

De Nederlandse curator en zijn Belgische confrater: een rechtsvergelijking van de taak van de Nederlandse en de Belgische curator

MR. J.J. VAN EE, MR. M.N. DE GROOT^{1,2}

1. Inleiding

In de afgelopen periode is de taak van de curator breder geworden. De curator dient met (steeds) meer belangen rekening te houden dan met alleen die van de gezamenlijke schuldeisers. Hierdoor rijst de vraag in hoeverre de taken van de curator nog verenigbaar met elkaar zijn, of de daarbij beoogde doelen worden bereikt én of dit niet ten koste gaat van de hoofdtaak van de curator om de failliete boedel te beheren en vereffenen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.³

De taak van de curator is dan ook een *hot item* in de literatuur en met de verwachte stijging van het aantal faillissementen in 2023 zal het een nog actueler thema worden.⁴ Overigens wordt niet alleen in Nederland, maar ook in een groot aantal andere Europese landen een significante toename in het aantal faillissementen verwacht.⁵

Op Europees niveau wordt hard gewerkt aan de harmonisatie van het insolventierecht binnen de Europese Unie.⁶ De Europese Commissie heeft hiertoe op

1. Mr. J.J. van Ee en mr. M.N. de Groot zijn advocaat en curator bij CMS in Amsterdam.

2. Deze bijdrage is afgesloten op 26 januari 2023.

3. Zie art. 68 lid 1 Fw. Uit het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht van 1 november 2021 (p. 13) blijkt dat de wetgever *'het beheren en vereffenen van het vermogen van de schuldenaar'* nog steeds als hoofdtaak van de curator beschouwd.

4. Kredietverzekeraar Atradius N.V. verwacht een toename van 77% van het aantal faillissementen in 2023 als gevolg van het eindigen van de coronasteun en de hoge inflatie en energieprijzen (zie rapport van Atradius N.V. van 6 oktober 2022, te raadplegen via: <https://group.atradius.com/publications/economic-research/sharp-increase-in-insolvencies-as-government-support-expires.html>).

5. Atradius N.V. verwacht een toename van 58% in Frankrijk, 78% in Oostenrijk, 49% in België en 51% in Italië (zie rapport van Atradius N.V. van 6 oktober 2022, te raadplegen via: <https://group.atradius.com/publications/economic-research/sharp-increase-in-insolvencies-as-government-support-expires.html>).

6. *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law*, te raadplegen via <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?qid=1670511556992&uri=COM%3A2022%3A702%3AFIN>).

7 december 2022 een voorstel van een richtlijn gepresenteerd, waarin onder meer de navolgende onderwerpen aan bod komen: de faillissementspauliana, *asset tracing*, de pre-pack, de verplichting voor bestuurders om eigen faillissementsaangifte te doen, een versimpelde liquidatieprocedure voor micro-ondernemingen, de schuldeiserscommissie en een verplichting per lidstaat om een *factsheet* op te stellen met de belangrijkste kenmerken van haar nationaal insolventierecht.

Het voorstel bevat geen specifieke bepalingen over de taak of werkzaamheden van de curator, zodat op dit vlak (nog) geen (verdere) harmonisatie zal plaatsvinden. Desalniettemin kan een rechtsvergelijking inspiratie bieden voor de gewenste invulling van de taak van de Nederlandse curator. Aangezien het lustrumcongres van INSOLAD dit jaar in Brugge plaats zal vinden, heeft dit ons op het idee gebracht om een blik te werpen bij onze zuiderburen en te onderzoeken op welke wijze de taak van een Belgische curator wordt ingevuld. Spelen in België vergelijkbare vragen over de (invulling van de) taak van de curator? Dient hij (exclusief) het schuldeisersbelang te behartigen of mag/moet hij ook rekening houden met andere belangen? Hoe zit het met faillissementsfraude? Rust op de Belgische curator ook een (wettelijke) verplichting met betrekking tot fraudesignalering?

Voor ons onderzoek hebben we dankbaar gebruik gemaakt van alle informatie, literatuur en rechtspraak die wij van onze Belgische collega mr. Pieter Dieltjens hebben ontvangen.⁷ Daarnaast willen wij ook graag mr. Roel Verheyden bedanken voor de tijd en moeite die hij heeft genomen om onze (vele) vragen te beantwoorden en met ons van gedachten te wisselen.⁸

Uit ons onderzoek is gebleken dat er veel overeenkomsten zijn tussen de taken van een Belgische en een Nederlandse curator. Er zijn echter ook verschillen. Zo heeft de Belgische wetgever gekozen voor een andere route met betrekking tot de aanstelling van de curator en is de wettelijke taak van een Belgische curator traditioneler. In ons artikel komen beide onderwerpen aan bod.⁹

7. Mr. Dieltjens is advocaat bij CMS DeBacker in Antwerpen.

8. Mr. Verheyden is werkzaam als advocaat bij ALTIUS in Brussel. Mr. Verheyden is gepromoveerd aan de KU Leuven op de handhaving van aansprakelijkheid in het faillissementsrecht van ondernemingen. Daarnaast werkt hij als wetenschappelijk vrijwilliger aan de KU Leuven en publiceert hij regelmatig in academische tijdschriften.

9. In deze bijdrage laten wij faillissementen van natuurlijke personen die geen onderneming drijven buiten beschouwing.

We zullen eerst ingaan op de wijze van aanstelling van de curator naar Nederlands en Belgisch recht en welke lessen wij daaruit kunnen trekken. Daarna bespreken wij de (wettelijke) taak van de Nederlandse en Belgische curator. Met name de fraudesignalerende rol van de Nederlandse curator op grond van art. 68 lid 2 Fw zullen wij vergelijken met de wettelijke taak van een Belgische curator.

2. Selectie en aanstelling van de curator

2.1. *Introductie*

De wijze van selectie en aanstelling van een curator hangt nauw samen met de succesvolle taakuitvoering door de curator. Een curator zal eerst zorgvuldig moeten worden geselecteerd om te waarborgen dat een curator wordt aangesteld die over de juiste capaciteiten beschikt om zijn taak in dat specifieke faillissement adequaat en deskundig te kunnen uitvoeren. De taak van de curator vangt aan op het moment dat hij wordt aangesteld. In het navolgende zullen we eerst stilstaan bij de selectie- en aanstellingsprocedure van de curator in België en Nederland, waarna wij een vergelijking maken in het licht van de Europese Herstructureringsrichtlijn.¹⁰

2.2. *België*

De wettelijke basis voor de aanstelling van curatoren is te vinden in Boek XX ‘Insolventie van ondernemingen’ in het Wetboek van economisch recht (WER). De rechtbank die het faillissement van de schuldenaar uitspreekt wijst één of meer curatoren aan “*al naar de belangrijkheid van het faillissement.*”¹¹ De rechtbank van het arrondissement waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar is gelegen spreekt het faillissement uit en kiest de curator (en zijn medecurator) van een curatorenlijst.¹² Deze curatorenlijst is opgesteld door de algemene vergadering van de specifieke rechtbank die het faillissement uitspreekt.¹³ De leden van deze algemene vergadering stemmen over wie al dan niet wordt toegelaten tot deze curatorenlijst. In bijzondere gevallen kan – wanneer de aard en de omvang van het faillissement dat vereisen – naast de aange-

10. Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie).

11. Art. XX.104 WER.

12. Art. XX.12 WER; Art. XX.122 WER.

13. Art. XX.122 WER.

Mr. J.J. van Ee, mr. M.N. de Groot,

stelde advocaat-curator een medecurator uit een andere beroepsgroep worden toegevoegd, vanwege zijn bijzondere bekwaamheden en ervaring.¹⁴

Om ingeschreven te kunnen staan op de curatorenlijst dient aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan. Anders dan in Nederland, worden uitsluitend advocaten die staan ingeschreven op het tableau van de Belgische Orde van Advocaten toegelaten tot de curatorenlijst van een rechtbank.¹⁵ De Belgische wet schrijft voor dat de desbetreffende kandidaat een bijzondere opleiding moet hebben genoten en dat hij waarborgen kan bieden inzake zijn bekwaamheid op het gebied van vereffeningprocedures.

Voor zover ons bekend, zijn er door de Belgische wetgever geen nadere voorwaarden gesteld ter invulling van de hiervoor bedoelde bekwaamheid en (andere) waarborgen. Wij namen echter wel kennis van de ‘Beleidsnota omtrent curatoren’ van 2 februari 2022 van de (algemene vergadering van de) Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Brussel en het document ‘Competentieprofiel curator’ van december 2020 van de Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Antwerpen.¹⁶ Met de beleidsnota en het competentieprofiel formuleren deze rechtbanken aanvullende criteria die zij hanteren bij de selectie van curatoren. Het is onduidelijk of andere rechtbanken in België dezelfde aanvullende selectiecriteria hanteren of een vergelijkbaar beleidsdocument hebben opgesteld. Het is interessant dat beide beleidsregels voorschrijven dat een kandidaat-curator vooraf een “*boekhoudkundige proef*” moet afleggen, om te bewijzen dat hij over de juiste competenties beschikt. Een vergelijkbare eis geldt in Nederland niet.

De Belgische wetgever heeft wel voorzien in meer uitgewerkte criteria voor de aanwijzing van “*insolventiefunctionarissen*”. Een insolventiefunctionaris is een persoon of instantie die (i) in het kader van een insolventieprocedure vorderingen verifieert en aanvaardt, (ii) het collectieve belang van schuldeisers behartigt, (iii) de goederen van de schuldenaar beheert, (iv) vereffent en de opbrengst verdeelt en/of (v) toeziet op het beheer van de onderneming van de schuldenaar.¹⁷

14. Art. XX.122 § 2 WER; A. Moens & I. van de Mierop, ‘Werkwijze van de curator: opstart, beheer faillissement, sluiting in Boek XX WER’, in: M.E. Storme, B. Tilleman, J. Vananroye, M. Vanmeenen & R. Houben (red.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen VI*, Brussel: Intersentia 2021, p. 3.

15. Art. XX.122 WER.

16. Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Brussel, ‘Beleidsnota omtrent curatoren’, 2 februari 2022, te raadplegen via: <https://www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/media/orte/brussel/documents/norb-beleidsnota-curatoren-2.2.2022-004.pdf>.

17. Art. II.2 WER.

Insolventiefunctionarissen worden aangewezen “*op grond van hun kwaliteiten en volgens de noodwendigheden van de zaak.*”¹⁸ Ze dienen waarborgen te bieden van bekwaamheid, ervaring, onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Ook moet hun beroepsaansprakelijkheid verzekerd zijn.¹⁹ Curatoren vallen onder de definitie van insolventiefunctionarissen, zodat deze criteria ook worden gehanteerd voor de aanwijzing van curatoren.

Anders dan in Nederland, worden in België de curatorenlijsten jaarlijks gepubliceerd op de website van het Centraal Register Solvabiliteit.²⁰ Iedere rechtbank dient in de eerste week van het kalenderjaar de lijst te publiceren met de namen en kantoren van de tot de lijst toegelaten curatoren, inclusief het (zakelijke) adres en de (zakelijke) contactgegevens. Het is hierdoor voor iedereen na te gaan welke curatoren bij welke rechtbank tot de curatorenlijst zijn toegelaten. De wet schrijft voor dat de lijst per curator vermeldt (i) in welke faillissementen hij is aangesteld, (ii) de datum van deze benoeming(en) en – indien een faillissement reeds is geëindigd – (iii) de datum van de beëindiging van zijn opdracht. Een check van de gepubliceerde curatorenlijsten wees uit dat deze informatie echter op de laatst gepubliceerde versies ontbreekt en dat de lijsten alleen de namen en adressen van de tot de lijsten toegelaten curatoren bevatten.²¹ Ook de data waarop de curatorenlijsten zijn gepubliceerd verschillen van elkaar.

Tegen de beslissing van de algemene vergadering van de rechtbank waarbij toelating tot de curatorenlijst wordt geweigerd of waarbij een toelating wordt geschrapt kan binnen een maand hoger beroep worden ingesteld bij het Hof van Beroep.²²

Zodra een curator tot de curatorenlijst van een rechtbank wordt toegelaten legt hij een eed af, waarbij hij onder meer zweert zijn “*opdrachten in eer en geweten, nauwgezet en eerlijk te zullen vervullen.*”²³ Dit is anders dan in Nederland, waar door curatoren geen eed hoeft te worden afgelegd.²⁴

18. Art. XX.20 WER.

19. Art. XX.20 WER.

20. Art. XX.122 WER; de lijsten zijn digitaal te raadplegen via: <https://www.regsol.be/home/LoginJustSolv>.

21. Art. XX.122 WER.

22. Art. XX.124 WER.

23. Art. XX.126 WER.

24. Anders dan de advocateneed bij de beëdiging tot advocaat door de rechtbank indien de curator tevens advocaat is (hetgeen in de Nederlandse praktijk vrijwel altijd het geval is).

2.3. *Nederland*

Wanneer een Nederlandse rechtbank een faillissement uitspreekt worden op grond van art. 14 Fw met het vonnis van de faillietverklaring één of meer curatoren aangesteld. Zeer recent op 1 januari 2023 is de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (de Implementatiewet) in werking getreden.²⁵ Als gevolg van die wet is aan art. 14 Fw een nieuw lid 5 toegevoegd:

“5. De rechtbank stelt op grond van het eerste lid een curator aan die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Bij de aanstelling:

- a. houdt de rechtbank rekening met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de curator; en*
- b. hanteert de rechtbank een procedure en voorwaarden die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.”*

Vóór deze uitbreiding, bevatte de Nederlandse wet geen nadere criteria voor de selectie en aanstelling van curatoren. Wel bestond er een door Recofa in 2013 gepubliceerd document met daarin de uitgangspunten voor toelating tot, verwijdering van de curatorenlijst en benoemingen in faillissementen (de Uitgangspunten 2013).²⁶

Op deze uitgangspunten is door Wessels de nodige kritiek geuit.²⁷ Hij ziet onder meer geen wettelijke grondslag om de curatorenlijst te beperken tot advocaten en zet vraagtekens bij de legitimiteit van de Uitgangspunten 2013, omdat het

25. Wet van 23 november 2022 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de implementatie van de Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie) (PbEU 2019, L 172) (Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie).

26. Recofa is het landelijke overlegorgaan voor rechters-commissarissen in faillissementen; R.A. Boon, M. Jansen, R.J. Verschoof, R. Kruisdijk & P.J. Neijt, ‘Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling’, 15 maart 2013. Het document was tot voor kort te raadplegen via rechtspraak.nl, maar dat is helaas niet meer het geval sinds publicatie van de ‘Richtlijnen aantellen curatoren in faillissementen en benoeming bewindvoerders in surseances van betaling 2023’ op 22 december 2022.

27. Wessels Insolventierecht IV 2020/4091g; B. Wessels, ‘Transparantie bij de benoeming van de faillissementscurator’, *Ars Aequi*, december 2017, p. 965 e.v.

oude art. 14 Fw (waarin het nieuwe lid 5 nog ontbrak) uitsluitend zag op de aanstelling van een curator en niets voorschreef omtrent de voorselectie. Met andere woorden, er was in zijn visie geen wettelijke grondslag voor de rechtbanken om een selectieprocedure te hanteren zoals de rechtbanken deden met de (toelatingsprocedure tot de) curatorenlijst conform de Uitgangspunten 2013.

Ook heeft Wessels kritiek op de voorgeschreven selectiemethode. Hij acht het benoemingenbeleid onbevredigend, omdat (i) de criteria voor ‘toelating’ tot een curatorenlijst meestal onbekend zijn, (ii) onduidelijk is of de criteria eenzijdig door een rechtbank worden vastgesteld dan wel in overleg met de mogelijke kandidaten voor het curatorschap, (iii) de criteria per arrondissement verschillend zijn, (iv) het rechtskarakter van de beslissing om een persoon niet toe te laten tot een curatorenlijst onduidelijk is (v) hetgeen ook geldt voor de mogelijkheid om tegen die beslissing bezwaar aan te tekenen.²⁸

Op 22 december 2022 publiceerde Recofa de ‘Richtlijnen aanstellen curatoren in faillissementen en bewindvoerders in surseances van betaling’, welke zijn gaan gelden vanaf 1 januari 2023 (de Richtlijnen 2023).²⁹ De introductie vermeldt dat de Richtlijnen 2023 een nadere uitwerking zijn van de implementatie van de Europese Herstructureringsrichtlijn. De rechtbanken lijken met de Richtlijnen 2023 handen en voeten te geven aan de procedure die wordt bedoeld in het hierboven aangehaalde nieuwe art. 14 lid 5(b) Fw.

De Richtlijnen 2023 bevatten een substantieel aantal geschiktheidscriteria waar de kandidaat-curator aan moet voldoen. Het valt ons op dat de geschiktheidscriteria een mix zijn van objectieve criteria en subjectieve criteria. Het is bijvoorbeeld vrij eenvoudig vast te stellen of de kandidaat-curator anderhalf jaar staat ingeschreven als advocaat en of de kandidaat-curator een VOG-profiel 55 heeft overgelegd. Daar staan tegenover de criteria dat de kandidaat-curator (i) voldoende relevante ervaring heeft, (ii) dat de kandidaat-curator sociaal- en slagvaardig is en beschikt over voldoende onderhandelingsvaardigheden en (iii) dat er wordt gestreefd naar een zo divers mogelijke samenstelling van de curatorenlijst.³⁰ Deze laatstgenoemde criteria hebben een hoog subjectief karakter. De Richtlijnen 2023 maken niet duidelijk hoe en wanneer aan deze criteria kan

28. B. Wessels, ‘Transparantie bij de benoeming van de faillissementscurator’, *Ars Aequi*, december 2017, p. 969.

29. Te raadplegen via: <https://www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civil/Insolventierecht/Paginas/Richtlijnen-aanstellen-curatoren-in-faillissementen-en-benoeming-bewindvoerders-in-surseances-van-betaling.aspx>.

30. Recofa, ‘Richtlijnen aanstellen curatoren in faillissementen en bewindvoerders in surseances van betaling 2023’, p. 4.

worden voldaan. Ook vermelden de Richtlijnen 2023 niet of de criteria in de volgorde kunnen worden afgelezen zoals ze staan opgesomd of dat deze volgorde kan wisselen per geval. De woorden “*de rechtbank dient er voldoende vertrouwen in te hebben dat de verzoeker voldoet aan de voornoemde geschiktheidscriteria*”, lijken de rechtbanken een grote mate van vrijheid te geven bij het bepalen of een kandidaat-curator aan deze (subjectieve) geschiktheidscriteria voldoet en aan welke criteria per geval meer belang kan worden gehecht.³¹

De Richtlijnen 2023 schrijven niet voor dat desbetreffende rechtbank zijn motivatie om een toelatingsverzoek te weigeren aan de kandidaat-curator (of publiekelijk) kenbaar dient te maken. Ook maken de Richtlijnen 2023 geen melding van de mogelijkheid om tegen een dergelijke weigeringsbeslissing in beroep te gaan. Het is goed voor te stellen dat een kandidaat-curator die niet wordt toegelaten tot de curatorenlijst tegen die beslissing in beroep wil gaan. Om dat gemotiveerd te kunnen doen is het voor de desbetreffende kandidaat-curator essentieel om te weten op welke gronden haar of zijn toelating is geweigerd. De mogelijkheid om in beroep te gaan tegen de weigering op de curatorenlijst is in de Belgische wet wel expliciet opgenomen.³²

2.4. Herstructureringsrichtlijn

De Europese Herstructureringsrichtlijn legt met art. 26 een aantal verplichtingen op aan lidstaten ten aanzien van herstructurerings- en insolventiefunctionarissen:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat:

- a. de deskundigen die door een rechterlijke of administratieve instantie zijn aangesteld in een procedure inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld (“deskundigen”) adequaat worden opgeleid en beschikken over de voor hun taken vereiste deskundigheid;
- b. de voorwaarden om voor aanstelling in aanmerking te komen en de procedure voor aanstelling en gedwongen of vrijwillig ontslag van deskundige duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn;
- c. bij de aanstelling van een deskundige voor een specifieke zaak, met inbegrip van zaken met grensoverschrijdende elementen, zijn ervaring en deskundigheid, alsmede specifieke kenmerken van de zaak, voldoende in aanmerking worden genomen; en

31. Recofa, ‘Richtlijnen aanstellen curatoren in faillissementen en bewindvoerders in surseances van betaling 2023’, p. 4.

32. Art. XX.124 WER.

- d. teneinde belangenconflicten te voorkomen, de schuldenaren en schuldeisers bezwaar kunnen maken tegen de selectie of aanstelling van een deskundige of om diens vervanging kunnen verzoeken.”*

Wij hebben ons de vraag gesteld of de Nederlandse en Belgische selectie- en aanstellingsprocedures voldoen aan hetgeen in art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn aan de lidstaten is opgelegd. Wanneer wij art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn over de Belgische en de Nederlandse de selectie- en aanstellingsprocedures leggen, springt wat ons betreft met name lid 1 (b) van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn in het oog. Op dit vlak gelden in beide jurisdicties afwijkende procedures die volgen uit verschillende bronnen van recht. Bij beide procedures kunnen wat ons betreft kritische kanttekeningen worden geplaatst.

In Nederland is op 1 januari 2023 de Implementatiewet in werking getreden. Waar voorheen in de Nederlandse Faillissementswet geen kwaliteitseisen werden gesteld aan de curator, is dat met de introductie van lid 5 van het nieuwe art. 14 Fw wel het geval. De bepaling laat een grote discretionaire bevoegdheid bij de rechtbank voor de beantwoording van de vraag of de curator adequaat is opgeleid, over de benodigde deskundigheid en ervaring beschikt mede in het licht bezien van de specifieke kenmerken van de zaak.

Met de introductie van de Richtlijnen 2023 is een landelijke werkwijze vastgesteld voor de selectie- (via de curatorenlijst) en de aanstellingsprocedure van curatoren. Wij zouden het aanmoedigen als dit betekent dat door de rechtbanken eenzelfde landelijk beleid zal worden gevoerd. Dat zou immers de in art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn voorgeschreven duidelijkheid van het selectie- en aanstellingsbeleid ten goede komen. In dat kader vinden wij het hoopgevend dat de Richtlijnen 2023 *niet* meer het volgende voorbehoud bevatten, die nog wel genoemd stond in de Uitgangspunten 2013: *“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 specifieke omstandigheden in een arrondissement aanleiding geven tot afwijkingen.”* Wij zouden hier graag uit afleiden dat het de ambitie is van de rechtspraak om landelijk een uniform beleid te voeren.

Minder hoopgevend is in dat kader het aantal subjectieve geschiktheidscriteria dat staat opgenomen in de Richtlijnen 2023. Die geven ruimte voor een eigen invulling door de rechtbanken. De in het Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk (*FIP*) gepubliceerde bij de Richtlijnen 2023 geschreven

toelichting bevestigt dat de Richtlijnen 2023 deze ruimte inderdaad aan de verschillende gerechten willen geven.³³ De Richtlijnen 2023 beogen om landelijk meer duidelijkheid te verschaffen en “*waar nodig*” uniformiteit te ontwikkelen in de gehanteerde criteria voor toelating tot de curatorenlijst.³⁴ Het artikel wordt afgesloten met het uitspreken van de hoop en de verwachting dat alle rechtbanken “*met aandacht voor de bijzonderheden van hun eigen arrondissement*” met de Richtlijnen 2023 zullen gaan werken. De Richtlijnen 2023 lijken daarmee in dat opzicht niet een wezenlijke verandering ten aanzien van de Uitgangspunten 2013 met zich te willen brengen.

Wij menen dat de nuance “*waar nodig*” weggelaten kan worden en dat uniformiteit op landelijk niveau nodig is om aan het gewenste niveau van duidelijkheid te kunnen voldoen. Bij een te grote beleidsvrijheid van de verschillende gerechten bestaat het risico dat er (te) grote verschillen kunnen ontstaan, hetgeen de selectieprocedure in onze ogen niet duidelijk(er) maakt. Daarmee ontstaat het risico dat de Nederlandse procedures niet voldoen aan hetgeen met art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn aan de lidstaten is voorgeschreven. Wij beschouwen het echter in algemene zin als positief dat er nu een vernieuwd en uitgebreider landelijk beleid wordt geïntroduceerd voor de selectie- en aanstellingsprocedure van curatoren.

Vergelijkbare landelijke beleidsregels lijken in België nog niet te bestaan, mede gelet op de ‘Beleidsnota omtrent curatoren’ van de Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Brussel en het ‘Competentieprofiel curatoren’ van de Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Antwerpen. Ook is in België – voor zover ons bekend – nog geen wetgeving verschenen ter implementatie van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn. Het is de vraag in hoeverre dat in België voor lid 1(a), 1(c) en 1(d) van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn noodzakelijk is. De selectieprocedure door middel van een curatorenlijst vindt al een stevige(re) wettelijke basis in art. XX.122 WER. Dit artikel regelt dat de kandidaat-curator al moet zijn ingeschreven als advocaat, dat hij of zij een bijzondere opleiding moet hebben genoten en waarborgen moet bieden inzake bekwaamheid op het gebied van vereffeningsprocedures. Art. 20.XX WER schrijft met § 1 voor dat de insolventiefunctionaris (waaronder de curator) waarborgen

33. S. Boot, M.C. Bosch, J.C.A.T. Frima & H.J. Harten, ‘Duidelijk, transparant en rechtvaardig: over de nieuwe richtlijnen voor aanstelling, benoeming en ontslag van curatoren, bewindvoerders, herstructureringsdeskundigen en observatoren in het insolventierecht’, *FIP* 2023/1.

34. S. Boot, M.C. Bosch, J.C.A.T. Frima & H.J. Harten, ‘Duidelijk, transparant en rechtvaardig: over de nieuwe richtlijnen voor aanstelling, benoeming en ontslag van curatoren, bewindvoerders, herstructureringsdeskundigen en observatoren in het insolventierecht’, *FIP* 2023/1, p. 3.

dient te bieden van bekwaamheid, ervaring, onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Hij wordt aangewezen op grond van zijn of haar kwaliteiten en volgens de noodwendigheden van de zaak. Op basis van § 6 van dat artikel wordt ook de mogelijkheid geregeld voor elke belanghebbende om tegen een aanstelling, vervanging of beëindiging van een mandaat van de insolventiefunctionaris in beroep te komen. Ook de mogelijkheid om tot de weigering tot de curatorenlijst in beroep te gaan is wettelijk vastgelegd in art. XX.124 WER. Aan lid 1(a), 1(c) en 1(d) van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn lijkt daarmee in ieder geval al (grotendeels) te zijn voldaan.

Het is echter de vraag of aan lid 1(b) van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn wordt voldaan met de relatief ruim in te vullen kwaliteitsnormen die staan opgenomen in de Belgische wet en de Nederlandse wet en beleidsregels. De voorwaarden voor aanstelling dienen duidelijk, transparant en rechtvaardig te zijn. Wat ons betreft geldt hetgeen wij eerder opmerkten over de Richtlijnen 2023 ook voor de Belgische regels ten aanzien van selectie en aanstelling. Ruime normen werken duidelijkheid niet in de hand en het is de vraag of België met deze ruime normen aan de in de Europese Herstructureringsrichtlijn voorgeschreven maatstaf van duidelijkheid voldoet. Daar komt bij dat de verschillende Belgische rechtbanken met verschillende zelf ontwikkelde aanvullende beleidsnota's lijken te werken, hetgeen wat ons betreft zeer onwenselijk is voor de duidelijkheid van het beleid.

Ten aanzien van de Nederlandse selectie- en aanstellingsprocedure zijn wij ook kritisch over de vraag of wordt voldaan aan het vereiste van transparantie zoals bedoeld in lid 1(b) van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn. Het zou wat ons betreft de transparantie verbeteren als de Nederlandse wet- en regelgeving voorziet in een verplichting voor rechtbanken om de overwegingen die hebben geleid tot de selectie en/of aanstelling van een kandidaat-curator aan de verzoekende kandidaat-curator kenbaar te maken. Dan is immers altijd duidelijk op welke gronden een afwijzing, toelating of aanstelling tot stand komt. Op die manier is het voor een kandidaat-curator te toetsen of de beslissing tot afwijzing of toelating tot de curatorenlijst op rechtvaardige wijze heeft plaatsgevonden en dan kan hij een eventueel beroep tegen die beslissing met argumenten staven (voor zover het Nederlandse systeem die beroepsmogelijkheid al biedt).

Anders dan in België, voorzien de Nederlandse wet noch de Richtlijnen 2023 in de regel dat de curatorenlijsten van de Nederlandse rechtbanken worden gepubliceerd of op verzoek zijn in te zien. Wij kunnen ons voorstellen dat in de praktijk behoefte bestaat aan publiekelijk inzichtelijk gemaakte curatorenlijsten. Dan is het immers te bekijken wat de samenstelling van de curatorenlijsten is

Mr. J.J. van Ee, mr. M.N. de Groot,

(geografische spreiding, kantoren, ervaringsjaren, etc.), hetgeen inzichten kan geven over de selectiecriteria die een rechtbank hanteert bij het al dan niet toelaten van kandidaat-curatoren tot de curatorenlijst. Dit is bevorderlijk voor de in lid 1 (b) van art. 26 Herstructureringsrichtlijn bedoelde transparantie.

Tot slot bepleiten wij dat een stevige wettelijke basis voor de selectie- en aanstellingsprocedure eerder in lijn lijkt te zijn met de bedoeling van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn dan een rechtersregeling. Art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn legt een verplichting op aan de lidstaten. Dat is wat ons betreft primair een verplichting voor de wetgever. Dat hetgeen met een Europese richtlijn aan een lidstaat wordt opgelegd *ook* geldt voor haar rechterlijke instanties maakt dat wat ons betreft niet anders. Zowel de Uitgangspunten 2013 als de Richtlijnen 2023 zijn rechtersregelingen. Een rechtersregeling is een vorm van zelfregulering door rechtbanken en is geen wetgeving die is opgesteld door de wetgever volgens daarvoor ingerichte wetgevingsprocedures. De vraag is dus of de Nederlandse wetgever hiermee heeft voldaan aan hetgeen haar met art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn is opgelegd.

3. De (wettelijke) taak van de curator en wiens belang dient hij?

3.1. België

Art. XX.98 WER bepaalt dat de faillissementsprocedure ertoe strekt “*het vermogen van de schuldenaar onder de bevoegdheid van een curator te plaatsen die belast is het vermogen van de gefailleerde te beheren en te vereffenen en de opbrengst ervan te verdelen onder de schuldeisers*”. Op grond van art. XX.132 WER beheert de curator “*het faillissement als een goed huisvader onder toezicht van de rechter-commissaris*”.

De algemene bepaling dat de curator het faillissement als een ‘goed huisvader’ beheert is verder ingevuld door bestendige rechtspraak van het Hof van Cassatie waarin is geoordeeld dat de algemene opdracht van de curator erin bestaat de activa van de gefailleerde te gelde te maken en de realisatie van het actief te verdelen met inachtneming van de wettelijke rechten van voorrang die bepaalde schuldeisers hebben.³⁵

35. L. Vandenbroucke, ‘De curator’, in: H. Braeckmans, E. Dirix, M.E. Storme, B. Tilleman & M. Vanmeenen (red.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Brussel: Intersentia 2014, p. 73 en de daargenoemde jurisprudentie.

In art. XX.132 WER wordt ook bepaald dat curatoren geacht worden “*actief en prioritair*” mee te werken aan het vaststellen van het bedrag van de aangegeven schuldvorderingen van de werknemers van de gefailleerde onderneming. Dit brengt met zich dat op curatoren een verplichting rust om aan werknemers van de failliete onderneming bijstand te verlenen bij het bepalen van de omvang van de vordering. Hoewel in de Nederlandse Faillissementswet een dergelijke verplichting ontbreekt, wordt in de praktijk hier wel uitvoering aan gegeven doordat de curator veelal met de afdeling HRM van de failliete onderneming tracht de werknemersvordering in kaart te brengen. Een werknemer beschikt doorgaans niet over zijn of haar openstaande saldo aan vakantie-uren en andere relevante informatie en om de totale (rest)vordering van de werknemers in kaart te brengen is de kennis van de afdeling HRM noodzakelijk.

Anders dan bij ons, is er in België geen specifieke wettelijke fraudesignalerende- en/of bestrijdende taak voor de curator. Op grond van art. XX.153 WER is de curator verplicht om in elk faillissement binnen twee maanden na zijn aanstelling, aan de rechter-commissaris een memorie of kort verslag te sturen betreffende “*de vermoedelijke toestand van het faillissement, de voornaamste oorzaken en omstandigheden ervan en de kenmerken die het vertoont*”. Vervolgens stuurt de rechter-commissaris dit verslag, vergezeld van zijn eventuele opmerkingen, aan de procureur des Konings.³⁶ Dit verslag beoogt de procureur des Konings inzicht te bieden in de aanwezigheid van eventuele misdrijven en blijkt in de praktijk vaak één van de aanknopingspunten voor de opstart van een opsporingsonderzoek.³⁷

De procureur des Konings beschikt over diverse bevoegdheden om – op eigen initiatief – bepaalde zaken te onderzoeken en (fraudebestrijdende) maatregelen te treffen. Zo heeft de procureur des Konings (en dus niet de curator) de bevoegdheid om een strafrechtelijk of civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.³⁸

Hoewel op de Belgische curator geen (wettelijke) fraudesignalerende taak rust, is per 1 mei 2018 wel de beloning aangepast waardoor Belgische curatoren meer worden gestimuleerd om een aansprakelijkheidsvordering tegen de bestuurder

36. De functie van een procureur des Konings is vergelijkbaar met een hoofdofficier van justitie in Nederland.

37. I. van de Mierop, ‘Werkwijze van de curator: opstart, beheer faillissement, sluiting’, in: *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, Brussel: Intersentia 2017, p. 93.

38. Art. XX. 230 WER. Zie tevens R. Verheyden, ‘Faillissementsfraude: een queeste naar remedies voor gedupeerden in België’, *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2019 nr. 1 en 2, paragraaf 2.1.

Mr. J.J. van Ee, mr. M.N. de Groot,

in te stellen. In het Koninklijk Besluit houdende vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de insolventiefunctionarissen van 26 april 2018, wordt bepaald hoe het salaris van de curator moet worden vastgesteld (het KB).³⁹ Het uitgangspunt is dat het 'algemeen ereloon' van de Belgische curator wordt vastgesteld in de vorm van een proportionele vergoeding (per schijf) berekend op grond van teruggeïnde en gerealiseerde activa:

Berekeningsbasis	% van de schijf	Ereloon per schijf	Gecumuleerd ereloon
€ 0,01 tot 28.142,02	30%	€ 8.443,-	
€ 28.142,03 tot 55.580,48	25%	€ 6.860,-	€ 15.302,-
€ 55.580,49 tot 76.686,98	12%	€ 2.533,-	€ 17.835,-
€ 76.686,99 tot 135.785,19	10%	€ 5.910,-	€ 23.745,-
€ 135.785,20 tot 334.889,91	6%	€ 11.946,-	€ 35.691,-
€ 334.889,92 tot 1.011.705,21	5%	€ 33.841,-	€ 69.532,-
€ 1.011.705,22 tot 2.023.410,42	3%	€ 30.351,-	€ 99.883,-
€ 2.023.410,43 tot 3.348.899,01	2%	€ 26.510,-	€ 126.393,-

Het 'algemeen ereloon' betreft de vergoeding van de curator voor de prestaties die hij gewoonlijk verricht in het kader van een normale vereffening van de failliete boedel (art. 5 KB).

Op grond van art. 6 paragraaf 3 KB kan de rechtbank het ereloon vermeerderen of verminderen aan de hand van een correctiecoëfficiënt van 0,6 tot 1,4. In het KB staat tevens een aantal factoren genoemd die een rol spelen bij het toepassen van een correctiecoëfficiënt om het ereloon te vermeerderen. Als factoren worden onder meer genoemd: de omvang en complexiteit van de zaak, het aantal schuldvorderingen en de realisatiewaarde van het actief. Maar ook bedragen die ten gunste van de boedel zijn gekomen of hadden kunnen komen als gevolg van een vordering ingesteld door de curator op basis van bestuurdersaansprakelijk als gevolg van een "*kennelijke grove fout*" en aansprakelijkheid voor het niet afdragen van sociale bijdragen en aansprakelijkheid wegens het kennelijk onredelijk voortzetten van de activiteit ('*wrongful trading*') worden als expliciete factor genoemd voor het verkrijgen van een hogere correctiefactor.⁴⁰ Het is

39. Koninklijk Besluit houdende vaststelling van regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van insolventiefunctionarissen van 26 april 2018.

40. Zie artt. XX.225 t/m XX.227 WER.

echter niet de bedoeling dat door curatoren een spreekwoordelijke heksenjacht wordt geopend. Daarom kan alleen gebruik worden gemaakt van de hogere correctiefactor indien de aansprakelijkheidsvordering door de rechtbank wordt toegewezen.⁴¹

Wanneer het actief onvoldoende is om het salaris van de curator te dekken, ontvangt de curator een forfaitaire vergoeding van circa € 1.200 exclusief btw (art. 9 KB).

Verheyden signaleert dat ingeval van een lege boedel (of ‘lege doos’ zoals het door onze zuiderburen wordt genoemd), de curator potentieel voor een dilemma komt te staan: i) hij wikkelt het faillissement summier af voor een vaste forfaitaire vergoeding van circa € 1.200 ex btw of ii) hij stelt een aansprakelijkheidsvordering in waarbij de vergoeding onzeker is en het procesrisico voor zijn rekening komt.⁴² Naar mening van De Leo, Verheyden en Cardinaels wordt dit dilemma niet verholpen met de nieuwe remuneratieregeling, omdat de hogere correctiefactor voor het salaris van de curator pas van toepassing is bij een toegewezen aansprakelijkheidsvordering.⁴³

3.2. *Nederland*

De (wettelijke) taak van de Belgische curator vertoont veel gelijkenis met de in art. 68 lid 1 Fw neergelegde taak van een Nederlandse curator.

Het Nederlandse faillissementsrecht heeft als doel het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder diens gezamenlijke schuldeisers. Hiertoe is de curator op grond van art. 68 lid 1 Fw belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.⁴⁴

-
41. Zie parlementaire voorbereiding van het Koninklijk besluit houdende vaststelling van de regels en barema's van de kosten en het ereloon van de insolventiefunctionarissen, te raadplegen via: Koninklijk Besluit van 26/04/2018 houdende vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de insolventiefunctionarissen (openjustice.be).
42. R. Verheyden, 'Faillissementsfraude: een queeste naar remedies voor gedupeerden in België', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2019, nr. 1 en 2, paragraaf 4.2; De Leo, Verheyden & Cardinaels, 'De hernieuwde remuneratieregeling van curatoren', *De Juristenkrant* 2018/372, p. 6.
43. De Leo, Verheyden & Cardinaels, 'De hernieuwde remuneratieregeling van curatoren', *De Juristenkrant* 2018/372, p. 6.
44. HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488, *JOR* 2017/183, r.o. 3.3.2 en HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, *JOR* 2020/188, r.o. 4.2.2.

Mr. J.J. van Ee, mr. M.N. de Groot,

Met de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator op 1 juli 2017 is de fraudesignalerende taak van de curator wettelijk verankerd in art. 68 lid 2 Fw. Art. 68 lid 2 Fw bepaalt dat de curator onderzoek moet doen of sprake is van onregelmatigheden die i) het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, ii) de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of iii) het tekort in de boedel hebben vergroot. Vervolgens moet de curator de rechter-commissaris vertrouwelijk informeren over zijn bevindingen en indien hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, daarvan melding of aangifte doen bij de bevoegde instanties.

De wetgever meent dat de aanvullende fraudesignalerende taak, niet afdoet aan de primaire taak van de curator:

“Dit wetsvoorstel tast de kerntaak van de curator niet aan; de curator is en blijft vooral beheerder en vereffenaar van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren.”⁴⁵

“De traditionele kerntaak van de curator is – zoals in de consultatie ook terecht is opgemerkt door de FNV Bondgenoten, VCP en NEVOA – het beheer en de vereffening van de failliete boedel ten bate van de crediteuren. Deze taak is neergelegd in art. 68, eerste lid, Fw, en blijft ongewijzigd. Wel wordt er in art. 68 Fw een nieuw tweede lid ingevoegd. Hierin wordt expliciet de fraudesignalerende rol van de curator vastgelegd. Deze rol komt voort uit de traditionele taak, hetgeen duidelijk wordt gemaakt door het gebruik van het woord «bij» in de aanhef van het nieuwe tweede lid. De curator wordt verplicht om bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel te bezien of er sprake is van onregelmatigheden. Het betreft onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, die de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of die het tekort in het faillissement hebben vergroot. (...) In de consultatie is door de FNV Bondgenoten, VCP, NVvR en NEVOA opgemerkt dat moet worden voorkomen dat de nadruk te zeer komt te liggen op de fraudesignalerende rol van de curator. Dat wordt in dit wetsvoorstel ondervangen, doordat de verankering van de fraudesignalerende rol van de curator in art. 68, tweede lid, Fw de traditionele kerntaak van de curator uit art. 68, eerste lid, Fw onverlet laat.”⁴⁶

Anders dan de wetgever, zijn wij van mening dat deze wetswijziging wel conflicterend kan zijn met de kerntaak van de curator als boedelberedderaar ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren.

45. Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3, p. 3.

46. Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3, p. 12 en 13.

In de literatuur en rechtspraak wordt verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of op de curator (al dan niet op grond van art. 68 lid 2 Fw) een verplichting rust om *in ieder* faillissement een oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek te verrichten.⁴⁷

De Rechtbank Rotterdam oordeelde in een vonnis van 21 juni 2017 dat de taak van de curator breder is dan louter het beheer en de vereffening van de boedel.⁴⁸ Tot de taken van de curator wordt ook gerekend een onderzoek naar de oorzaken van het faillissement. Naar het oordeel van de Rechtbank Rotterdam kan het faillissement pas worden beëindigd indien de curator zijn taken heeft vervuld en behoort een onderzoek naar de oorzaken van het faillissement (mede) tot de taak van de curator. Gevolg hiervan is dat de curator in beginsel gelegenheid moet hebben om het oorzakenonderzoek uit te voeren voordat het faillissement wordt beëindigd, ondanks dat de boedel over voldoende middelen beschikt om de crediteuren te voldoen.

De Hoge Raad oordeelde echter in zijn arrest van 24 april 2020 dat “*indien de boedel toereikend is om de geverifieerde schuldeisers te voldoen, het de curator niet vrijstaat de vereffening voort te zetten en overige activa te gelde te maken ten behoeve van andere, niet geverifieerde schuldeisers of, in geval van een vennootschap, de aandeelhouders.*”⁴⁹ Kortom, met het einde van het faillissement op grond van art. 193 lid 1 Fw⁵⁰, eindigt de beheers- en vereffeningstaak en eindigen daarmee ook alle andere taken van de curator.

Indien uit art. 68 lid 2 Fw zou volgen dat op curatoren een onvoorwaardelijke plicht rust om een oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek te doen, zou dat onverenigbaar zijn met de kerntaak van de curator. Aangezien de wetgever met

47. Voor de beantwoording van de vraag of de curator in alle gevallen een onderzoeksplicht heeft, maakt Vriesendorp een onderscheid tussen drie typen faillissementen: grote, kleine en lege boedels, waarin het te verrichten onderzoek telkens moet worden afgewogen tegen het doel en de in te zetten middelen (D. Vriesendorp, ‘[**] it happens; then and now’, *TvI* 2017/23, p. 153 e.v.).

48. Rechtbank Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902. Zie kritisch over deze uitspraak: A.J. Tekstra in zijn annotatie bij deze uitspraak (*JOR* 2017/278) en E.J. Oppedijk van Veen & V.G.M. Leferink, ‘Diverse aspecten van het oorzakenonderzoek’, in: M.A. Broeders, Ph.W. Schreurs & F. Feenstra (red.), *De Curator en de Failliet. Insolad Jaarboek 2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 199.

49. Hoge Raad 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, *JOR* 2020/188, m. nt. J.J. Van Hees, r.o. 4.2.5.

50. Art. 193 lid 1 Fw bepaalt dat het faillissement van rechtswege eindigt zodra aan de geverifieerde schuldeisers het volle bedrag van hun vorderingen is uitgekeerd (of zodra de slotuitdelingslijst verbindend is geworden).

Mr. J.J. van Ee, mr. M.N. de Groot,

zoveel woorden heeft aangegeven dat met de beoogde wetswijziging *de kern-taak* van de curator ongemoeid blijft, volgt daaruit naar onze mening dat art. 68 lid 2 Fw *niet* met zich brengt dat de curator gehouden is in *alle* gevallen een onderzoek te verrichten.

3.3. *Conclusie*

Bij het maken van een vergelijking tussen de invulling van de taak door een Belgische en een Nederlandse curator, valt met name op dat de taak van een Belgische curator (meer) ziet op de traditionele rol van de curator. De wettelijke taak van de Nederlandse curator op grond van art. 68 lid 1 Fw komt overeen met de wettelijke taak van de Belgische curator op grond van art. XX.132 WER.

Ook de Belgische curator is belast met het beheer en de vereffening van het vermogen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Anders dan in Nederland, is de rol van de Belgische curator met betrekking tot fraudesignalering en/of -bestrijding echter zeer beperkt.

Uit de praktijk blijkt dat de curator in België zelden aangifte doet van faillissementsfraude. Het is de procureur des Konings (oftewel het openbaar ministerie) die beslist aan de hand van een kort verslag van de curator i) of (er aanleiding bestaat om aan te nemen dat) er sprake is van faillissementsfraude en ii) of vervolgstappen (waaronder het vorderen van een strafrechtelijk of civielrechtelijk bestuursverbod) gewenst zijn.

Dit is bij ons anders. Daarmee treedt de curator als het ware op als opsporingsambtenaar en kan er potentieel een (wat ons betreft: onverenigbaar) tegenstrijdig belang ontstaan met de kerntaak van de curator. Wij menen dan ook dat het Belgische systeem op dit punt een inspiratiebron kan zijn omdat er een duidelijke scheiding is tussen de fraudesignaleringsstaak (die dus bij de procureur des Konings (OM) rust) en de beheer- en vereffeningstaak ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers (die bij de Belgische curator rust). Het signaleren van faillissementsfraude (al dan niet door middel van het doen van een melding of aangifte) is erop gericht om te voorkomen dat de frauduleus handelende bestuurder opnieuw slachtoffers maakt. Het maatschappelijk belang hierbij is duidelijk. Maar de bestaande gezamenlijke schuldeisers 'kopen' daar echter niets voor, nu dit doorgaans niet tot een toename van het boedelactief zal leiden. Het beschermen van belangen van mogelijke toekomstige schuldeisers, behoort niet tot de taak van de curator en dient zeker niet betaald te worden door de gezamenlijke schuldeisers.

Het vorenstaande leidt er in onze visie niet toe, dat art. 68 lid 2 Fw in zijn geheel geschrapt dient te worden. Als we met de (wat ons betreft, wenselijke) Belgische bril naar art. 68 lid 2 Fw kijken leidt dit tot het navolgende.

Sub a

Op grond van sub a van art. 68 lid 2 Fw ‘bezieet’ de curator bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans, mede hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. In de literatuur is betoogd dat art. 68 lid 2 sub 4 Fw een onvoorwaardelijke verplichting op de curator legt om een oorzakenonderzoek te doen. Ook de Rechtbank Rotterdam trekt de conclusie dat (mede naar aanleiding van de destijds nog niet inwerking getreden Wet versterking positie curator) het doen van onderzoek naar de oorzaken van het faillissement tot de taak van de curator wordt gerekend.⁵¹

Naar onze mening zal deze verplichting in de praktijk nauwelijks aanvullende werkzaamheden van de curator tot gevolg moeten hebben. De curator moet immers beoordelen of er sprake is van bestuurdersaansprakelijk en/of paulia-neus handelen. Dit allemaal met de doelstelling om het actief van de boedel te vergroten en benadelend handelen ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers ongedaan te maken. Indien aannemelijk is dat het instellen van een aansprakelijkheidsvordering of een vordering op grond van de actio pauliana *niet* zal leiden tot toename van het actief, dan is het niet opportuun om het oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek voort te zetten. Kortom, het ‘bezien’ van de curator (ofwel het onderzoek van de curator waarvan de intensiteit en omvang afhankelijk is van diverse omstandigheden) moet naar onze mening telkens worden getoetst aan de vraag of dit in het belang is of kan zijn voor gezamenlijke schuldeisers. Is of wordt het antwoord op deze vraag ‘nee’ gaande het onderzoek, dan is daarmee de onderzoekstaak voor de curator afgerond. De kerntaak van de curator is immers het beheren en vereffenen van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het kan naar onze mening niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat de in art. 68 lid 1 sub a Fw neergelegde verplichting zover strekt dat de curator, niet ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers maar *ten laste* van de gezamenlijke schuldeisers, ook gehouden is onderzoek te doen naar onregelmatigheden uitsluitend met als maatschappelijk doel om faillissementsfraude te signaleren (en daarmee te bestrijden).⁵²

51. Rechtbank Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902 (*JOR* 2017/278), r.o. 4.2.

52. Zie ook Zie ook R.D. Vriesendorp, [**] it happens; then and now, *TvI* 2017/23, p. 154 e.v.

Sub b

Sub b van art. 68 lid 2 Fw bepaalt dat de curator de rechter-commissaris moet informeren over zijn bevindingen. Deze verplichting vinden wij in beginsel passend bij de (kern)taak van de curator en bovendien in lijn met de rol van de rechter-commissaris uitoefent. De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel op grond van art. 64 Fw. De rechter-commissaris is alleen in staat zijn toezichtsfunctie uit te oefenen indien hij op de hoogte is van de werkzaamheden van de curator zodat hij het functioneren van de curator kan beoordelen. Deze verplichting vertoont ook grote gelijkenis met art. XX.153 WER waarin de verplichting voor de Belgische curator is neergelegd om in elk faillissement binnen twee maanden na zijn aanstelling, aan de rechter-commissaris een memorie of kort verslag te sturen betreffende de stand van de boedel en de voornaamste oorzaken van het faillissement.

Sub c

De grootste bron van het ontstaan van een tegenstrijdig belang tussen de kern-taak van de curator en de fraudebestrijdende taak, is naar onze mening de meldings- of aangifteplicht zoals neergelegd in art. 68 lid 2 sub c Fw.

Met het doen van een melding of aangifte zijn de gezamenlijke schuldeisers niet gediend. Sterker nog, zij worden benadeeld nu de kosten die de curator hiervoor moet maken in mindering komen op het beschikbare actief. In het geval van een lege boedel zou dit betekenen dat de curator een melding of aangifte moet doen, zonder dat dit in het belang is van de gezamenlijke crediteuren en zonder dat daar een vergoeding tegenover staat. Vaak biedt de Garantstellingsregeling curatoren hierbij ook geen uitkomst, omdat daarvoor moet worden aangetoond dat de aan te spreken bestuurder of wederpartij verhaal biedt, hetgeen in de praktijk bij faillissementsfraude lastig blijkt te zijn.

Los van de vraag of het doen van een melding of aangifte op enige wijze bijdraagt aan het beoogde doel van bestrijding van de faillissementsfraude, vindt hierdoor een vermenging van belangenbehartiging plaats hetgeen onwenselijk is.

In dat kader vinden wij dat het Belgische systeem waarin, mede aan de hand van het verslag van de curator, de procureur des Koning eventuele fraude signaleert en beslist of vervolg gegeven moet worden aan de opsporing, wellicht beter passend bij de taakverdeling van de curator en het Openbaar Ministerie. Bovendien is het Openbaar Ministerie ook beter geëquipeerd om te beslissen of het in een bepaald faillissement wenselijk is de strafrechtelijke opsporing te vervolgen.

Het Openbaar Ministerie beschikt over (vergaande) bevoegdheden en kan bijvoorbeeld beoordelen of desbetreffende bestuurder een veelpleger is waardoor het (in dit geval nu wel) wenselijk is om strafrechtelijke vervolgstappen te zetten. Het Openbaar Ministerie kan ook als enige beoordelen of er voldoende (maatschappelijk) belang is, gelet op de andere zaken die zij moet behandelen en de (beperkte) capaciteit die zij heeft. Al deze omstandigheden spelen wat ons betreft een essentiële rol bij de beantwoording van de vraag of er strafrechtelijke vervolging wenselijk is. Wat ons betreft dient art. 68 lid 2 sub c Fw dan ook te worden aangepast.

4. Slot

In deze bijdrage hebben twee onderwerpen vergeleken met het Belgisch recht, te weten de (wijze van) aanstelling van een curator (mede in het licht van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn) en de fraudesignalerende taak. Wij concluderen dat zowel het voor zowel het Belgische en het Nederlandse selectie- en aanstellingsbeleid de vraag is of die voldoen aan hetgeen lidstaten met art. 26 lid 1(b) van de Europese Herstructureringsrichtlijn is opgelegd. Wij signaleren daarnaast dat een wettelijke regeling (zoals de Belgische) een stevigere basis vormt en eerder in lijn lijkt met de bedoeling van art. 26 lid 1(b) van de Europese Herstructureringsrichtlijn dan een rechtersregeling zoals de Richtlijnen 2023.

Ook is uit ons onderzoek gebleken dat de Belgische curator (meer dan bij ons) als boedelberedderaar wordt beschouwd en dat hij niet is belast met aanvullende taken die het maatschappelijk belang dienen (zoals fraudesignalering). In deze bijdrage betogen wij niet dat de Nederlandse wetgever het Belgische insolventierecht moet overnemen. Maar wij hopen met ons artikel te kunnen bijdragen aan de discussie over de trend in Nederland om steeds meer maatschappelijke taken toe te vertrouwen aan de curator door in ieder geval een (beperkte) inzage te geven hoe in België wordt gekeken naar de taak van de curator. Wij menen dat alle partijen erbij zijn gebaat als meer duidelijkheid wordt gecreëerd tussen de verhouding van de kerntaak van de curator en de andere belangen/taken zodat alle partijen (en het bijzonder de curator en de crediteuren) exact weet wat van hen mag worden verwacht.