Mr. J.B.A. Jansen[1]

De geschiedenis van de curator

TvI 2021/22

Ondanks dat in de loop der tijd het Nederlandse insolventierecht sterk is veranderd en het de afgelopen decennia voornamelijk complexer is geworden, is nog steeds veel terug te zien van de faillissementsprocedure van honderden jaren geleden. Om de positie van de moderne faillissementscurator te kunnen duiden is het interessant deze te plaatsen in historisch perspectief. Wanneer ontstond de functie van de curator en hoe heeft die zich in de loop der tijd ontwikkeld? Waarom worden in Nederland traditiegetrouw voornamelijk advocaten tot curator benoemd? In dit artikel zal worden ingegaan op de historische ontwikkelingen van de benoeming van de curator.

1. Inleiding

Menig advocatenhart gaat op de dinsdag harder kloppen. In de meeste arrondissementen worden die dag de faillissementen uitgesproken en advocaten met een faillissementspraktijk zouden dan wel eens benoemd kunnen worden tot curator in een nieuw faillissement. Als advocaat met een faillissementspraktijk wordt mij geregeld de vraag gesteld waarom toch telkens advocaten tot curator worden benoemd. Niet zelden wordt mij die vraag gesteld door personen uit concurrerende beroepsgroepen, zoals accountants en notarissen, die ook wel open staan voor een lucratieve benoeming. Op dergelijke vragen placht ik het antwoord te geven dat het historisch nu eenmaal zo gegroeid is. Dit antwoord gaf ik echter zonder enig besef van de historische ontwikkelingen van de benoeming van de curator. Waarom worden eigenlijk alleen advocaten tot curator benoemd? En waar komt die gestelde historische ontwikkeling dan vandaan? Mijn promotieonderzoek naar de vraag in hoeverre de Nederlandse werkwijze van de benoeming van de insolventiedeskundige voldoet aan de instructie van art. 26 EU-Herstructureringsrichtlijn, gaf mij aanleiding om eens dieper in de geschiedenis te duiken. Hieronder leest u in het kort wat ik aantrof.

2. Het Romeinse recht

De eerst bekende aanpak van wanbetalers kende een ietwat wrede werkwijze. Tot ongeveer de vierde eeuw voor Christus kon onder het Romeinse recht een schuldenaar, die niet in staat was tijdig de vordering van zijn schuldeiser te betalen, worden gedood of als slaaf worden verkocht.[2] Daarna, in elk geval vanaf de vierde eeuw na Christus, was deze aanpak niet meer toegestaan en veranderde dat in het gedwongen tewerkstellen van de schuldenaar bij zijn schuldeiser totdat op deze wijze de onbetaald gelaten vordering was voldaan. In de Wet der Twaalf Tafelen van ca. 450 v.Chr. stond de executie van de vordering tegen een schuldenaar beschreven.[3]

Deze vorm van executie werd vervolgens steeds meer vervangen door de executie van het vermogen van de schuldenaar. De schuldeiser verzocht hierbij de *praetor* de verlening van een *actio iudicati* (actie op grond van veroordeling). Indien de schuldenaar ten onrechte de gestelde vordering betwistte, kon hij worden veroordeeld tot betaling van het dubbele bedrag van de vordering. Erkende hij de gestelde vordering, dan verleende de praetor *missio in bona*, waarbij de schuldeiser bevoegd was om het vermogen van de schuldenaar veilig te stellen, vergelijkbaar met het huidige conservatoire beslag. Vervolgens werd tijdens de *concursus creditorum*, de samenloop van schuldeisers, een *curator bonorum* benoemd, 'een curator over het vermogen'. De curator bonorum werd benoemd door en met instemming van de meerderheid van de schuldeisers. Het kon één van de schuldeisers zelf zijn, maar dat hoefde niet. In de regel werd om een vrijwilliger verzocht, maar indien nodig kon iemand worden aangewezen.[4] In elk geval werd met deze methode ervoor gekozen om een aangewezen persoon verantwoordelijk te houden voor het beheer en de executie van het vermogen van de niet betalende schuldenaar. Onder het Romeinse recht evolueerde deze insolventieprocedure, maar het uitgangspunt is nog steeds zichtbaar in het huidige insolventierecht.

3. Het oud Hollands recht

Het Nederlandse faillissementsrecht vindt zijn basis minder in het Romeinse, canonieke of Germaanse recht, maar meer in de statuten van enkele Italiaanse handelssteden, zoals Genua en Florence.[5] Al in 1416 beschrijft het statuut van Florence (*Statuta populi et communis Florentiae*) in zeventien hoofdstukken (*Tractatus de cessantibus et fugitivis)* het Florentijnse faillissementsrecht.[6] Dat Italië de bron vormt van ons faillissementsrecht is op zich niet verwonderlijk. Deze regio vormt immers de bakermat van

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: J.B.A. Jansen, 'De geschiedenis van de curator', *TvI* 2021/22. Mr. J.B.A. Jansen is advocaat en partner bij Dommerholt Advocaten N.V. te Apeldoorn en promovendus en docent Insolventierecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. De inhoud van dit artikel maakt onderdeel uit van zijn promotieonderzoek naar de benoeming van de insolventiedeskundige.

2 R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlandse privaatrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1984, nr. 440.

3 Feenstra (1984), nr. 7 en A.J. Noordam, *Schuldsanering en goede trouw,* (diss. VU Amsterdam), Amsterdam, 2007, p. 127.

4 Noordam (2007), p. 132-133, met verwijzing naar andere auteurs.

5 A.C. Holtius, *Het Nederlandsche Faillitenregt, volgens het Derde Boek van het Wetboek van Koophandel, wetenschappelijk verklaard*, Utrecht: C. van der Post 1850, p. 4.

6 Dit blijkt uit Holtius (1878), p.4. De tekst van de originele statuut heb ik zelf echter niet kunnen raadplegen. Zie ook *het Jaarboek van het Koninklijk-Nederlandsche Instituut van Wetenschappen, Letterkunde en Schoone Kunsten voor 1847*, Amsterdam: Johannes Müller 1847, p. 129.

de handel en de rechtskennis. De Italiaanse handelsrechtliteratuur verspreidde zich in de zestiende eeuw steeds meer over Europa. De beginselen van de Italiaanse statuten kunnen worden teruggevonden in de Nederlandse wetgeving onder Karel V en in Duitse en Engelse wetgeving uit dezelfde periode.[7] Het toenmalige faillissementsrecht was meer gericht op lijfstraffen dan op verdeling van het vermogen van de schuldenaar. Slechts enkele grote steden in het toenmalige Nederland kenden eigen wetgeving, vervat in zogenoemde keuren, instructiën, ordonnantiën of plakkaten. Van eenheid in wetgeving en rechtspraak in de toenmalige Nederlanden was derhalve geen sprake. In het Groot Utrechts Placaath I uit 1531 en 1540 treft men regels van Karel V aan over het achterhalen en ter dood brengen van de schuldenaar.[8] De aanwezige wetgeving omtrent het faillissementsrecht betrof voornamelijk het regelen van lijfstraffen en had dus meer een strafrechtelijk karakter. Van een formeel faillissementsproces was dan ook geen sprake. Antwerpen maakte als een van de eerste steden in onze regio gebruik van een soort faillissementsprocedure, beschreven in de Antwerpsche Costumen. Deze Costumen stelden een *Amptman* aan die als functionaris van de stad Antwerpen onder andere zorg diende te dragen voor de belangen van de gezamenlijke crediteuren binnen een faillissement.[9] Wie deze Amptman was, werd geregeld in Titel III van de Antwerpse Costumen. Hij moest in Brabant geboren zijn en door of namens de hertog van Brabant als '*poorter der selver stadt gecommiteert'* zijn. Ook zijn functie stond beschreven:'*De voorgeschreven Amptman is Maende, Ordinaris sequester, ende Executeur van vonnissen tzijnder manissen ghewesen, sonder eenige judicature te hebben.*'[10]

In die periode was de surseance van betaling als zodanig niet geregeld, maar in verschillende steden konden schuldenaren aan de Provinciale Raedt of bepaalde andere gerechtelijke autoriteiten vragen om *brieven van respijt* of *brieven van atterminatie*.[11] In enkele steden dienden de schuldeisers hiervoor voorafgaand instemming te geven. Het verzoek kon worden toegewezen indien naar verwachting de schuldenaar uiteindelijk wel in staat zou zijn (wezenlijk) te betalen, maar hiervoor meer tijd nodig had. In de stad Utrecht kon bijvoorbeeld in 1642 *surscheance* worden verleend voor de duur van twee à drie weken.[12]

Tot 1643 werden faillissementen in de meeste steden afgewikkeld door de schepenen. Elk faillissement werd door de schepenen vanaf 1617 bijgehouden in speciale registers.[13] Als volgende stap naar het Nederlandse faillissementsrecht zoals dat we dat nu kennen, kan de oprichting in Amsterdam van de *Kamer van Desolate Boedels* worden genoemd. Op 30 januari 1627 besloot de Vroedschap in Amsterdam tot de oprichting van deze Desolate Boedelskamer. Hoewel deze kamer slechts voor de stad Amsterdam is opgericht en andere steden hun eigen boedelkamer hadden, is de Amsterdamse boedelskamer belangrijk geweest voor de verdere ontwikkeling van het faillissementsrecht in Nederland.[14] In deze paragraaf zal dan ook enkel aan de Amsterdamse Boedelskamer aandacht worden besteed.

Sinds de oprichting van de Desolate Boedelskamer op 6 november 1643 (16 jaar nadat besloten was tot oprichting van de Kamer) werd haar werkwijze beschreven in verschillende Ordonnanties, waarvan de Recueil van Verscheyde Keuren en Costumen van Rooseboom uit 1643 als de eerste Ordonnantie kan worden beschouwd. Met de aanpassing van de Ordonnantie een jaar later in 1644 werd de Desolate Boedelskamer een gerechtelijk college, aangezien vanaf toen de Kamer mocht oordelen over de preferentie van aangemelde vorderingen. De werkwijze van de Kamer werd in 1656 beschreven in de tweede druk ('*nu merckelijkck vermeerdert en verbetert*') van de Recueil van Verscheyde Keuren en Costumen.[15] De Ordonnantie is daarna nog meermaals aangepast. In 1777 heeft een belangrijke herziening van de regels omtrent de Desolate Boedelskamer plaatsgevonden die vervolgens grotendeels tot aan de Franse periode standhield. De Ordonnantie van 1777 heeft tevens als basis gediend voor het Wetboek van Koophandel-1838.[16]

De Desolate Boedelskamer bestond uit vijf commissarissen, waaronder ten minste twee oud-schepenen, gedeeltelijk uit personen '*zich de koopmanschap verstaende*'[17] en gedeeltelijk uit Rechtsgeleerden. Bij deze laatste groep hoeft niet direct gedacht te worden aan bijvoorbeeld advocaten, maar aan bepaalde personen uit de Amsterdamse regering die de titel '*doctor juris*' droegen, ongeacht of zij kennis van het recht hadden.[18] Waar voorheen de schepenen een faillissementsregister bijhielden, werd dit register voortaan bijgehouden door de Desolate Boedelskamer. Indien een insolvente boedel binnen het ressort Amsterdam kwam te vallen, hetzij bij '*afsterven*' hetzij bij '*faileeren van eenighe personen*', werd direct de boedel door de secretaris van de Kamer samen met twee commissarissen geïnventariseerd en veilig gesteld. Vervolgens werden gedurende een termijn van zes weken de insolvente persoon of '*vrienden van den overleden*' in staat gesteld een regeling te treffen met de schuldeisers. Lukte dat niet, dan benoemden de commissarissen, nadat de schuldeisers daar eerst over waren

7 Holtius (1878), p. 5.
8 Groot Utrechts Placaath I, p. 413, 421.
9 Noordam (2007), p. 143, met verwijzing naar E. Dirix.
10 Rechten, ende Costumen van Antwerpen, p. 10 e.v., https://kulak.kuleuven.be/facult/rechten/Monballyu/Rechtlagelanden/Brabantsrecht/antwerpen/impressa1.html.
11 Noordam (2007), p. 144.
12 Noordam (2007), p. 146.
13 Zie daarvoor bijvoorbeeld het Stadsarchief van de gemeente Amsterdam: https://archief.amsterdam/inventarissen/details/5072/path/1/section/fond.
14 G. Moll, *De desolate Boedelskamer te Amsterdam. Bijdrage tot de kennis van het oud-Hollandsch faillieten-recht* (diss. UvA Amsterdam), Amsterdam: De Roever-Kröber-Bakels 1879, p. 28.
15 G. Rooseboom, Recueil van verscheyde Keuren, en Coustumen; midtsgaders Maniere van Procederen, binne der Stede Amsterdam, Amsterdam: Gerrit Jansz., 1656, Cap. LVIII.
16 Moll (1879), p. 28.
17 Rooseboom (1656), Cap. LVIII, p. 304.
18 Moll (1879), p. 89.

gehoord,[19] '*een of te meer bequame personen […] die als Curateurs, datelijk zullen procedeeren tot verkoopinge van alle de Goederen*'. Was een schuldeiser niet te spreken over het werk van de curator, dan kon over hem worden geklaagd bij de commissarissen van de Kamer.[20]

Wie tot 'Curateur' werd benoemd staat kort beschreven in hoofdstuk 37 van Recueil van Verscheyde Keuren en Costumen: '*Eerstelijk soo wanneer binnen deser Stede, eenige persoonen 't zy Mannen, ofte Vrouwen, gefailieert, ofte desolaet, ende insolvent overleden zijn, soo worden ten versoecke van de gemeene Crediteuren, by Schepenen gecommitteert tot Curateurs, een, ofte meer van de selve Crediteuren, ofte oock anderen, daer toe bequaem wesende* […]'. Aan welke voorwaarden een persoon moest voldoen om als 'bequaem' te kunnen worden beschouwd, was evenwel niet beschreven.

De rol van de curatoren van de Desolate Boedelskamer veranderde ook. Waar in eerste instantie de commissarissen zelf de boedel veiligstelden,[21] werden enige tijd later één of meer *sequesters* en curatoren benoemd. Vanaf de Ordonnantie van 1777 werden eerst, bij voorkeur uit de groep en op advies van schuldeisers, twee of drie sequesters benoemd. Konden onder de aanwezige schuldeisers geen geschikte personen worden gevonden, dan werden twee vaste sequesters aangesteld die in loondienst waren van de Desolate Boedelskamer. Overigens werden zelden sequesters uit de groep schuldeisers gekozen, en dan nog voornamelijk bij grote faillissementen.[22] Na verloop van tijd was het meer regel dan uitzondering dat gekozen werd voor vaste sequesters. De vaste sequesters moesten bij eed verklaren dat '*zy de voorsz. Commissie getrouwelyk, en naar het voorschrift dezer Ordonnantie zullen waarnemen*'.[23] Werd een sequester uit de kring van schuldeisers benoemd, dan behoefde hij echter geen eed af te leggen. Aan de klerken van de Desolate Boedelskamer werd opdracht gegeven om alle goederen van de failliet te inventariseren. Zo men wil, kunnen deze klerken met de huidige faillissementsmedewerkers vergeleken worden. De sequesters waren samen met de schuldenaar verplicht vanaf het moment van failleren toezicht te houden op de geïnventariseerde boedel totdat duidelijk werd of de failliet met zijn schuldeisers een akkoord kon aangaan. Deze eerste fase in het insolventieproces heette *sequestratie*. De sequester was niet zelfstandig, maar enkel gezamenlijk met de schuldenaar bevoegd om over de boedel te beschikken. Dat is niet verwonderlijk, aangezien het in deze fase van de procedure voor de schuldenaar nog mogelijk was een regeling te treffen met zijn schuldeisers en zichzelf zodoende te rehabiliteren. De rol van de sequester was daarmee enigszins vergelijkbaar met die van de bewindvoerder in surseance van betaling. Lukte het de schuldenaar niet om binnen een maand (waar dat voorheen zes weken was) een akkoord aan te gaan met zijn schuldeisers, dan trad de tweede fase in, de fase van insolventie, en werden de sequesters benoemd tot of vervangen door curateuren.[24]

De Ordonnantie schreef voor dat de benoemde sequester ook tot curateur benoemd moest worden, maar men week veelal van deze regel af. Vooral als de sequester uit de groep van schuldeiser afkomstig was, kozen de Commissarissen er vaak voor om na insolventie een curateur te benoemen die in loondienst was van de Desolate Boedelskamer.[25] In bepaalde gevallen werd hiervoor het advies van de schuldeisers ingewonnen. De curateuren werden gekozen uit een groep personen die rechtskennis plachten te hebben en niet werkzaam waren als bedienden voor de Kamer.[26] Ook de vaste curateur diende eerst de eed af te leggen. De curateuren waren bevoegd zelfstandig te beschikken over de boedel.

De sequesters en curateuren die niet in loondienst waren van de Desolate Boedelskamer werden betaald uit de failliete boedel. Hun onkosten kregen ze vergoed, naast de ontvangst van vacatie-gelden.[27] Sequesters en curateuren die in loondienst van de Kamer waren ontvingen salaris. In alle gevallen dienden sequesters en curateuren rekening en verantwoording af te leggen van hetgeen zij in hun hoedanigheid hadden ontvangen. In zijn proefschrift over de Desolate Boedelskamer beschrijft Moll dat het geregeld voorkwam dat sequesters en curateuren een dergelijke rekening en verantwoording niet wensten af te leggen, omdat zij gelden uit de boedel voor zichzelf hadden gebruikt.[28] Dergelijke sequesters of curateuren werden ontslagen zonder uitbetaling van loon of moesten het tekort zelf aan de schuldeisers vergoeden.

4. Code de Commerce

Tijdens de Franse periode (1794-1814) gold voor faillissementen vanaf 1811 het derde Boek van de Code de Commerce. Het derde Boek bestond uit vijf titels: I) De la Faillite, II) De la cession de biens, III) De la revendication, IV) Des banqueroutes en V) De la réhabilitation. De surseance van betaling bestond onder het Franse recht niet. De invoering van de Code de Commerce betekende het einde van de Desolate Boedelskamer op 30 april 1811. De commissarissen kregen van de burgemeester de opdracht om alle lopende faillissementen zo spoedig mogelijk af te wikkelen. Eerst in augustus 1835 werd de commissarissen ontslag aangezegd, maar pas in 1852 waren uiteindelijk alle oude faillissementen afgewikkeld. De niet opgevraagde boedelsaldi van

19 Moll (1879), p. 127.
20 Rooseboom (1656), Cap. LVIII, p. 307.
21 Moll (1879), p. 31.
22 Moll (1879), p. 69.
23 Erven van F. Houttuyn, *Nieuwe Nederlandsche Jaerboeken, of Vervolg der Merkwaerdigste Geschiedenissen die voorgevallen zyn in de Vereenigde Provincien, de Generaliteits Landen en de Volkplantingen van den Staet, Twaelfde deel*, Amsteldam: 1777, p. 295.
24 Nieuwe Nederlandsche Jaerboeken (1777), p. 307.
25 Moll (1879), p. 68.
26 Moll (1879), p. 146.
27 Moll (1879), p. 38.
28 Moll (1879), p. 38.

totaal 1 miljoen gulden kwamen geheel ten goede aan de stad Amsterdam.[29]

De Franse regelgeving maakte onderscheid tussen kooplieden en niet-kooplieden. Onder de Code de Commerce werd, direct nadat het '*Tribunal de Commerce*' in kennis werd gesteld van het faillissement (hetzij door de griffie, hetzij door de schuldenaar zelf, hetzij vanwege algemene bekendheid), bevolen dat een '*juge de paix*' tot verzegeling van de boedel overging.[30] Vervolgens werd een '*juge-commissaire*' en een of meer '*agens de la faillite*' benoemd. Deze laatste kon uit de groep van schuldeisers worden gekozen, maar noodzakelijk was dat niet. Van belang was dat de benoeming de beste waarborg inhield voor een correcte uitoefening van de bijbehorende taak.[31] Het was echter niet mogelijk om binnen één jaar tweemaal tot *agent* benoemd te worden, tenzij het een schuldeiser betrof. De benoemde agent diende een eed af te leggen dat hij '*de hem opgedragen taak getrouw en naarstig zou aannemen*'.[32] De Franse insolventieregeling heeft echter maar relatief kort gegolden.

5. Wetboek van Koophandel – 1838

Na het einde van de Franse periode werd op 1 oktober 1838 het Wetboek van Koophandel (WvK-1838) ingevoerd.[33] Het derde boek daarvan handelt over de '*voorzieningen in geval van onvermogen van kooplieden*'. Het derde Boek bestond uit twee Titels: 'Van faillissement' en 'Van surseance van betaling'. Net als in de Franse periode konden onder het Wetboek van Koophandel-1838 slechts kooplieden en vennootschappen van koophandel failliet worden verklaard.[34] In art 787 WvK-1838 staat vermeld dat het vonnis tot faillietverklaring inhoudt: '[…] *2e. De aanstelling van eenen of meerdere curators, bij voorkeur uit de schuldeischers te kiezen. De griffier of substituten-griffiers kunnen daartoe niet benoemd worden*; […]'. Van Ronkel veronderstelt dat hiermee slechts de (substituut)griffiers van de rechtbank van de woonplaats van de failliet wordt bedoeld.[35] Holtius constateert dat geen reden voor deze uitsluiting is gegeven, maar vermoedt dat de reden ligt in het feit dat de betreffende griffiers nodig waren om de rechter-commissaris bij te staan.[36]

De benoeming van een curator uit de groep van schuldeisers is lange tijd een mogelijkheid geweest, maar evenzeer bediscussieerd. Omdat het wenselijk was dat de meerderheid van de schuldeisers zou instemmen met de benoeming van een bepaalde schuldeiser tot curator, terwijl op dat moment niet telkens duidelijk was wie die schuldeisers zijn, was het eerste bezwaar dat een dergelijke benoeming lastig uit te voeren was. Immers, de groep van schuldeisers moest eerst nog gevonden en bijeengeroepen worden. Intussen moest wel in het belang van de schuldeisers worden gewaakt over het aanwezige actief, zodat de benoeming van een persoon die direct beschikbaar was van belang was. Overigens was het geen wettelijke voorwaarde dat de meerderheid van de schuldeisers met de betreffende benoeming moest instemmen, maar was het meer een gebruik. Een tweede bezwaar betrof het vermoeden dat de meeste schuldeisers niet onpartijdig zouden zijn bij de vervulling van hun taak als curator. Ze hebben immers zelf een persoonlijk belang als schuldeiser: '*zij zijn althans minder onpartijdig en minder goed te vertrouwen in de waarneming der belangen van alle crediteuren, dan derden, die met den schuldenaar zelven niets te maken hebben*'.[37]

Uit het proefschrift van Van Ronkel blijkt dat destijds in de praktijk telkens een advocaat tot curator werd benoemd.[38] Hij adviseert dat het toenmalige Wetboek van Koophandel op dat punt dan ook maar beter aangepast had moeten worden door de mogelijkheid om schuldeisers tot curator te benoemen achterwege te laten. Ook Holtius meldt dat de benoeming tot curator meestal bij advocaten terecht kwam. Als reden daarvoor noemt hij dat in de binnensteden '*waar faillerenden meer winkeliers dan kooplieden zijn*' niet altijd bruikbare personen gevonden konden worden.[39] De groep van schuldeisers waren veelal leveranciers die elders woonden, zodat het ook daarom lastig was een geschikte curator uit hun midden te vinden. Daarom werd meestal gekozen voor '*advocaten en procureurs […], die ten minste bekwaam en bedrijvig zijn, en zich gaarne met desolate boedels plegen in te laten*'.[40] Uit het proefschrift van Tak blijkt dat niet alleen veelal advocaten tot curator werden benoemd, maar: '*Meestal ziet een der jongere advocaten zich met het curatorium belast en slechts in zeldzaam voorkomende gevallen en dan nog steeds met een jurist naast zich, ziet een schuldeischer zich het curatorium opgedragen.*'[41] De afwikkeling van faillissementen onder het Wetboek van Koophandel-1838 leek dus voornamelijk door jonge advocaten te worden gedaan. Tak vermeldt in zijn proefschrift echter niet de bron van zijn constatering.

Op grond van art. 792 WvK-1838 diende de curator, direct na zijn benoeming, ten overstaan van de rechter-commissaris onder ede te verklaren de '*opgedragen last getrouwelijk te zullen waarnemen*'. Van deze eed werd proces-verbaal opgemaakt. Juist omdat, zoals hiervoor al is aangegeven, veelal

29 https://archief.amsterdam/inventarissen/details/5072/path/1/section/fond.
30 G.S.J. van Ronkel, *De curator in het faillissement* (diss. Groningen), Groningen: J.H. Smit 1877, p. 54.
31 Van Ronkel (1877), p. 54.
32 Van Ronkel (1877), p. 55.
33 KB 10 april 1838, *Stb.* 12.
34 Art. 764 WvK-1838.
35 Van Ronkel (1877), p.75.
36 A.C. Holtius, *Het Nederlandsche Faillitenregt, volgens het Derde Boek van het Wetboek van Koophandel, wetenschappelijk verklaard*, Utrecht: C. van der Post 1878, p. 222.
37 Van Ronkel (1877), p. 74.
38 Van Ronkel (1877), p. 75.
39 Holtius (1878), p. 221.
40 Holtius (1878), p. 221.
41 A. Tak, *De rechtsverhouding van den curator in het faillissement* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburg 1889, p. 53. In het exemplaar van dit proefschrift, zoals deze zich in de bibliotheek van de Radboud Universiteit bevindt, heeft een lezer met potlood de toevoeging 'Toen al!' geschreven met paraaf en het jaartal 1963. Kennelijk zich verwonderend dat het gebruik om jonge advocaten tot curator te benoemen niet alleen in 1963 gold, maar ook al in 1889.

advocaten tot curator werden benoemd, zag Van Ronkel hierin een argument om de eedaflegging achterwege te laten. Advocaten hadden immers al bij hun beëdiging de eed afgelegd.[42] De Kanter gaf tijdens de beraadslaging van de Tweede Kamer op 19 april 1893[43] ten behoeve van de in de volgende paragraaf te bespreken nieuwe Faillissementswet, een beschrijving van de eedaflegging onder het WvK-1838: '*Na afloop van de terechtzitting waarin het faillissement is uitgesproken, ziet men de benoemde curatoren even loopen naar de tafel waar de rechtbank zit; men ziet een paar maal de twee voorste vingers van de rechterhand opsteken en hoort even dikwijls het formulier aframmelen; ja, wanneer één curator toevallig in twee of drie kleine faillissementen is benoemd, hoort men denzelfden persoon voor elk faillissement eens zweren.*' De Kanter voegde daaraan toe dat de toepassing van dit artikel hem altijd al tegen de borst heeft gestuit en wenst '*dat deze parodie op den eed verdwijne*'.

Kennelijk bestond onder vigeur van het Wetboek van Koophandel-1838 de mogelijkheid dat iemand tot curator werd benoemd zonder dat hij daarover vooraf in kennis werd gesteld. Holtius schreef dat de curator in kennis werd gesteld van zijn benoeming doordat de griffier een grosse van het vonnis naar het huisadres van de curator stuurde.[44] Indien de curator de benoeming niet wenste te aanvaarden moest hij de rechtbank verzoeken om hem te ontslaan, maar benoemd was hij kennelijk wel. Bleef een verzoek om hem weer te ontslaan uit, dan werd de curator geacht in zijn benoeming te hebben berust. Zou hij geen uitvoering aan de benoeming geven, dan zou hij aansprakelijk kunnen zijn voor nalatigheid. Wettelijk was er echter geen verplichting tot aanneming van de benoeming voorgeschreven. Holtius meende ook dat curatoren gerechtigd waren om de aanneming en de eedaflegging zonder opgave van redenen te weigeren.

Holtius wordt hierin bevestigd door een uitspraak van rechtbank Assen van 19 februari 1849.[45] In deze kwestie was de Assense advocaat mr. Tonckens door de rechtbank tot curator benoemd in de onbeheerde nalatenschap van wijlen mw. Onker. De curator gaf kennelijk geen uitvoering aan zijn benoeming, waarna hij werd gedagvaard door mw. Beukelaar die afgifte van enkele zaken vorderde. In deze procedure verscheen de curator evenmin, maar de rechtbank bepaalde in het verstekvonnis dat, ondanks dat de benoeming van de curator op formeel juiste wijze had plaatsgevonden, de benoeming niet door hem was aanvaard en die aanvaarding ook niet als 'daadzaak' kon worden aangenomen. Zolang niet anders was gebleken kon mr. Tonckens niet als curator worden aangesproken en aldus werd de tegen hem gerichte vordering tot afgifte afgewezen.

42 Van Ronkel (1877), p. 77.
43 Van der Feltz I, p. 12.
44 Holtius (1878), p. 244-245.
45 Rb. Assen 19 februari 1849, Regtsgeleerd Bijblad, deel 2, Amsterdam: Müller 1852, p. 267-268.

De tweede titel van het Wetboek van Koophandel-1838 regelde de surseance van betaling. De surseance was alleen bedoeld voor kooplieden die als gevolg van buitengewone omstandigheden, zoals oorlog of natuurrampen, tijdelijk buiten staat geraakt waren om te betalen.[46] Eerst diende de schuldenaar zich te wenden tot de rechtbank van zijn woonplaats om aldaar om voorlopige surseance te verzoeken.[47] De daarop volgende definitieve surseance werd alleen door de Hoge Raad verleend.[48]

In art. 905 WvK-1838 werd de benoeming van de bewindvoerder in surseance van betaling geregeld: '*Ten bepaalde dage worden de opgekomen schuldeischers door de regtbank op het gedaan verzoek gehoord, en onmiddellijk twee of meerdere personen, bij voorkeur uit de voornaamste schuldeischers, door de regtbank benoemd, ten einde met en benevens den schuldenaar het beheer over zijne zaken te voeren.*'

De rechtbank benoemde dus minimaal twee bewindvoerders en wel uit de kring van schuldeisers. De bewindvoerders waren alleen bevoegd om over de schuldenaar en de boedel toezicht te houden. Ze waren niet bevoegd om (zelfstandig) tot verkoop van boedelbestanddelen over te gaan.[49]

6. Faillissementswet

In de jaren dat het Wetboek van Koophandel-1838 in Nederland van toepassing was. zijn de faillissementsrechtelijke bepalingen daarin niet veranderd. De onveranderde wettekst leidde tot steeds meer klachten met betrekking tot de faillissementskosten en de hoeveelheid formaliteiten.[50] De rechtspraak was nodig om de vele onduidelijkheden in de wet aan te vullen of te verhelderen. Op 22 november 1879 werd een Staatscommissie onder leiding van Minister van Justitie mr. A.E.J. Modderman ingesteld, teneinde advies uit te brengen over het wijzigen van het Wetboek van Koophandel-1838.[51] De wetgever koos er niet voor om het Wetboek van Koophandel-1838 aan te passen, maar om een geheel nieuwe wet te schrijven: de huidige Faillissementswet. Deze keuze was het gevolg van de wens dat voortaan ook niet-kooplieden failliet verklaard zouden moeten kunnen worden.[52] Een plaats in het Wetboek van Koophandel was daarom niet meer voor de hand liggend. De nieuwe Faillissementswet is uiteindelijk op 1 september 1896 in werking getreden. Verwijzend naar de Amsterdamse Ordonnantie op de Desolate Boedelskamer keerde de regering met de Faillissementswet terug naar het uitgangspunt dat eenieder failliet verklaard kan worden, althans dat er geen onderscheid meer werd gemaakt tussen kooplieden en niet-kooplieden.[53]

46 Art. 900 WvK-1838.
47 Art. 902 WvK-1838.
48 Art. 901 WvK-1838.
49 Holtius (1878), p. 573 e.v.
50 Van der Feltz I, p. 7.
51 Van der Feltz I, p. III en 5.
52 Van der Feltz I, p. 16.
53 Van der Feltz I, p. 28.

Ten aanzien van de benoeming van de curator regelt de Faillissementswet inhoudelijk niet veel. Art. 14 Fw bepaalt dat het vonnis van de faillietverklaring inhoudt de benoeming van een van de leden van de rechtbank tot rechter-commissaris en de aanstelling van één of meer curatoren. Uit de toelichting bij deze bepaling en art. 13 Fw blijkt dat het de bedoeling zou blijven dat de aanstelling van de curator aan de rechtbank overgelaten werd. '*De wenschelijkheid werd hierbij echter algemeen betoogd, dat voortaan die aanstelling bij de rechtbanken op onpartijdige wijze zou geschieden,* [...].'[54] Van dat laatste was echter niet iedereen overtuigd, zoals blijkt uit het vervolg van het hiervoor aangehaald citaat: '[...] *hetgeen thans bij sommige dier colleges niet het geval is – een misbruik, waartegen door het opnemen van wettelijke bepalingen niet te waken is.*' Mr. L.S. Boas geeft in 1891 in *Themis* een beknopte weergave van de verschillende wijzen waarop de afzonderlijke rechtbanken op even diverse wijzen omgingen met de benoeming van de curator:[55] '*Omtrent de benoeming tot curator laat het ontwerp de meest mogelijke vrijheid aan de rechterlijke colleges. Bekend is het dat thans te dien aanzien verschillende stelsels gehuldigd worden. Sommige Rechtbanken benoemen, om eenigzins te voldoen aan art. 787, 2e W.v.K., tot curator den procureur die het verzoek indient, waardoor het wel eens gebeurd is dat een debiteur niet failliet verklaard kon worden, omdat geen der practizijns, met het oog op het zeer kleine actief, lust gevoelde de betrekking van curator in dat faillissement op zich te nemen. Weer andere Rechtbanken doen juist het omgekeerde en benoemen nooit den aanvrager. Somtijds wordt acht geslagen op een aanbeveling van den aanvrager (wanneer daartoe gronden bestaan), somtijds ook weer is de aanbeveling het beste middel om den aanbevolene niet te doen benoemen. Gewezen Rechters van instructie geven dikwijls den voorkeur aan de waarnemende Griffiers die met hen gewerkt hebben; anderen gaan dezulken juist voorbij. Er zijn Rechtbanken waar de benoemingen geheel willekeurig geschieden, zoodat men somtijds eenige jaren geheel van zoodanige commissies verschoond blijft, en dan weer als 't ware overstelpt, en de verdeeling zeer* ongelijk geschiedt, terwijl eindelijk andere Rechtbanken den rooster volgen, en elk op zijn beurt tot curator wordt benoemd.'

Tijdens de bespreking van het voorstel voor de nieuwe Faillissementswet is door enkele leden van de Tweede Kamer ook geopperd om telkens twee curatoren te benoemen, waarvan één curator door de schuldeisers gekozen zou moeten worden.[56] De hogere kosten die hierdoor zouden ontstaan, zouden evenwel niet opwegen tegen de voordelen, en het toezicht van de schuldeisers op de curator zou hierdoor te veel toenemen. Uiteindelijk vond de wetgever dat de benoeming van telkens twee curator niet verplicht voorgeschreven diende te worden, mede door het feit dat bij kleine faillissementen dergelijke dubbele benoemingen '*zonder eenig nut, slechts tot overlast, omslag en kosten leiden*'.[57]

Tot in het begin van de jaren 90 van de vorige eeuw was het gebruikelijk om een advocaat-stagiair direct bij de beediging te benoemen tot curator in een faillissement. De beëdigingszittingen vonden vaak plaats voorafgaand aan de faillissementszitting, zodat de rechter die een faillissement uitsprak kon putten uit een nieuwe groep curatoren die hij voorafgaand aan de zitting tot advocaat en procureur had beëdigd.

Vanaf het midden van de jaren 90 werden mondjesmaat door rechtbanken meer eisen gesteld aan curatoren alvorens benoembaar te zijn. Als advocaat-stagiair diende je in elk geval de voortgezette stagiair-opleiding (VSO) Faillissementsrecht gevolgd te hebben. Het hebben van ervaring in dit rechtsgebied was echter in het begin nog steeds geen voorwaarde.

Sindsdien zijn er wel wat geschreven en ongeschreven voorwaarden om benoembaar te zijn bijgekomen. De moderne Faillissementswet geeft echter tot op heden geen nadere regels omtrent de voorwaarden waaronder personen tot insolventiefunctionaris, zoals curator of bewindvoerder, kunnen worden benoemd. Dergelijke regels kunnen onder andere wel gevonden worden in regionale beleidsregels van rechtbanken of in de Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling.[58] Maar desalniettemin zijn de wijze waarop curatoren worden benoemd en de criteria waaraan voldaan moet zijn om benoembaar te zijn, minimaal geregeld. Of Nederland daarmee voldoet aan de instructie van art. 26 EU-Herstructureringsrichtlijn is de vraag. Een vraag die ik echter in deze bijdrage onbeantwoord laat.

54 Van der Fletz I, p. 324.
55 L.S. Boas, 'Algemeene rechtsgeleerdheid, Het ontwerp-wet op het faillissement en de surseance van betaling', *Themis* 1981, 52e deel, nr. 1, p. 599.
56 Van der Feltz I, p. 325.
57 Idem.
58 https://www.rechtspraak.nl/sitecollectiondocuments/benoemingenbeleid.pdf.