

Wie neemt het besluit om (een kantoorgenoot van) de curator te laten optreden als advocaat voor de boedel?

Mr J.T. Jol

In dit artikel wordt verdedigd dat het besluit om de curator of één van zijn kantoorgenoten als advocaat te laten optreden voor de boedel niet door de curator behoort te worden genomen. Er kunnen zeer valide redenen zijn om de boedel door (het kantoor van) de curator als advocaat te laten vertegenwoordigen. Maar, de beslissing om juist voor (het kantoor van) de curator als advocaat van de boedel te kiezen, hoort niet thuis bij de curator in verband met de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang.

### **Inleiding:**

Tijdens het Jaarcongres 2010 van Insolad poneerde ik de volgende stelling:

“De curator met een gevulde boedel die zijn kantoor voor de boedel laat procederen is als een lid van de raad van bestuur met een optiepakket: not enough skin in the game, only upside, no downside”

Omdat deze stelling de zaal behoorlijk in beroering bracht, leek het me goed mijn gedachten hierover aan het papier toe te vertrouwen in een opiniestuk. De bedoeling van dit opiniestuk is om uiteen te zetten wat het antwoord is op de vraag: Wie neemt het besluit om (een kantoorgenoot van) de curator te laten optreden als advocaat voor de boedel?

### **Situatieschets**

In de praktijk word ik als adviseur van de bank met enige regelmaat geconfronteerd met de volgende situatie. Kort na het faillissement is alles pais en vree. Curator en bank werken constructief samen en zorgen ervoor dat - zo goed en kwaad als het maar kan - zoveel mogelijk waarde wordt behouden. In de boedel vloeien de nodige opbrengsten omdat bepaalde activa niet belast zijn met een zekerheidsrecht van de bank en/of omdat de curator een boedelbijdrage ontvangt voor de inspanningen die hij heeft verricht. Nadat alles is verkocht, start de curator met zijn goed gevulde oorlogskas een – zeker in de ogen van de bank – kansloze of althans weinig kansrijke procedure tegen de bank die hij zelf behandelt als advocaat (of hij kiest ervoor iemand anders van zijn kantoor op te laten treden als advocaat voor de boedel). De bank blijkt het goed te hebben gezien en wint de procedure, maar krijgt de geliquideerde (om nog maar te zwijgen van de werkelijke) proceskosten niet voldaan, omdat de boedel inmiddels is leeg geprocedeerd.

Economisch gezien heeft (het kantoor van) de curator geen enkel risico gelopen dat de procedure negatief uitpakt. Als de procedure wordt gewonnen: glorie, curator krijgt zijn Hoge Raad q.q. arrest met een mooi succes tegen een bank. Curatoren reageren op q.q. uitspraken als bankiers op de zogenaamde tombstones die door banken worden uitgedeeld bij deals: hoe meer hoe beter. Als hij verliest: geen probleem, de curator betaalde zichzelf (of zijn kantoor) al de kosten voor het voeren van de procedure.

## Historie

Het door mij geschetste probleem is niet nieuw. De Ranitz schreef in 1998<sup>1</sup> al over dit probleem en stelde toen al dat het aanbeveling verdient geen kantoorgenoten in te schakelen. Hij toonde weliswaar begrip voor – wat hij noemde – “de economische ratio van dit handelen”<sup>2</sup>. In 2008 was - weer in TvI - De Ranitz nog wat explicieter: “De curator/advocaat is ondernemer en streeft naar winst-maximalisatie voor zijn kantoor”<sup>3</sup>. En, daar is op zich ook niets mis mee maar niet op kosten van de boedel. Kalff schaarde zich in de Insolad jaarbundel van 2007 in het De Ranitz kamp<sup>4</sup>. Kalff zei het aldus: “Reeds om de schijn te vermijden dat de curator zijn eigen (kantoor)belangen heeft laten meewegen zou een curator bij zaken van enige omvang een externe, kundig en onafhankelijke partij moet(en, toevoeging jtj) inschakelen om hem terzake te assisteren.”

## Vergelijking

De positie waarin de curator zich bevindt bij het nemen van zo'n beslissing van de curator laat zich naar mijn mening goed vergelijken met de positie die een bestuurder heeft die beschikt over opties: Gaat het – al dan niet door zijn handelen – fout met de onderneming, dan heeft hij zijn salaris gekregen en ontvangt hij – zelfs als hij er uit gegooid wordt – soms nog een afscheidspremie. Gaat het goed, dan is hij helemaal boven Jan. Zoals bekend worden de optieregelingen die aan bestuurders (en overige werknemers) van financiële instellingen verstrekte optieregelingen genoemd als één van de oorzaken van de ontstane financiële crisis. Of zoals het voormalig hoofd HRM ABN mevrouw Van der Meer Mohr dat tijdens de verhoren van de Commissie De Wit uitdrukte.

“Dat is precies het probleem: .... Er zit geen bonus-malussysteem in; het is alleen maar bonus. Het systeem kent in principe dus alleen opwaarts potentieel. Als je kruis gooit, betekent het dat je wint. Als je munt gooit, betekent het dat de bank verliest.”<sup>5</sup>

Anders gezegd, met een bonus is niets mis, maar er moet ook een downside zijn voor de bestuurder. Hetzelfde geldt naar mijn mening ook voor de curator.

## Tegenstrijdig belang

Er zit een evident tegenstrijdig belang in de keuzes die de curator als curator en als advocaat moet maken: winstmaximalisatie voor het kantoor versus verliesminimalisatie van de boedel, of anders gezegd, de curator die als belangenbehartiger van alle crediteuren een zo goed mogelijke opbrengst wenst te ontvangen versus de advocaat die zoveel mogelijk betaald wil worden voor zijn diensten. Praktijkregel 1.4.3. dat gaat over wie als advocaat voor de boedel optreedt, blinkt, als ik zo vrij mag zijn, uit in vaagheid<sup>6</sup>. Art. 1.4.3. luidt:

---

<sup>1</sup> TvI 1998, 9, p. 187 e.v., ‘Ach Amice, hoe zit dat nu?’

<sup>2</sup> Hij bedoelde daarmee, naar ik veronderstel: vergroting van de omzet van het kantoor, dus de micro-economie van het kantoor, niet de macro-economie van efficiënte afhandeling van faillissementen

<sup>3</sup> TvI 2008, 42, p. 273 e.v., ‘Perverse prikkels, curatoren en goede procesorde’

<sup>4</sup> Insolad Jaarboek 2007, p. 27 e.v., M.L.S. Kalff, de procederende (kantoorgenoot van de) curator; een blik vanuit de D&O verzekeringspraktijk

<sup>5</sup> Vgl. Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 31 980, nrs. 3–4, p. 78

<sup>6</sup> Zie ook Kalff, t.a.p., p. 38 die pleit voor aanscherping van deze gedragsregel.

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

Uit de toelichting bij deze gedragsregel blijkt dat hiermee bedoeld wordt dat het in sommige gevallen wenselijk is dat er externe advocatuurlijke hulp wordt ingeroepen, en dat dit bijvoorbeeld het geval is indien er sprake is van een (gepercipieerd) tegenstrijdig belang. Dat zou volgens de toelichting pas zo zijn bij een omvangrijke procedure<sup>7</sup>. Ik zou menen dat dit tegenstrijdig belang ook bij minder grote procedures bestaat.

Nu is mijn stelling niet dat curatoren niet deugdelijk met dit tegenstrijdig belang zouden kunnen omspringen. Veel curatoren zullen er niet over denken om een procedure te starten die kansloos is, hun integriteit en hun trots niet te willen verliezen verhinderen dat<sup>8</sup>. Bovendien is er altijd nog het vereiste van machtiging van de RC voor het voeren van de procedure ingevolge het bepaalde in art. 68 lid 2 Fw.

Maar mijn indruk is wel – en die indruk zie ik bevestigd in de bijdrage van Rechter-Commissaris Melissen in de Insolad bundel van 2010<sup>9</sup> - dat de RC weliswaar tracht uitwassen van procedures door advocaat/curatoren te voorkomen, maar dat de RC zich realiseert dat de RC ernstig aangewezen is op de door de curator verstrekte informatie (en alle beperkingen die daaraan gebonden zijn). Bovendien zal een procederende curator de RC voorhouden dat de proceskansen op zijn minst redelijk. De RC zal vervolgens geneigd zijn de curator het voordeel van de twijfel te geven.

Schimmelpennick heeft in 2008 bij zijn – overigens mooie - poging het oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen te stroomlijnen getracht het probleem te marginaliseren<sup>10</sup>. Hij meent dat een verstandig curator niet zijn korte termijn winstbejag zou moeten laten voorgaan boven zijn duurzame relatie met de Rechtbank. Anders gezegd, naar zijn mening zal een curator het wel uit zijn hoofd laten kansloze procedures te voeren omdat de Rechtbank die hem benoemd, indien de Rechtbank hier achter zou komen, hem zou passeren bij volgende benoemingen. Nu geloof ik zonder meer dat er veel integere en respectabele curatoren in Nederland zijn. Deze kijken wel uit en bovendien mogen zij zich op basis van bewezen track record, want zo werkt dat – en overigens terecht - al jaren verheugen op benoemingen in mooie faillissementen. Maar, niet alle curatoren zijn gelijk en Melissen maakt in haar bijdrage aan de Insolad bundel 2010 voorzichtige kanttekeningen bij de analyse van Schimmelpennick als zij opmerkt dat de zittingsduur van RC's vaak zo kort is dat zij die de machtiging verleenden, het eindresultaat van de procedure vaak niet meer meemaken<sup>11</sup>.

Mijn perceptie is dat het nog te vaak voorkomt dat curatoren (zelf of door hun kantoorgenoten) kansloze dan wel weinig kansrijke procedures starten<sup>12</sup>. Schimmelpenninck

---

<sup>7</sup> Zie wederom Kalff, t.a.p., p. 38 die ook een scheiding aanbrengt afhankelijk van het geldelijk belang.

<sup>8</sup> Zie ook Gedragsregel 1.1.1 van de praktijkregels voor curatoren van 2004 die eisen van integriteit, objectiviteit, zorgvuldigheid, vakkundigheid en doelmatigheid aan de curatoren stellen. Toegegeven, in dat opzicht liepen de regels voor bankiers lange tijd achter. Pas sinds de invoering van de Code Banken per 1 januari 2010 kennen de bankiers de bankierseed de aan hen eisen van zorgvuldigheid, deskundigheid en integriteit stelt, zie art. 3.2.3 van de Code Banken en de standaardverklaring die in de toelichting is opgenomen. Zie het aardige boekje van Hans Ludo van Mierlo, ‘Bankiers zweren bij geld’ (2010) meer uitgebreid over de bankierseed.

<sup>9</sup> Insolad Jaarboek 2010, p. 31 e.v., W.A.H. Melissen, ‘Toestemming verzocht’

<sup>10</sup> R.J. Schimmelpenninck, Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen, TvI 2008, 20, p. 134 e.v.

<sup>11</sup> Melissen, t.a.p., p. 50

<sup>12</sup> Dat niet alleen mijn perceptie blijkt wel uit het – toegegeven wat tendentieuze – artikel in HP/ De Tijd van 17 maart 2010, met als titel: ‘Geplukt door de curator’. Overigens zou een mooi onderwerp voor een

meende in 2008 dat de oplossing om de procedure door een onafhankelijke derde-advocaat te laten voeren, het probleem slechts verschuift zodat de derde-advocaat mogelijk ongewenste financiële beïnvloeding gaat vertonen<sup>13</sup>. Ik ben dat niet met hem eens. Waar het hier om gaat, is dat er een gezonde verhouding tussen cliënt (de boedel) en de advocaat ontstaat, zodat het normale krachten spel tussen de cliënt en zijn advocaat zijn werking kan hebben. Alle advocaten kennen de strenge cliënt die de hand op de knip houdt en er wel voor zorgt dat er geen nodeloze kosten worden gemaakt.

### **Een alternatief, een claw back regeling<sup>14</sup>**

Dus, De Ranitz en Kalff hebben gelijk en altijd een onafhankelijke derde advocaat voor iedere door de boedel te starten procedure? Dat gaat me toch weer (net iets) te ver. Op zich zie ik namelijk ook wel potentiële voordelen voor de boedel, immers de curator is als geen ander op de hoogte van wat er in de boedel speelt en is nu eenmaal ook advocaat en kan dus procederen. Maar, voorzichtigheid is geboden en er moet een downside voor (het kantoor van) de curator zijn aan het verliezen van de procedure. Naar huidige inzichten is no cure no pay voor advocaten verboden, dus dat biedt geen oplossing. Maar, wat te denken van een zogenaamde claw back regeling? Een dergelijke regeling is in de Code Banken opgenomen en luidt als volgt:

6.4.5 In buitengewone omstandigheden, bijvoorbeeld indien toepassing van de vastgestelde prestatiecriteria tot een verkrijging van ongewenste variabele beloning van een lid van de raad van bestuur zou leiden, heeft de raad van commissarissen de discretionaire bevoegdheid de variabele beloning aan te passen wanneer deze naar zijn oordeel leidt tot onbillijke of onbedoelde uitkomsten.

Of, anders gezegd en toegepast op de positie van de curator die zelf procedeert voor de boedel of een kantoorgenoot laat procederen voor de boedel: Laat (het kantoor van) de curator in bepaalde schrijnende gevallen maar een behoorlijke door de rechtbank (al dan niet in overleg met de RC) vast te stellen afslag krijgen op de vergoeding die de curator krijgt als curator als het allemaal op niets uitdraait! De – naar ik begrijp in sommige arrondissementen ook gebruikelijke – oplossing dat er eerst een procesadvies moet komen van een onafhankelijk advocaat, spreekt mij ook aan. In sommige gevallen tracht ik met de curator te komen tot een regeling waarbij we ons geschil bij wege van bindend advies voorleggen aan een voor de bank en de boedel acceptabele bindend adviseur. Dat kan een snelle en goedkopere oplossing zijn het geschil te beslechten en om nodeloze kosten te voorkomen. Mediation zou in sommige gevallen wellicht ook een snelle en goedkope oplossing kunnen zijn waarmee nodeloze kosten worden voorkomen. Overigens, ik zou geen bezwaar hebben tegen het feit dat de curator die de netto-boedel (dus: na aftrek van kosten) groter maakt door een procedure, een extra vergoeding krijgt. Waar nodig zouden de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en

---

jurisprudentieonderzoek zijn: hoe vaak hebben de procedures gevoerd door boedel een na aftrek van kosten voor de boedel positief resultaat en maakt het daarbij uit of ze zelf hebben geprocedeerd (of hun kantoor hebben laten procederen) of dat de procedure door een onafhankelijke derde advocaat is gevoerd.

<sup>13</sup> Schimmelpenninck, 'Naschrift bij reactie van mr S.H. de Ranitz', TvI 2008, 34, p. 277

<sup>14</sup> Voor de manier waarop in de Verenigde Staten in Chapter 11 procedures omgegaan wordt met de inschakeling door advocaten op kosten van de boedel, zie Michael Korybut, 'Teaching selected ethical issues in bankruptcy' te vinden op [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1340657](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1340657) en het een prachtig boek van Milton C. Reagan Jr, law Professor Georgetown University, 'Eat what you kill'(2004). In dit laatste boek wordt het lot van John Gellene beschreven de rijzende ster bankruptcy lawyer van het kantoor Milbank, Tweed, Hadley & McCloy, een Amerikaanse advocaat die in zijn jacht naar het grote geld uiteindelijk in de gevangenis belandde omdat hij – kort gezegd – het niet zo nauw nam met de toepasselijke regels.

surseances van betalingen hiertoe kunnen worden aangepast. Kwaliteit en succes mogen beloond worden.

### **Alternatief, aanscherping van de governance**

Waar het mij vooral om gaat, is dat het nemen van de beslissing van de curator om zijn kantoor als advocaat in te schakelen in strijd is met de goede governance van het faillissement vanwege het bij de curator aanwezige tegenstrijdige belang. In gewone corporate governance verhoudingen betekent dat degene die een tegenstrijdig belang heeft, daarover niet meebeslist. Ik wijs bijvoorbeeld op de Corporate Governance Code, art. II.3.3<sup>15</sup>.

II.3.3 Een bestuurder neemt niet deel aan de discussie en de besluitvorming over een onderwerp of transactie waarbij de bestuurder een tegenstrijdig belang heeft.

Groenewegen en Orval hebben mede naar aanleiding van de conclusie van AG Wuisman in de zaak van het faillissement LG Philips Displays Holding<sup>16</sup> – naar mijn mening terecht – gewezen op hetzelfde probleem bij een schuldeiserscommissie<sup>17</sup>. De crediteur die lid is van een crediteurencommissie kan een tegenstrijdig belang hebben<sup>18</sup>. Groenewegen en Orval melden het volgende:

“Een lid van de schuldeiserscommissie met een tegenstrijdig belang ten aanzien van een bepaald besluit of onderwerp zou echter wel van deelname aan de beraadslaging en de besluitvorming over dit besluit of onderwerp moeten worden uitgesloten”.

Dat geldt wat mij betreft dus ook voor de curator. Hij mag niet mee beslissen over de vraag of zijn kantoor wordt gebruikt als advocaat voor de boedel. Maar, wie dan wel? Ik meen dat de beslissing het beste genomen kan worden door de RC. Deze moet dan voordat een curator een procedure gaat voeren, twee te onderscheiden vragen beantwoorden, te weten: Is de procedure voor boedel voldoende kansrijk? En zo ja, wie voert de procedure voor de boedel? Zodra de curator heeft aangegeven dat hij de procedure wel wil doen, heeft hij blijk gegeven van zijn tegenstrijdig belang. De RC moet daarin aanleiding zien om extra kritisch na te denken over de vraag of een procedure wel wenselijk is. Het bij sommige rechtbanken gebruikelijk procesadvies van een onafhankelijke advocaat lijkt me eigenlijk gewoon noodzaak voor iedere procedure waar de curator zelf heeft aangegeven dat hij (zijn kantoor) wil (laten) procederen voor de boedel. Op basis van het procesadvies van de onafhankelijke derde advocaat, besluit de RC over het starten van de procedure en vervolgens kan de RC bezien welke advocaat voor de boedel in dit geval het beste uitkomt. Of, om in de termen van de moderne commerciële advocatuur te spreken: het kantoor van de curator mag meepitchen bij de RC, maar meer ook niet. Bovendien lijkt het me raadzaam voor de RC om er voor te zorgen dat, vóórdat er besluiten worden genomen over de vragen of er geprocedeerd wordt en zo ja, door wie, de belanghebbende crediteuren worden geraadpleegd (of, beter nog, moeten voorstemmen). Aan deze crediteuren dient voordat zij hun mening kunnen geven inzicht worden gegeven wat de mogelijke upside en downside van het voeren van de procedure is voor

<sup>15</sup> Deze Code is van toepassing – kort gezegd – op ondernemingen die ter beurse genoteerde effecten uitgeven, zie [http://www.commissiecorporategovernance.nl/Corporate\\_Governance\\_Code](http://www.commissiecorporategovernance.nl/Corporate_Governance_Code)

<sup>16</sup> Hoge Raad 30 november 2007, JOR 2008, 59

<sup>17</sup> ‘J.L.M. Groenewegen en M.J.H. Orval in ‘De schuldeiserscommissie nieuwe stijl’ in de bundel ‘De Bewindvoerder, een Octopus’, p. 525 e.v.

<sup>18</sup> Overigens, juist om die reden hadden volgens mij de secured creditors die lid van de crediteurencommissie in het faillissement van LG Philips Displays Holding hun stem niet uitgebracht als lid van de crediteurencommissie.

hun uitkering in het faillissement. Onder belanghebbende crediteuren versta ik de crediteuren die door het al dan niet slagen van de procedure een hogere of lagere uitkering in het faillissement krijgen (dus zelfs eventuele boedelcrediteuren). Van die beraadslaging is dan wat mij betreft dan in beginsel wel weer uitgesloten degene waar tegen geprocedeerd gaat worden, die heeft immers net zo zeer een tegenstrijdig belang. Gispén bekende ooit dat hij als wat jonge (en misschien wilde?) curator een procedure wilde starten doch dat een oudere en wijzere medecurator hem voor stelde om eerst met de crediteuren te overleggen. Deze waren tegen en dus kwam er geen procedure. En zo hoort het ook, want uiteindelijk doet de curator het voor hen! Of die raadpleging al dan niet via een crediteurencommissie moet plaatsvinden, laat ik voor nu in het midden.

## **Conclusie**

Dit artikel bevat het een helder antwoord op de door vraag: wie neemt het besluit om (een kantoorgenoot van) de curator te laten optreden als advocaat voor de boedel? Het is RC die de beslissing moet nemen op de vragen: wordt er een procedure gevoerd door de boedel en zo ja, wie voert hem. De RC zou daarbij moeten beschikken over een procesadvies uitgebracht door een onafhankelijke derde en de mening van de belanghebbende crediteuren. Aldus wordt de schijn voorkomen dat een procedure uitsluitend in het eigen belang van de curator wordt gevoerd. Voor het geval de RC besluit dat (het kantoor van) de curator als advocaat optreedt, dient de RC zich ervan te vergewissen dat ook het besluit om niet te schikken maar de procedure te continueren niet door de curator maar door de RC moet worden genomen. De RC zal dus de procederende curator nauwgezet en kritisch moeten blijven volgen. Ik pleit er daarnaast voor om in sommige gevallen de vergoeding van de curator te korten in verband met het feit dat door het kantoor van de curator voor de boedel gevoerde procedures kansloos zijn verloren. Daar staat dan tegenover dat in die gevallen dat het netto-boedelactief stijgt door een positief resultaat in een procedure, de curator extra beloond zou mogen worden.

Over de auteur: Johan Jol is onder de naam Legal Houdini werkzaam als zelfstandig jurist en opleider, vooral voor financiële instellingen.