kan worden, lijken de *RPB*'s toch meer in het leven geroepen te zijn om de deskundigheid, ervaring en kennis van de *administrator* te garanderen.<sup>72</sup>

Onder bepaalde omstandigheden kan ook de rechter als toezichthouder fungeren. De schuldeiser of iemand die deel uitmaakt van de onderneming, kan naar de rechter stappen met het verwijt dat de *administrator* oneerlijk heeft gehandeld, dan wel van plan is om de belangen van de klager te schaden.<sup>73</sup> Daarnaast kan een schuldeiser of iemand die deel uitmaakt van de onderneming naar de rechter met het verwijt dat de werkwijze van de *administrator*, wat betreft de snelheid en efficiëntie, niet is wat redelijkerwijs van een *administrator* verwacht kan worden. De rechter kan de *administrator* hierop bijvoorbeeld bindende instructies geven.<sup>74</sup> Voorts kan de rechter toetsen of er bijvoorbeeld sprake is van machtsmisbruik, of dat de *administrator* gelden of eigendommen van de onderneming verkeerd heeft gebruikt.<sup>75</sup>

## 2.5 Conclusie

*Administration* is een *insolvency procedure* met verschillende doelen, welke de *administrator* nastreeft. De *administrator* is gekwalificeerd als een *IP* door een *RPB*, waardoor de bekwaamheid en de betrouwbaarheid van de *administrator* gegarandeerd wordt. Het is veelal de accountant die als *administrator* wordt aangesteld. De aanstelling van de *administrator* vindt plaats door de rechter, de onderneming zelf, of door een crediteur met een bijzonder zekerheidsrecht. De *administrator* staat er ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, maar dient tevens andere belangen in acht te nemen. Ondanks dat hij wel in overeenstemming dient te handelen met de door de crediteurenvergadering goedgekeurde voorstellen, heeft hij een grote mate van beleidsvrijheid en bewegingsvrijheid. Repressief toezicht op de *administrator* wordt gehouden door de *RPB*'s en de rechter.

---

<sup>70</sup> Memorandum of Understanding, te vinden op <<http://www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/iparea/iparea.htm>>.

<sup>71</sup> The Insolvency Service, *How to make a complaint against an IP*.

<sup>72</sup> Fletcher 2002, P. 28; section 391, lid 2 van de Act; vgl. de Memorandum of Understanding, waaruit blijkt dat de *IP* een examen moet afleggen bij de desbetreffende *RPB*.

<sup>73</sup> Paragraph 74, lid 1, B1 van de Act: 'A creditor or member of a company in administration may apply to the court claiming that (a) that the administrator is acting or has acted so as *unfairly* to harm the interests of the applicant [...], or (b) the administrator proposes to act in a way which would *unfairly* harm the interests of the applicant [...].

<sup>74</sup> Paragraph 74, leden 2 en 3, B1 van de Act.

<sup>75</sup> Paragraph 75, lid 3, B1 van de Act.

### 3. Nederland

#### 3.1 Inleiding

Een faillissement is een ingrijpende procedure, waarbij verschillende partijen en organen betrokken zijn. Krachtens artikel 20 Faillissementswet (hierna: Fw), wordt er beslag gelegd op het vermogen van de gefailleerde.<sup>76</sup> De gefailleerde verliest, ex artikel 23 Fw, het beheer en beschikking over zijn tot het faillissement behorende vermogen. Krachtens artikel 33 Fw vervallen de reeds gelegde beslagen en worden alle gerechtelijke tenuitvoerleggingen beëindigd.<sup>77</sup> De schuldeisers van het faillissement kunnen tegenstrijdige belangen hebben.<sup>78</sup> Het faillissement beoogt te voorkomen dat de paritas creditorum wordt doorbroken.<sup>79</sup> De paritas creditorum duidt op de gelijkheid van de schuldeisers en houdt in dat de opbrengst van een executie naar evenredigheid van de vorderingen wordt verdeeld.<sup>80</sup> Andere betrokkenen bij een faillissement zijn de rechter-commissaris en de curator.<sup>81</sup>

Volgens de wetsgeschiedenis van de faillissementswet is het doel van het faillissement het op een billijke wijze verdelen van het vermogen van de gefailleerde ‘onder al zijne schuldeisers, met eerbiediging van ieders recht’.<sup>82</sup> Van Hees stelt dat ‘het effectueren van de verhaalsrechten van alle schuldeisers’ het enkele doel van het faillissement is. Hij brengt echter een onderscheid aan tussen het doel van de wetgever en de functie die het faillissement thans heeft. Daar waar voorheen de maximale tevredenstelling van de schuldeisers centraal stond, dient het faillissement thans eveneens ter opruiming van de insolvabele deelnemers aan het maatschappelijk verkeer die nalaten verplichtingen na te komen.<sup>83</sup> Hoewel het faillissement de liquidatie van de onderneming voor ogen heeft,<sup>84</sup> biedt het faillissement de beperkte mogelijkheid om de onderneming voort te zetten.<sup>85</sup> Voor voortzetting van de onderneming is het noodzakelijk dat de onderneming winst maakt of moet het te verwachten zijn dat de voortzetting van de onderneming meer zal opleveren dan wanneer de

---

<sup>76</sup> Zie ook Van der Schree en Knol 2006, p. 1.

<sup>77</sup> Van Buckem-Spapens en Pouw 2008, p. 2.

<sup>78</sup> Polak 2008, p. 189.

<sup>79</sup> Wessels Insolventierecht 2009, p. 78.

<sup>80</sup> Hartkamp 2005, p. 184; Snijders en Rank-Berenschot 2007, p. 589; Artikel 3:277 BW. Aangezien de paritas creditorum geen onderwerp is van dit onderzoek, zullen de uitzonderingen op de paritas creditorum onbesproken blijven. Zie Van Buckem-Spapens en Pouw 2008, p. 101 voor meer over de paritas creditorum binnen het faillissement.

<sup>81</sup> Van Buchem-Spapens en Pouw 2008, hoofdstuk VI en VII.; zie ook Van der Schree en Knol 2006, hoofdstuk 1.

<sup>82</sup> Van der Feltz I, p. 27; Kortman en Faber 1995, p. 359.

<sup>83</sup> Van Hees 2004, p. 200.

<sup>84</sup> Tjittes-Groot 2008, p. 63.

<sup>85</sup> Zie artikelen 98 en 173a-175 Fw; Polak 2008, p. 254; Tjittes-Groot 2008, p. 63.

onderneming meteen geliquideerd wordt.<sup>86</sup>

## 3.2 De Curator

### 3.2.1 De taken en de in acht te nemen belangen

De curator heeft, op grond van artikel 68 Fw, de taak om de failliete boedel van de gefailleerde te beheren en te vereffenen. Hij handelt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>87</sup> De gefailleerde kan door de faillietverklaring zelf niet langer over zijn vermogen beschikken en zijn vermogen beheren, aldus artikel 23 Fw. Beschikken betekent het vervreemden of bezwaren van een goed.<sup>88</sup> Bij beheer gaat het, om in de woorden van Van Buchem-Spapens en Pouw te spreken, om de normale exploitatie van goederen.<sup>89</sup>

Bij de uitvoering van zijn taken dient de curator vele belangen in acht te nemen.<sup>90</sup> De belangen die centraal staan binnen het faillissement, zijn de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>91</sup> De belangen van de gezamenlijke schuldeisers kunnen onderling weer met elkaar botsen.<sup>92</sup> Bovendien dient de curator niet enkel de realisatie van een zo hoog mogelijk opbrengst voor de schuldeisers als enige belang mee te wegen,<sup>93</sup> doch tevens de maatschappelijke belangen.<sup>94</sup> Dit blijkt uit het arrest Sigmacon II, waarin de Hoge Raad aangeeft dat de curator eveneens rekening dient te houden met de maatschappelijke belangen, zoals continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid voor de werknemers van het gefailleerde bedrijf.<sup>95</sup> Andere belangen waarmee de curator rekening dient te houden zijn de individuele belangen van de schuldeisers en de belangen van de boedel.<sup>96</sup>

---

<sup>86</sup> Van der Schee en Knol 2006, p. 27; Polak 2008, p. 254.

<sup>87</sup> Wessels 2009, p. 61.

<sup>88</sup> Reehuis en Heisterkamp 2006, p. 117. Verder wordt in deze deel van Pitlo duidelijk dat beschikkingsbevoegdheid wil zeggen dat iemand bevoegd is om een goed over te dragen of een beperkt recht te vestigen op dat goed.

<sup>89</sup> Van Buchem-Spapens en Pouw 2008, p. 1. Beheer ziet meer, zoals Van Buchem-Spapens en Pouw dat te kennen geven, 'op economische werkzaamheid'. Als voorbeelden voor beheer worden genoemd het verhuren van een huis of het repareren van een auto.

<sup>90</sup> Frielink 2001, p. 115.

<sup>91</sup> Polak 2008, p. 2.

<sup>92</sup> Polak 2008, p. 189.

<sup>93</sup> Beltzer 1999, p. 81-108; Hoekstra 2005, p. 33.

<sup>94</sup> Elskamp & Van der Heijden, *Tekst & Commentaar*, commentaar op artikel 68 Fw. De verwijzing betreft het arrest: HR 4 december 1963, NJ 1964, 144

<sup>95</sup> HR 24 januari 1995, NJ 1996, 472(*Ontvanger/Gerritse q.q.; Sigmacon II*)

<sup>96</sup> Frielink 2001, p. 115.

### 3.2.2 De bevoegdheden en gedragsnormen

De curator heeft veel bevoegdheden.<sup>97</sup> Zonder al zijn bevoegdheden te bespreken, volgen hieronder een aantal voorbeelden. Zoals reeds vermeld heeft de curator, krachtens artikel 68 Fw, allereerst de taak om de boedel te beheren. Hieruit wordt afgeleid dat de curator bevoegd is om te beschikken over de goederen in de boedel. Deze beschikkingsbevoegdheid is van de gefailleerde overgegaan op de curator.<sup>98</sup> Ook kan hij rechtshandelingen vernietigen op grond van de faillissementspauliana ex art. 42 Fw.<sup>99</sup> Bij de benadeling van de schuldeisers kan de curator, op grond van het arrest Peeters q.q./Gatzen, zich beroepen op artikel 6:162 BW.<sup>100</sup> De faillissementswet kent nog meer bevoegdheden toe aan de curator,<sup>101</sup> maar ook buiten de faillissementswet wordt aan de curator bevoegdheden toegekend.<sup>102</sup> Zo is de curator, ex artikelen 2:84/193 Burgerlijk Wetboek, bevoegd tot uitschrijving en inning van alle nog niet gedane stortingen op de aandelen.<sup>103</sup>

De curator heeft beleidsvrijheid als het aankomt op het uitvoeren van zijn taken.<sup>104</sup> Dat de curator beleidsvrijheid heeft, wil nog niet zeggen dat er van hem niets verwacht kan worden.<sup>105</sup> Aerts maakt duidelijk dat de curator integer dient te zijn, dat de curator het algemeen civiele recht en het faillissementsrecht goed dient te beheersen, dat de curator over een goede handelsgeest dient te beschikken, dat hij als goede interim-manager moet kunnen functioneren en dat hij over een degelijke hoeveelheid aan economisch/financieel kennis dient te beschikken.<sup>106</sup> Voorts dient de curator accuraat en doortastend op te treden.<sup>107</sup> De door de Vereniging Insolventierecht Advocaten (hierna: Insolad) geformuleerde praktijkregels, geven de grondbeginselen aan waar de curator zich aan dient te houden.<sup>108</sup> Hoewel deze praktijkregels richtinggevend zijn en een dwingend karakter

---

<sup>97</sup> Kortmann, Faber, Van Hees en De Ranitz 1996, p. 173; Dekker, Korteweg, Luiken, Princen, Roerdink, Walraven, Werker en Wille 2007, p. 115.

<sup>98</sup> De Conick-Smolters, Willems, Verjans en Wolfs 2010, p. 116 en 117.

<sup>99</sup> Een paulianeuze handeling binnen het faillissement is een rechtshandeling, waarbij de schuldeisers zijn benadeeld door een onverplicht verrichte handeling door de gefailleerde met een wederpartij die hierdoor bevooroordeeld is en die niet te goede trouw is. Polak 2008, p. 107; zie ook Aerts, Van der Heijden, Van Munster, Roos en Willems 2005, p. 94.

<sup>100</sup> HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (*Peeters q.q./Gatzen*); zie ook HR 23 december 1994, NJ 1996, 628 (*Notaris M./Curatoren THB*); zie ook HR 16 september 2005, NJ 2006, 311 (*De Bont/Bannenberg q.q.*); Buchem-Spapes en Pouw 2008, p. 52 en 53; De Conick-Smolters, Willems, Verjans en Wolfs 2010, p. 118 e.v.

<sup>101</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 98 Fw en artikel 100 Fw.

<sup>102</sup> De Conick-Smolters, Willems, Verjans en Wolfs 2010, p. 117 en 118.

<sup>103</sup> De Conick-Smolters, Willems, Verjans en Wolfs 2010, p. 117.

<sup>104</sup> Wessels 2008, p. 143 en 144; Dekker, Korteweg, Luiken, Princen, Roerdink, Walraven, Werker en Wille 2007, p. 115.

<sup>105</sup> De vraag of de curator onderworpen is aan het tuchtrecht zal in dit onderzoek onbesproken blijven.

<sup>106</sup> Kortmann, Faber, Van Hees en De Ranitz 1996, p. 332; Aerts 2007, p. 154.

<sup>107</sup> Van Hees 2010, p. 159.

<sup>108</sup> Willems, Timmermans en Boer 2008, p. 35.



missen, biedt het wel een indicatie van de normen die de curator in acht dient te nemen.<sup>109</sup> Op grond van de praktijkregels dient de curator: eerlijk, betrouwbaar, objectief, onafhankelijk, zorgvuldig, vakkundig, deskundig, doelmatig, fatsoenlijk en respectvol te zijn.<sup>110</sup>

### 3.2.3 De benoeming van de curator

Krachtens artikel 14 Fw worden er bij het vonnis van faillietverklaring één of meer curatoren benoemd. De rechter is degene die gaat over de benoeming van de curator en geniet hierbij vrijheid.<sup>111</sup> De curator zal door de rechtbank, te weten de griffier, gevraagd worden of hij vrij staat het faillissement te behandelen.<sup>112</sup> De benadering van de advocaat door de griffier dient om vast te stellen of er sprake is van (mogelijke) conflicterende belangen.<sup>113</sup> Bij twijfel dient de curator redenen van twijfel voor aanstelling aan te geven.<sup>114</sup>

Noch de wet, noch de wetsgeschiedenis gaan in op de vraag wie er tot curator benoemd kunnen worden.<sup>115</sup> Theoretisch gezien is iedereen, zelfs een rechtspersoon, benoembaar als curator.<sup>116</sup> Desondanks bezit de advocatuur, om in de illustratieve woorden van Bekkers te spreken, een ‘de facto monopoliepositie’ bij de aanstelling als curator.<sup>117</sup> Er zijn uitzonderingen denkbaar waarin bijvoorbeeld een registeraccountant benoemd is tot medecurator,<sup>118</sup> zoals in het faillissement van Van der Hoop Bankiers en in het faillissement van Indover Bank.<sup>119</sup>

Het ontbreekt bij de meeste rechtbanken aan transparantie als het gaat om de criteria welke de

---

<sup>109</sup> Polak 2008, p. 182; zie ook Wessels 2008, p. 56.

<sup>110</sup> Willems, Timmermans en Boer 2008, p. 35.

<sup>111</sup> Wessels 2008, p. 64; Bekkers 2004, p. 186. Rechtbanken die in ieder geval enigszins transparantie bieden zijn Zwolle-Lelystad, Arnhem en 's-Gravenhage, (<<http://www.rechtspraak.nl/Search/Search.htm>>, zoek op *curatorenlijst*). Rechtbanken hebben overigens een lijst van curatoren waaruit de curator wordt gekozen/benoemd, Insolad jaarboek 2007, p. 43 en 44.

<sup>112</sup> Artikel 1.2 Recofa-richtlijnen voor faillissement en surseance van betaling, te vinden op <[www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civiel+recht](http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civiel+recht)>

<sup>113</sup> Insolad jaarboek 2007, p. 44.

<sup>114</sup> Artikel 1.2 Recofa-richtlijnen voor faillissement en surseance van betaling.

<sup>115</sup> De Conick-Smolters, Willems, Verjans en Wolfs 2010, p. 110; Van der Feltz II 1994, p. 323 e.v.

<sup>116</sup> Bekkers 2004, p. 186; Insolad jaarboek 2007, p. 43.

<sup>117</sup> Bekkers 2004, p. 186; zie ook Van Andel 2004, p. 175.

<sup>118</sup> Wessels noemt de volgende faillissementen waarbij er meerdere curatoren zijn benoemd binnen een faillissement: Bredero, RSV, Ogem, Fokker, Air Holland II, Toolex, KPNQwest, Van der Hoop Bankiers en BenQ Mobile Holding. Zie hiervoor Wessels 2008, p. 69. Zie ook Van Andel 2004, p. 175, voetnoot 2.

<sup>119</sup> Rb. Amsterdam 16 december 2005 (faillissement Van der Hoop Bankiers), te vinden op <<http://www.houthoff.com/index.php?id=124&t=1&l=1>>. Rb. Amsterdam 1 december 2008 (faillissement Indover Bank), te vinden op <<http://www.stibbe.nl/upload/1380aa7eb011df3411f70038e7.PDF>>. In beide faillissementen is Hans de Haan de registeraccountant die tot medecurator benoemd is. Vgl.: <<http://www.abnamro.com/nl/corporate-governance/supervisory-board/hans-de-haan.html>>.

rechtbanken hanteren bij de benoeming van de curator.<sup>120</sup> Vriesendorp spreekt van een geheimzinnig proces. Volgens hem kunnen de volgende aspecten een rol spelen bij dit geheimzinnig proces: de omvang van het faillissement, de eerdere ervaringen met de potentiële curator en persoonlijke voorkeuren van de rechters.<sup>121</sup> De praktijk leert, aldus Wessels, dat veelal een curator wordt gezocht die het beste tot een vlotte afwikkeling van het faillissement kan komen.<sup>122</sup> Wessels sluit zich aan bij de heersende gedachte van de insolventiepraktijk, te weten dat transparantie omtrent de benoeming van een curator ten goede komt van de kwaliteit van de faillissementsafwikkeling.<sup>123</sup> Met deze heersende gedachte kan ik het alleen maar eens zijn. Rechtbanken dienen derhalve transparanter te zijn bij de benoeming van curatoren.

### 3.2.4 De persoon van de curator

De monopoliepositie van de advocatuur bij de benoeming van de curatoren ‘hangt waarschijnlijk samen met de traditie in ons land om de afwikkeling van insolventies primair vanuit een juridisch invalshoek te bezien’, aldus Van Andel.<sup>124</sup> Op het moment dat de curator overigens in rechte optreedt ten behoeve van de boedel, is er tevens een wederpartij die wordt vertegenwoordigd door een advocaat. Zo zal de curator die de overdracht van een eigendom van de gefailleerde op de derde betwist, te maken krijgen met een advocaat die bepleit dat de eigendom wel rechtsgeldigheid is overgedragen.<sup>125</sup> De advocaat van de wederpartij kan op zijn beurt weer in een ander faillissement als curator optreden. Met andere woorden, de advocaat kan als professional met twee hoedanigheden te maken krijgen.

Afgezien van de vele overeenkomsten die de advocatuur en het curatorschap hebben, kennen deze twee hoedanigheden ook verschillen. Bij de advocatuur ligt nadruk sterk op de juridische bekwaamheid van de advocaat.<sup>126</sup> De curator hoort echter tevens economische en financiële kwaliteiten te bezitten.<sup>127</sup> De advocatuur verschilt overigens op nog een ander punt van het curatorschap. Daar waar bij de advocatuur partijdigheid hoog in het vaandel staat,<sup>128</sup> dient een

---

<sup>120</sup> Van Hees 2007, p. 155.

<sup>121</sup> Insolad jaarboek 2007, p. 45.

<sup>122</sup> Wessels 2008, p. 65.

<sup>123</sup> Idem.

<sup>124</sup> Van Andel 2004, p. 175.

<sup>125</sup> HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (*Keereweert q.q./Sogelease*).

<sup>126</sup> Bannier en Fanoy 2005, p. 13.

<sup>127</sup> Kortman, Faber, Van Hees en De Ranitz 1996, p. 182; zie ook Van Andel 2004, p. 175.

<sup>128</sup> Bannier 2010, p. 18 en 26. Zie ook Kamerstukken 32 382, nr. 3, memorie van toelichting.

curator onpartijdig te zijn te zijn.<sup>129</sup> De advocaat staat er enkel voor zijn cliënt. Hij hoeft de belangen van de tegenpartij niet te respecteren.<sup>130</sup> Hierdoor zal de advocaat de ene keer als een partijdige advocaat opkomen voor de belangen van zijn cliënt. Een andere keer is hij een onpartijdige curator omringd door partijen met botsende belangen.<sup>131</sup>

### 3.3 Toezicht op de curator door de rechter-commissaris

#### 3.3.1 De rechter-commissaris

De rechter-commissaris houdt krachtens artikel 64 Fw toezicht op de curator. De rechter-commissaris heeft tevens andere taken. Hij wordt bij het vonnis van faillietverklaring, op grond van artikel 14 Fw, benoemd uit het midden van de leden van de rechtbank. De rechter-commissaris heeft een groot takenpakket. Hij dient de rechtbank, ex artikel 65 Fw, te informeren. Andere taken van de rechter-commissaris zijn onder andere het bepalen van termijnen, het nemen van rechtsscheppende beslissingen, het bepalen van de datum voor de verificatievergaderingen en het leiden van die vergaderingen.<sup>132</sup> Wat zijn toezichthoudende taak betreft, blijkt uit de wetsgeschiedenis dat hij er enkel op toeziet en nagaat of de curator zich aan de wet houdt, of de curator in het belang van de boedel handelt en of hij zijn taak naar behoren uitvoert. Derhalve is de rechter-commissaris geen medebeheerder of opperbestuurder.<sup>133</sup>

Ondanks dat er een duidelijke taakverdeling bestaat tussen de curator en de rechter-commissaris,<sup>134</sup> blijkt in de praktijk dat de grenzen hiervan vervagen. De rol van de rechter-commissaris wordt gekenschetst als medespeler, adviseur en gesprekspartner.<sup>135</sup> Vriesendorp en Van Hees bestempelen de verhouding van de rechter-commissaris en de curator zelfs als een vriendschappelijke, nu de curator steeds vaker bij de rechter-commissaris aanklopt voor het behalen van betere resultaten of om hulp vraagt bij het doorhakken van lastige knopen.<sup>136</sup> Het is mijns inziens terecht dat Vriesendorp opmerkt dat deze vriendschap niet op zijn plaats is, nu de schijn van

---

<sup>129</sup> Van der Schee en Knol 2006, p. 3.

<sup>130</sup> Bannier 2010, p. 18, 26, 46 en 47, hierbij dient opgemerkt te worden dat de wederpartij niet onnodig gegriefd mag worden door de advocaat; zie ook Kamerstukken 32 382, nr. 3, memorie van toelichting; zie ook Bannier, Geunsberg e.a. 2009, p.21, De advocaat mag evenmin de wederpartij onnodig in zijn belangen treffen.

<sup>131</sup> Polak 2008, p. 189. Vgl. Frielink 2001, p. 115.

<sup>132</sup> Idem.

<sup>133</sup> Van der Feltz II, p. 2.

<sup>134</sup> Idem.

<sup>135</sup> Wessels 2009, p. 51.

<sup>136</sup> Rijckenberg 2008, p. 193.

partijdigheid voorkomen dient te worden.<sup>137</sup>

### 3.3.2 Toestemming, machtiging of goedkeuring

Middelen ten dienste van de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris, zijn de benodigde toestemming, machtiging of goedkeuring van de rechter-commissaris voor de bepaalde handelingen van de curator.<sup>138</sup> De af te geven machtiging, goedkeuring of toestemming kan ook achteraf gegeven worden.<sup>139</sup> Zo is er, op grond van artikel 176 Fw, toestemming nodig voor de onderhandse verkoop van goederen. De Hoger Raad geeft aan dat deze toestemming nog niet noodzakelijk is, wanneer de curator en de potentiële koper zich in de onderhandelingsfase bevinden.<sup>140</sup> De rechtshandeling is overigens niet ongeldig bij het ontbreken van een machtiging, goedkeuring of toestemming. Op grond van artikel 72 Fw is de boedel dan toch gebonden.<sup>141</sup> De curator is dan eventueel wel aansprakelijk ten aanzien van de gefailleerde en schuldeisers ex artikel 72 Fw,<sup>142</sup> en hij is eventueel ook te ontslaan krachtens artikel 73 Fw.<sup>143</sup>

Uit *Insolventierechtelijke incidenten* blijkt dat de benodigde machtiging, goedkeuring of toestemming ten goede komt van de doelmatigheid en de doeltreffendheid van de taak van de curator.<sup>144</sup> Dat het toezicht op de curator belangrijk is staat mijns inziens niet ter discussie. Echter, het vereisen van een machtiging, goedkeuring en toestemming komt ten nadele van een efficiënte en doortastende faillissementsafwikkeling. De curator wordt vertraagd in zijn handelen, omdat een dergelijk verzoek tijdrovende formaliteiten met zich meebrengt. Het verzoek door de curator dient zeer gespecificeerd te zijn. Eventueel dient de curator, bij een mondeling machtiging als gevolg van een telefonisch verzoek in spoedeisende gevallen, de machtiging schriftelijk te bevestigen.<sup>145</sup> Alle betrokkenen bij een faillissement hebben belang bij een spoedige afwikkeling van het faillissement.<sup>146</sup>

---

<sup>137</sup> Idem.

<sup>138</sup> De Coninck-Smolders, Willems, Verjans en Wolfs 2010, p. 152; zie ook Van der Schee en Knol 2006, p. 12.

<sup>139</sup> De Coninck-Smolders, Willems, Verjans en Wolfs 2010, p. 152.

<sup>140</sup> HR 7 september 2001, NJ 2001, 562; Van den Bosch, Bouma, Huijzer en Vos 2008, p. 82.

<sup>141</sup> Tekst & Commentaar 2008, p. 117.

<sup>142</sup> Van Buchem-Spapens en Pouw 2008, p. 78, voor aansprakelijkheid is een benadeling van de boedel nodig en als gevolg van die benadeling, verminderde verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van de boedel; Zie ook HR 26 november 1982, NJ 1983, 442.

<sup>143</sup> Tekst & Commentaar 2008, p. 117.

<sup>144</sup> Wessels 2009, p. 48.

<sup>145</sup> De Coninck-Smolders, Willems, Verjans en Wolfs 2010, p. 152.

<sup>146</sup> Blom 2004, p. 149.

### 3.3.3 Repressief toezicht

De rechter-commissaris heeft tevens een toezichthoudende taak krachtens artikel 69 Fw. Dat artikel biedt de schuldeiser, de commissie uit de schuldeisers en de gefailleerde de mogelijkheid om tegen een handeling van de curator op te komen bij de rechter-commissaris, of een bevel uit te lokken bij de rechter-commissaris om handelingen al dan niet te verrichten. De wetsgeschiedenis maakt duidelijk dat artikel 69 Fw een middel is om de vergaande bevoegdheden van de curator, die hij ex artikel 68 Fw heeft, te corrigeren. Artikel 69 Fw waarborgt een behoorlijk beheer van de boedel en behartiging van ieders belang. Dit artikel zorgt ervoor dat de curator voortdurend onder controle staat van onder andere de gefailleerde en de schuldeisers.<sup>147</sup> Artikel 69 Fw is niet in het leven geroepen om op een eenvoudigere wijze persoonlijke rechten jegens de boedel te gelde maken.<sup>148</sup> Het moet gaan om een handeling, nalaten of een voorgenomen handeling die betrekking heeft op het beheer en vereffening, waarbij de belangen van de verzoeker door die handeling nadeel ondervindt of zal ondervinden.<sup>149</sup>

De onpartijdigheid van de rechter-commissaris staat echter op losse schroeven. De eventuele handelingen waartegen opgekomen wordt, kan zijn verricht met bijvoorbeeld de toestemming van de rechter-commissaris. In dergelijke situaties is er sprake van partijdigheid, althans een schijn van partijdigheid.<sup>150</sup> In het Antillen-arrest wordt duidelijk dat de vrees van partijdigheid objectief gezien niet gerechtvaardigd kan worden door enkel de eerdere bemoeienis van de rechter-commissaris.<sup>151</sup> Volgens Vriesendorp is het echter voor de betrokkenen moeilijk te rijmen dat de rechter-commissaris objectief dient te oordelen over een bezwaar tegen het optreden van de curator, terwijl de rechter-commissaris bijvoorbeeld een toestemming heeft gegeven voor die handeling.<sup>152</sup> Tegen deze achtergrond in mijns inziens een machtiging, goedkeuring en toestemming door de rechter-commissaris voor bepaalde handelingen van de curator niet wenselijk.

---

<sup>147</sup> Van der Feltz II 1994, p. 9; Artikel 69 Fw; vgl. Tekst & Commentaar 2008, p. 128, waarin wordt verwezen naar HR 10 mei 1985, NJ 1985, 792.

<sup>148</sup> HR 9 juni 2000, NJ 2000, 577, *Durmaz/Kramer q.q.*; Van Buchem-Spapens en Pouw 2008, p. 79.

<sup>149</sup> Van der Feltz II, p. 9; Van der Schee en Knol 2006, p. 13.

<sup>150</sup> Rijckenberg 2008, p. 193.

<sup>151</sup> HR 20 januari 2006, NJ 2006, 74.

<sup>152</sup> Rijckenberg 2008, p. 193.

### 3.3.4 Het toezicht van de rechter-commissaris in het Voorontwerp

In deze paragraaf en in andere paragrafen die gaan over het Voorontwerp zal er niet de term de ‘curator’ gebruikt worden, doch de term ‘bewindvoerder’. De term ‘bewindvoerder’ wordt gehanteerd, zoals Vriesendorp te kennen geeft, om de reden dat het thans geldende verschil tussen de termen ‘curator’ en ‘bewindvoerder’ bij surseance van betaling niet aanwezig is in het Voorontwerp.<sup>153</sup> Overigens is de status van het Voorontwerp op dit moment nog onbekend. Er zijn in ieder geval geen tekenen dat het Voorontwerp op korte termijn ingevoerd zal worden. Het Voorontwerp zit voorlopig ‘in de ijskast’, aldus Wessels.<sup>154</sup>

De bewindvoerder is, ex artikel 4.2.1 Voorontwerp, belast met het bestuur van de boedel. De rechter-commissaris houdt, ex artikel 4.3.1 Voorontwerp, toezicht op de algemene gang van zaken bij het bestuur van de boedel.<sup>155</sup> De toezichthoudende taak van de rechter-commissaris bestaat allereerst uit het verlenen van toestemming, goedkeuring of machtiging aan de bewindvoerder,<sup>156</sup> zij het in mindere mate dan in de huidige faillissementswet.<sup>157</sup> Toestemming van de rechter-commissaris is nodig bij de opzegging van een arbeidsovereenkomst, voor het uitdelen van gelden aan de geverifieerde schuldeisers en voor het verwerpen van nalatenschap.<sup>158</sup> Ingeval er geen schuldeiserscommissie is ingesteld, is er voorts toestemming van de rechter-commissaris nodig voor het voortzetten van de onderneming na een maand van de insolventieverklaring en het optreden in rechte.<sup>159</sup> De schuldeiserscommissie wordt ingesteld, ex artikel 4.4.1 Voorontwerp, wanneer de omvang of de aard van de insolventie daar aanleiding toe geven.<sup>160</sup> Ingeval deze commissie is

---

<sup>153</sup> Faber, Hees, Kortmann, Vermunt en Domingus-Schwenke 2008, p. 28, volgens Vriesendorp is de vervanging van de termen ‘curator’ en ‘bewindvoerder’ in de term ‘bewindvoerder’, te danken aan de vervanging van de huidige verschillende procedures (faillissement, surseance van betaling en schuldsanering natuurlijke personen) in één insolventieprocedure; vgl. Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p.1.

<sup>154</sup> Wessels weblog, <<http://bobwessels.nl/wordpress/?p=799>>; zie ook brief Minister van Justitie, 18-11-2009, aan prof. mr. Kortmann, te vinden op <[http://bobwessels.nl/wordpress/?attachment\\_id=800](http://bobwessels.nl/wordpress/?attachment_id=800)>.

<sup>155</sup> Polak 2008, p. 8.

<sup>156</sup> Verstijlen 2008, p. 18; zie ook Van de Hel, Van den Nieuwenhuijzen en Verdonschot 2008, p. 158.

<sup>157</sup> Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 8; zie ook Verstijlen 2008, p. 18.

<sup>158</sup> Artikel 4.2.3b Voorontwerp; zie ook Van de Hel, Van den Nieuwenhuijzen en Verdonschot 2008, p. 155 en 158; zie ook Verstijlen 2008, p. 18.

Tevens is er toestemming van de rechter-commissaris nodig bij het verzoek aan de Minister van Justitie om hem middelen als voorschot te verschaffen, die nodig zijn om een rechtsvordering in te stellen tegen de bestuurders van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap op grond van hoofdelijk aansprakelijk, of die nodig zijn om te onderzoeken naar de mogelijkheden van die hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling, aldus artikel 8.2 lid 12 Voorontwerp.

<sup>159</sup> Artikel 4.2.3b Voorontwerp; Van de Hel, Van den Nieuwenhuizen en Verdonschot 2008, p. 155 en 158.

<sup>160</sup> Uit de toelichting van het Voorontwerp blijkt dat het wenselijk is om een schuldeiserscommissie in te stellen bij complexe insolventies of bij insolventies met substantiële belangen. Toelichting Voorontwerp Insolventiewet p. 10: ‘In het bijzonder bij de insolventies met een meer complex karakter, of waarbij substantiële belangen op het spel staan, kan een grotere betrokkenheid van schuldeisers gewenst zijn.’ De commissie stelt dat er bij het overgrote deel van de insolventies een verregaande bemoeienis van de schuldeisers niet nodig is, omdat deze insolventies niet erg complex van aard zijn en vlot kunnen worden afgewikkeld. Toelichting Voorontwerp Insolventiewet p. 9.

ingesteld, staat deze er ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>161</sup>

Ondanks dat de bewindvoerder in mindere mate toestemming, machtiging of goedkeuring van de rechter-commissaris nodig heeft, wordt de bewegingsvrijheid van de bewindvoerder nog steeds beperkt. Indien er een schuldeiserscommissie is, dan is er op grond van artikel 4.2.3a Voorontwerp, toestemming nodig van de schuldeiserscommissie voor de onderhandse verkoop van goederen behorende tot de boedel en het aangaan van een vaststellingsovereenkomst of een schikking. Tevens is er dan toestemming nodig voor het na een maand van de insolventieverklaring voortzetten van de onderneming en het optreden in rechte,<sup>162</sup> zij het dat deze toestemmingen dan niet meer nodig zijn van de rechter-commissaris.<sup>163</sup> Is er geen schuldeiserscommissie ingesteld, dan dient de bewindvoerder zijn voornemen voor onderhandse verkoop bekend te maken. Gedurende zeven dagen lang kan de bewindvoerder dan niet overgaan op onderhandse verkoop, opdat iedere schuldeiser gedurende zeven dagen lang de mogelijkheid heeft om tegen de onderhandse verkoop op te komen bij de rechter-commissaris.<sup>164</sup> Verstijlen spreekt over een ‘piepsysteem’, nu er zonder bezwaar van een schuldeiser geen taak voor de rechter-commissaris is weggelegd.<sup>165</sup> De door de bewindvoerder verrichte rechtshandeling blijft overigens geldig, ongeacht of er toestemming is verleend door de rechter-commissaris of door de schuldeiserscommissie. Hetzelfde geldt ten aanzien van een onderhandse verkoop, zonder dat de schuldeisers in de gelegenheid zijn gesteld om bezwaar te maken. De bewindvoerder is in beide gevallen eventueel wel aansprakelijk jegens de schuldeisers en de schuldenaar.<sup>166</sup> Naast het feit dat de bewindvoerder nog steeds te maken heeft met een toestemmingsvereiste voor bepaalde handelingen, mist de bewindvoerder een aantal bevoegdheden die de curator thans wel bezit. Zo wordt uit de Toelichting Voorontwerp Insolventiewet duidelijk dat de bewindvoerder bij een insolvente huurder de huurovereenkomst niet eerder kan opzeggen dan mogelijk zou zijn geweest buiten de insolventie, dit in tegenstelling tot de opzeggingsbevoegdheid van de curator in het huidige recht ex artikel 39 Fw.<sup>167</sup>

De rechter-commissaris is in het Voorontwerp tevens belast met een repressief toezichthoudende taak. Op grond van artikel 4.3.5 Voorontwerp kunnen de schuldeiser, de

---

<sup>161</sup> Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 9 en 10; Van de Hel, Van den Nieuwenhuijzen en Verdonschot 2008, p. 155.

<sup>162</sup> Zie ook artikel 4.2.3 lid 3 Voorontwerp.

<sup>163</sup> Artikel 4.2.3b lid 1 sub a Voorontwerp; Van de Hel, Van den Nieuwenhuijzen en Verdonschot 2008, p. 158 en 159; Zie ook Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 11.

<sup>164</sup> Artikel 4.2.3 Voorontwerp; Van de Hel, Van den Nieuwenhuijzen en Verdonschot 2008, p. 155 en 158; zie ook Verstijlen 2008, p. 18; vgl. leden 2 en 3 van artikel 4.2.3 Voorontwerp.

<sup>165</sup> Verstijlen 2008, p. 18.

<sup>166</sup> Artikel 4.2.3c Voorontwerp.

<sup>167</sup> Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 69.

schuldeiserscommissie en de schuldenaar tegen elke handeling van de bewindvoerder opkomen bij of een aanwijzing uitlokken van de rechter-commissaris. De in mindere mate vereiste toestemming, machtiging of goedkeuring van de rechter-commissaris, verkleint de kans op situaties waarbij de rechter-commissaris dient te beslissen over handelingen waar hij toestemming, machtiging of goedkeuring voor heeft verleend.<sup>168</sup> De kans op de schijn van partijdigheid in het Voorontwerp is derhalve geringer dan in de Fw. In de toelichting op het Voorontwerp wordt expliciet vermeld dat er sprake is van een afstandsrelatie tussen de rechter-commissaris en de bewindvoerder. Met deze afstandsrelatie wordt de schijn van partnerschap met de bewindvoerder en de schijn van partijdigheid van de rechter-commissaris voorkomen.<sup>169</sup> Anders gezegd betekent de afstandsrelatie, zoals Vriesendorp dat concludeert, dat de rechter-commissaris minder een gesprekspartner van de bewindvoerder zal zijn.<sup>170</sup>

### 3.4 Conclusie

Het faillissement is een ingrijpende procedure, waarbij vele partijen en belangen betrokken zijn. Het faillissement zorgt voor een verdeling van het vermogen van de gefailleerde onder zijn schuldeiser overeenkomstig de wettelijke rangorde. Een andere functie van het faillissement is het opruimen van de insolvable deelnemers aan het maatschappelijk verkeer die nalaten verplichtingen na te komen. De curator beheert en vereffent de failliete boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, doch dient tevens rekening te houden met verschillende belangen en partijen. Hij dient onder andere civielrechtelijk, economisch en financieel goed onderlegd te zijn.

Ondanks dat een transparant benoemingbeleid van de curator ten goede komt van de goede faillissementsafwikkeling, ontbreekt de transparantie bij de benoeming van de curator door de rechtbank. Nagenoeg altijd wordt een advocaat tot curator benoemd. Lidmaatschap van Insolad is geen vereiste. De rechtbanken zouden lidmaatschap van Insolad wel als voorwaarde moeten stellen bij de benoeming van een curator. In het kader van de postdoctorale opleiding, die de leden van Insolad moeten afronden, wordt immers veel aandacht besteed aan vakkundigheid.

De curator staat onder toezicht van de rechter-commissaris. De rechter-commissaris en de curator hebben een goede (vriendschappelijke) verhouding, wat de schijn van partijdigheid met zich kan meebrengen. De schijn van partijdigheid is eveneens een serieuze kwestie in de gevallen waarbij

---

<sup>168</sup> Vgl. Rijkenberg 2008, p. 193.

<sup>169</sup> Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 10; zie ook Slotbrief van de Commissie insolventierecht aan de Minister van Justitie, 23-07-2009, p. 7 en 8, te vinden op (<<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven>>, zoek op *slotbrief Voorontwerp*).

<sup>170</sup> Faber, Van Hees, Kortmann, Vermunt en Domingus-Schwencke 2008, p. 33 en 34.



de curator de machtiging, de goedkeuring of de toestemming van de rechter-commissaris nodig heeft. De kans bestaat immers dat de rechter-commissaris een oordeel moet vellen over handelingen van de curator waar de rechter-commissaris een machtiging voor heeft afgegeven. Het vereisen van een goedkeuring, toestemming of machtiging is daarom niet wenselijk en brengt bovendien tijdrovende formaliteiten met zich mee. In het Voorontwerp is er in mindere mate toestemming, goedkeuring of machtiging nodig van de rechter-commissaris, waardoor de kans op de schijn van partijdigheid wordt verkleind. Al met al is het Voorontwerp een stap in de goede richting.

## 4. Rechtsvergelijking

### 4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk vindt er een vergelijking plaats tussen de *administrator* en de curator. Hierbij zal de benoeming en de persoon van beide bewindvoerders vergeleken worden, evenals het toezicht op beide bewindvoerders. Deze vergelijking zal moeten uitwijzen of Nederland voorbeeld kan nemen aan de Engelse *administration* op het gebied van benoeming en toezicht.

### 4.2 De benoeming van de administrator en de curator

De *administrator* dient gekwalificeerd te zijn als een *IP*.<sup>171</sup> De gekwalificeerde *IP* is gebonden aan de regels van een *RPB*.<sup>172</sup> Deze regels garanderen de bekwaamheid van de *IP*.<sup>173</sup> De curator kent een dergelijke kwalificatie-eis niet. Wel is er een vereniging die enigszins te vergelijken is met een *RPB*, te weten Insolad. Insolad bevordert eveneens de ervaring, de kunde en de kennis van de curator.<sup>174</sup> Lidmaatschap van Insolad is echter niet vereist. Naar Engels voorbeeld ben ik van mening dat er enkel advocaten tot curator benoemd kunnen worden die lid zijn van Insolad, omdat de bekwaamheid van de curator zodoende bevordert en gegarandeerd wordt.<sup>175</sup> Het is overigens op zijn plaats om te vermelden dat in het Voorontwerp de kans aanwezig is dat het lidmaatschap van Insolad als een voorwaarde geldt voor de benoeming van de bewindvoerder.<sup>176</sup>

De benoeming van de *administrator* verschilt van de benoeming van de curator. Engeland kent drie manieren waarop een *administrator* aangesteld kan worden. De benoeming kan geschieden door de rechter bij een beschikking tot *administration*, door de onderneming zelf of de directeurs van de onderneming en tot slot door een schuldeiser met een bijzonder zekerheidsrecht. In Nederland is het enkel de rechter die de curator benoemt. De vraag is of er in Nederland de schuldeisers en eventueel de gefailleerde naar Engelse voorbeeld meer invloed behoren te krijgen bij de aanstelling van de curator. Voor een antwoord op deze vraag sluit ik me aan bij Vriesendorp. Hij acht de invloed

---

<sup>171</sup> Section 389 juncto 390 van de Act.

<sup>172</sup> Section 390 (2) juncto section 391 van de Act.

<sup>173</sup> Section 391 lid 2 van de Act.

<sup>174</sup> Section 390 en 391 van de Act; zie ook Memorandum of Understanding. Van Andel 2004, p. 175.

<sup>175</sup> Van Andel 2004, p. 175.

<sup>176</sup> Artikel 1.1.7. Voorontwerp; Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 11 en 12. Het Voorontwerp heeft namelijk oog voor een structurele vormgeving van kwaliteitseisen en bewaking ten opzichte van de bewindvoerder. De Commissie acht het niet raadzaam om de kwaliteitsverbetering en het garanderen van de kwaliteit wettelijk te regelen. Dit kan beter aan de Insolventieraad overgelaten worden. De Insolventieraad wordt benoemd door de Minister van Justitie. De Insolventieraad stelt richtlijnen vast, eventueel op het gebied van voorwaarden voor de benoembaarheid van personen tot bewindvoerder.

van schuldeisers bij de aanstelling van de curator, mijns inziens terecht, niet wenselijk. Volgens hem bestaat er dan namelijk een kans op een partijdige curator. Bij de fase waarin de curator wordt benoemd is het niet eenvoudig te overzien en vaak ook niet duidelijk welke partijen en belangen betrokken zijn bij het faillissement. Hetgeen het bemoeilijkt om een persoon als mogelijke curator naar voren te schuiven, die voldoende afstand kan nemen van de schuldeisers door wie hij naar voren is geschoven.<sup>177</sup>

#### 4.3 De persoon van de administrator en de curator

De *administrator* kent nog een ander verschil ten opzichte van de benoeming van de curator. Daar waar het in Engeland de accountant is die doorgaans als *administrator* aangesteld wordt, is het in Nederland de advocaat die tot curator wordt benoemd. Zou de accountant het faillissement beter kunnen afwikkelen dan de advocaat? Volgens Van Andel zijn de afwikkelingen van faillissementen doorgaans multidisciplinair. Het maakt daarom niet uit of de curator een accountant of een advocaat is. Hij meent voorts dat de curator bij complexe faillissementen een financieel/economisch deskundige dient in te schakelen.<sup>178</sup> Frielink meent dat een financieel/economisch deskundige niet enkel als adviseur ingeschakeld dient te worden. Hij acht het zinvol om, bij grotere faillissementen of bij voortzetting van de onderneming, een advocaat en bijvoorbeeld een accountant tot curatoren van het faillissement te benoemen. De boedel wordt dan beheerd en vereffend door een juridische en een financieel/economische deskundige. Bovendien veronderstelt hij dat de accountant dan voor een lager uurtarief te werk zal gaan als curator dan als adviseur.<sup>179</sup> Het lijkt mij inderdaad raadzaam dat de rechter vaker een advocaat en een accountant tot curatoren van een faillissement benoemt.<sup>180</sup> Het faillissement is immers niet alleen een juridische kwestie, maar tevens een financiële kwestie. Het lezen van jaarrekeningen, het bepalen van de fiscale positie van de gefailleerde en een doorstart zijn voorbeelden van financiële kwestie die een rol spelen bij een faillissement.<sup>181</sup>

---

<sup>177</sup> Insolad jaarboek 2007, p. 48.

<sup>178</sup> Van Andel 2004, p. 175.

<sup>179</sup> Frielink 2001, p. 115; vgl. Van Amsterdam TvI 2004, 2.

<sup>180</sup> Zie artikel 73 Fw, een gevolg van de benoeming van twee curatoren is dat beide curatoren gezamenlijk bevoegd zijn te handelen. De boedel kan enkel door beide curatoren gezamenlijk gebonden worden; Tekst & Commentaar 2008, p. 129; Wessels 2008, p. 69; Artikel 70 Fw.

<sup>181</sup> Tromp 2000, p. 123.

#### 4.4 Het toezicht op de administrator en de curator

De *administrator* heeft een grotere bewegingsvrijheid dan de curator. De curator heeft bij de uitoefeningen van bepaalde bevoegdheden de machtiging, goedkeuring en toestemming van de rechter-commissaris nodig.<sup>182</sup> Ondanks dat de *administrator* in overeenstemming dient te handelen met de voorstellen, die door hem zijn opgesteld en door de crediteurenvergadering goedgekeurd,<sup>183</sup> heeft hij na die goedkeuring een grote mate van bewegingsvrijheid.<sup>184</sup> De bevoegdheden van de *administrator* zijn namelijk niet gekoppeld aan een toestemming, machtiging of goedkeuring van een gezaghebbende instelling of persoon. De bewegingsvrijheid van de curator dient in mijn visie vergroot te worden, omdat dat tot een efficiënter en wenselijker faillissementsafwikkeling leidt.

Het repressief toezicht in Engeland en in Nederland verschilt eveneens. De *RPB's* en de rechter houden toezicht op de *administrator*. In Nederland is de rechter-commissaris belast met het toezicht op de curator. Het repressief toezicht op de curator staat mijns inziens niet ter discussie. Het toezicht op de curator is namelijk, zoals Van Hees dat aangeeft, belangrijk.<sup>185</sup> Wel kan Nederland ook op het terrein van repressief toezicht voorbeeld nemen aan Engeland. Hiermee doel ik op een suggestie van Tromp. Hij geeft, mijns inziens terecht, aan dat het een optie is dat Insolad een klachtenprocedure zou moeten hebben. Wel is het dan nodig dat rechtbanken lidmaatschap van Insolad gaan vereisen en regels gaan opstellen die dwingend van aard zijn.<sup>186</sup> Onvrede over de curator kan dan enerzijds geuit worden bij de rechter-commissaris en anderzijds bij Insolad.

---

<sup>182</sup> Aerts, Van der Heijden, Van Munster, Roos en Willems 2005, p. 126; zie ook Van der Schree en Knol 2006, p. 12.

<sup>183</sup> Paragraph 68, B1 van de Act; vgl. artikelen 74 en 75 Fw, de curator hoeft geen voorstellen aan goedkeuring te onderwerpen aan een crediteurenvergadering. Op grond van artikelen 74 en 75 Fw kan er wel een commissie uit schuldeisers benoemd worden. Polak maakt overigens duidelijk dat de instelling van deze commissie in de praktijk nauwelijks voorkomt. Ingeval er een commissie uit schuldeisers is ingesteld, dient de curator in bepaalde gevallen, ex artikel 78 juncto artikel 79 Fw, niet-bindende advies in te winnen van deze commissie. Polak 2008, p. 202 en 203.

<sup>184</sup> Wel is er wederom toestemming van de crediteurenvergadering nodig, indien de administrator de goedgekeurde voorstellen wilt herzien en hij denkt dat dit een aanzienlijke herziening betreft, aldus paragraph 54, B1 van de Act.

<sup>185</sup> Van Hees 2010, p. 159.

<sup>186</sup> Tromp 2000, p. 123. Tromp noemt Insolad de meest aangewezen partij om de klachten jegens de curator te behandelen. Tromp is sceptisch over de vraag of de rechter-commissaris wel de meest geschikte personen is om klachten tegen de curator te behandelen. Mijns inziens hoeft dit niet ten koste van de repressief toezichthoudende taak van de rechter-commissaris, mits de rechter-commissaris minder tot geen machtiging, goedkeuring en toestemming meer hoeft af te geven aan de curator.

## 5. Conclusie

De curator is een belangrijke figuur binnen het ingrijpende en veel voorkomende faillissement. Hij dient zijn juridische, economische/financiële kennis en deskundigheid te gebruiken om de boedel te beheren en te vereffenen. Hierbij dient hij rekening te houden met vele partijen en verschillende belangen. De benoeming van de curator geschiedt door de rechtbanken. De rechtbanken zijn echter niet transparant als het gaat om het benoemingsbeleid van de curatoren. Transparantie omtrent de benoeming van de curatoren is in het belang van een goede faillissementsafwikkeling. Rechtbanken dienen derhalve meer transparantie in acht te nemen bij de benoeming van de curatoren.

De curator is nagenoeg altijd een advocaat. De advocatuur bezit in feite een monopoliepositie op het curatorschap. Het is raadzaam dat rechtbanken binnen een faillissement vaker twee curatoren uit verschillende disciplines gaan benoemen, zoals een advocaat en een accountant. Het curatorschap heeft een namelijk andere logica dan de advocatuur. Het faillissement is meer dan alleen een juridisch gebeuren. Het staat niet ter discussie dat een curator juridische kennis moet bezitten. Naast deze competentie is het belangrijk dat de curator verstand heeft van economische en financiële kwesties. Het is echter de vraag of een tot curator benoemde advocaat wel over deze competenties beschikt. Ik ben er een voorstander van dat naast een advocaat, ook een accountant tot curator dient te worden benoemd.

Het is zo dat de curatoren die leden van Insolad zijn veel kunde en kennis bezitten, eventueel ook op economisch/financieel gebied. Insolad stelt zware eisen aan haar leden en bevordert de kwaliteiten van de curatoren. Echter, ook niet-leden van Insolad kunnen tot curator benoemd worden. Rechtbanken doen er dan ook goed aan om bij de benoeming van de curatoren lidmaatschap van Insolad te vereisen.

De curator staat onder het toezicht van de rechter-commissaris. Enerzijds houdt de rechter-commissaris repressief toezicht op de curator. Iedere schuldeiser, de commissie uit schuldeisers en de gefailleerde heeft de mogelijkheid om op te komen tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris, of een bevel uit te lokken bij de rechter-commissaris om handelingen al dan niet te laten verrichten. Anderzijds houdt de rechter-commissaris toezicht doordat de curator bij bepaalde handelingen de toestemming, machtiging of goedkeuring van de rechter-commissaris nodig heeft. Dit toestemmings-, goedkeurings- en machtigingsvereiste bevordert de vlotte faillissementsafwikkeling niet. Bovendien is dit niet wenselijk, nu de onpartijdigheid van de rechter-commissaris in zijn repressief toezichthoudende taak in het geding kan komen. Er is sprake van de schijn van partijdigheid wanneer de rechter-commissaris dient te oordelen over een bezwaar tegen

het optreden van de curator, terwijl de rechter-commissaris bijvoorbeeld een machtiging heeft gegeven voor die handeling.

Ten aanzien van bepaalde punten kan Nederland voorbeeld nemen aan Engeland. Wat mij betreft zou ook in Nederland, zoals hiervoor reeds uiteengezet, meer nadruk gelegd moeten worden op de kwaliteitseisen van de curatoren, zoals dat ook in Engeland gebeurt. De rechtbanken kunnen dit bereiken door lidmaatschap van Insolad als voorwaarde te stellen bij de benoeming van de curator. Daarnaast ben ik er een voorstander van dat in Nederland de curator meer vrijheid krijgt bij de uitvoering van zijn taken, zoals dat in Engeland het geval is. Insolad zou naar Engels voorbeeld een klachtenprocedure moeten hebben, waarbij de schuldeisers en de gefailleerde kunnen klagen over het handelen van de curatoren die lid zijn van Insolad. Het Voorontwerp is in ieder geval een stap in de goede richting als het gaat om de kwaliteitseisen van de curator en het vermijden van de schijn van partijdigheid. De bewindvoerder krijgt in het Voorontwerp overigens ook meer vrijheid bij de uitoefening van zijn bevoegdheden, zij het dat de vrijheid van de bewindvoerder nog steeds beperkt wordt.

Het standpunt van dit onderzoek moge onderhand duidelijk zijn. De benoeming van de curator door de rechtbank, evenals het toezicht op de curator door de rechter-commissaris, zijn aan verbetering toe!

## 6. Aangehaalde literatuur

- **Aerts 2005**

W. Aerts, *De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude*, TvI 2005, 3, p. 7.

- **Aerts, Van der Heijden, Van Munster, Roos en Willems 2005**

W. Aerts, C.M. van der Heijden, I.P.L. van Munster, J.J. Roos, M.A.L.M. Willems, *Faillietverklaring, curator en r-c*, Praktijkboek Insolventierecht, Kluwer, 2005.

- **Aerts 2007**

W. Aerts, *Het toezicht op de integriteit van de faillissementscurator*, TvI 2007, 31, p. 154.

- **Van Amsterdam 2004**

A.M. van Amsterdam, *Accountant en faillissement*, TvI 2004, 2.

- **Van Andel 2004**

W.J.M. van Andel, *Doorbreking monopoliepositie van de advocatuur ten aanzien van benoemingen in insolventies gewenst?*, Ars Aequi 53, 2004, p. 175

- **Bannier, Guensberg, Huydercoper, Kneppelhout, Van Otterlo, Van der Pijl, Quant, Renckens, Suyver en Wackie Eysten 2009**

F.A.W. Bannier, M.W. Guensberg, J.R.L.A. Huydercoper, J. Kneppelhout, R.C.H. van Otterlo, M.J. van der Pijl, L.H.A.J.M. Quant, C.E.M. Renckens, J.J.H. Suyver, P.A. Wackie Eysten, *Introductie in de advocatuur*, elfde druk, Boom Juridische uitgevers, 2009.

- **Bannier 2010**

F.A.W. Bannier, *Zoals een behoorlijk advocaat betaamt*, advocatengedragrecht. Maklu, 2010.

- **Bannier 2005**

F.A.W. Bannier en N.A.M.E.C. Fanoy, *Beroep: advocaat in de ban van de balie*. Kluwer, 2005.

- **Bekkers 2004**

W.M.J. Bekkers, *De veranderende rol van de curator in de praktijk*. TvI 2004, 43, p. 186.

- **Bekkers, Van Hooijdonk en Kortmann 2007**

W.M.J. Bekkers, M. van Hooijdonk en S.C.J.J. Kortmann, *De advocatenstandaard*. Sdu Uitgevers 2007.

- **Beltzer 1999**

R.M. Beltzer, *Insolvente ondernemingen en werknemers in transitie*, in: Hugo Sinzheimer Instituut, *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 81-108.

- **Blom 2004**

R.J. Blom, *Omgaan met faillissement, surseance en schuldsanering*. Kluwer, 2004. Pagina 149.

- **Van der Bosch, Bouma, Huijzer en Vos 2008**  
R. van den Bosch, M. Bouma, M.W. Huijzer, P. Vos, Praktijkboek Insolventierecht, *Financiering en zekerheden*. Kluwer, 2008.
- **Van Buckem-Spapens en Pouw 2008**  
A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, monografieën privaatrecht. Achtste druk. Kluwer, 2008.
- **Brown 1996**  
D. Brown, *Corporate Rescue Insolvency Law in Practice*, John Wiley & Sons, 1996. Pagina 179.
- **De Coninck-Smolders, Willems, Verjans en Wolfs 2010**  
H. De Coninck-Smolders, M.A.L.M. Willems, R.L.S. Verjans, A.J. Wolfs, Praktijkboek Insolventierecht, *Faillietverklaring, curator en r-c*. Kluwer, 2010.
- **The Cork-committee 1981**  
The Cork-committee, *Insolvency Law and Practice, Report of the Review Committee*, 1981.
- **Declercq 2010**  
P.J.M. Declercq, *Rechten van schuldeisers in andere stelsels: hoe kijkt men in het buitenland naar Nederland?*. TvI 2010, 4, p. 19.
- **Dekker, Korteweg, Luiken, Princen, Roerdink, Walraven, Werker en Wille 2007**  
C.P.R.M. Dekker, W.M. Korteweg, I. Luiken, J.G. Princen, H.W. Roerdink, B.J.W. Walraven, J.J.M.W. Werker, D.M. Wille, *Capita selecta Insolventierecht*, Praktijkboek Insolventierecht. Kluwer, 2007.
- **Faber, Van Hees, Kortmann, Vermunt en Domingus-Schwencke 2008**  
N.E.D. Faber, J.J. Van Hees, S.C.J.J. Kortmann, N.S.G.J. Vermunt, Ch.A.M. Domingus-Schwencke, *De bewindvoerder, een octopus*, Serie Onderneming en Recht, deel 44. Kluwer, 2008.
- **Fletcher 2002**  
F. Ian Fletcher, *The law of Insolvency*. Third edition. Sweet & Maxwell, 2002.
- **Frielink 2001**  
K. Frielink, *Tegenstrijdige belangen in het insolventierecht*, TVI 2001, p. 115.
- **Van Gipsen 2005**  
G.H. van Gipsen, *In het belang van de boedel*, TvI 2005, 25, p. 97.
- **Goode 2005**  
R.M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*. Sweet & Maxwell, 2005.
- **Hartkamp 2005**  
A.S. Hartkamp, *Vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, zesde druk. Kluwer, 2005.
- **Van Hees 2004**  
A. van Hees, *Het doel van het faillissement en de taak van de curator*. TvI 2004, 45, p. 200.



- **Van Hees 2010**  
A. van Hees, *Toezicht op de rechter-commissaris*, TvI 2010, 25, p. 159.
- **Van de Hel, Van den Nieuwenhuijzen en Verdonschot 2008**  
J.A. van de Hel, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, J.H. Verdonschot, *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*. Ars Aequi Libri, 2008.
- **Heyman 1994**  
H.W. Heyman, *De reikwijdte van het fiducia-verbod*, WPNR 1994, 6119, p. 1-14.
- **Hoekstra 2005**  
G.D. Hoekstra, *De spanning tussen het maatschappelijk belang en het gezamenlijk belang gezien in het licht van de creditors' bargain*. TvI 2005, 12, p. 33. Paragraaf 4.
- **Insolad jaarboek 2007**  
Insolad, *De Integere curator*, Insolad jaarboek 2007.
- **Keay en Walton 2008**  
A. Keay en P. Walton, *Insolvency Law Corporate and Personal*, second edition. Jordans, 2008.
- **Kortman en Faber 1994, heruitgave Van der Feltz, I**  
S.C.J.J. Kortman en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I. Tjeenk Willink, 1994.
- **Kortman en Faber 1994, heruitgave Van der Feltz, II**  
S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, II. Tjeenk Willink, 1994.
- **Kortmann, Faber, Van Hees en De Ranitz 1996**  
S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.H. de Ranitz, *De curator, een octopus*, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht. Tjeenk Willink, 1996.
- **Parry 2006**  
R. Parry, *Corporate Rescue*, first edition. London, Sweet and Maxwell, 2008.
- **Polak 2008**  
Polak, *Faillissementsrecht*, bewerkt door M. Pannevis. Elfde druk. Kluwer, 2008.
- **Reehuis en Heisterkamp 2006**  
W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, Pitlo. Twaalfde druk. Kluwer, 2006.
- **Rijckenberg 2007**  
C. Rijckenberg, *De rechter-commissaris insolventies: quality-proof?*, verslag van de Recofa-dag 27 september 2007', TvI 2008, 28, p. 193.
- **Van der Schee en Knol 2006**  
A. van der Schee, J.J. Knol, *Faillissementsgids*. Kluwer, 2006.

- **Snijders en Rank-Berenschot 2007**  
H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, vierde druk. Kluwer, 2007.
- **Taylor 1999**  
F. Taylor, *Careers in accountancy*. Kogan Page Limited, 1999.
- **Tekst & Commentaar Insolventierecht**  
M. Ph. Van Sint Truiden en F.M.J. Verstijlen, *Tekst & Commentaar Insolventierecht*. Zesde druk. Kluwer, 2008.
- **Tjittes-Groot 2008**  
E.F. Tjittes-Groot, *Insolventierecht*, derde druk. Kluwer 2008.
- **Tromp 2000**  
J.W.M. Tromp, *Recent developments in English insolvency law, part two: een Engelse les voor Nederland?*, TvI 2000, 4, p. 123.
- **Verstijlen 2008**  
F.M.J. Verstijlen, *De reechter-commissaris in het voorontwerp voor een insolventiewet: rechter of commissaris?*. TvI 2008, 4, p.18.
- **Vriesendorp 2008**  
R.D. Vriesendorp, *Arresten insolventierecht met annotaties*. Kluwer 2008.
- **De Weijs 2010**  
R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies*, Recht en Praktijk Insolventierecht. Kluwer, 2010.
- **Wessels 2008**  
B. Wessels Insolventierecht IV, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*. Kluwer, 2008.
- **Wessels 2009**  
B. Wessels, *Insolventierechtelijke incidenten*. Boom Juridische Uitgevers, 2009.
- **Wessels Insolventierecht 2009**  
B. Wessels, Wessels Insolventierecht I, *Faillietverklaring*. Kluwer 2009.
- **Westra 2009**  
B. Westra, *Compendium Accountancy*. Pentagon Publishing, 2009.
- **Willems, Timmermans en Boer 2008**  
M.A.L.M. Willems, R.E. Timmermans, D. Boer, *Richtlijnen, praktijkregels en statistiek*, Praktijkboek Insolventierecht, deel 12. Kluwer, 2008.

## **Bijlage 1: Faillissementen, stroomcijfers**

## **Faillissementen; stroomcijfers (Bron: CBS.nl)**

### **Uitgesproken faillissementen in Nederland**

<b>Perioden</b>	<b>Totaal aantal</b>
<b>1981</b>	7288
<b>1982</b>	8644
<b>1983</b>	7691
<b>1984</b>	6224
<b>1985</b>	5378
<b>1986</b>	4448
<b>1987</b>	3786
<b>1988</b>	3849
<b>1989</b>	3679
<b>1990</b>	3519
<b>1991</b>	4075
<b>1992</b>	5045
<b>1993</b>	6428
<b>1994</b>	6464
<b>1995</b>	5847
<b>1996</b>	5577
<b>1997</b>	5547
<b>1998</b>	5031
<b>1999</b>	3840
<b>2000</b>	4498
<b>2001</b>	5834
<b>2002</b>	6771
<b>2003</b>	8748
<b>2004</b>	9349
<b>2005</b>	10082
<b>2006</b>	9179
<b>2007</b>	7950
<b>2008</b>	6847
<b>2009</b>	10559