

Tilburg University

Vernieuwing in de nevelige relatie curator-rechtbank

Vriesendorp, R.D.

Published in:
Sociaal Recht

Publication date:
2011

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Vriesendorp, R. D. (2011). Vernieuwing in de nevelige relatie curator-rechtbank: Van onduidelijke opdrachtnemer tot flexibele oproepkracht? In W. G. M. Plessen, J. van Drongelen, & F. H. R. Hendrickx (Eds.), *Sociaal Recht: Tussen behoud en vernieuwing - Liber Amicorum Prof. dr. Antoine Jacobs* (pp. 303-315). Uitgeverij Paris.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Vernieuwing in de nevelige relatie curator–rechtbank: van onduidelijke opdrachtnemer tot flexibele oproepkracht?

R.D. Vriesendorp*

1. Inleiding

De relatie tussen rechtbanken en hun faillissementscuratoren staat weer geregeld in de belangstelling.¹ Soms doen curatoren het niet goed in de ogen van de schuldenaar, van de schuldeisers, van de werknemers, van aangesproken bestuurders; in andere gevallen staan zij in de vuurlinie van hun eigen toezichthouder, de rechter-commissaris, of de rechtbank. Er zijn verschillende wegen waarlangs dat onbehagen kan worden geleid om tot verbeteringen te komen. Zo kunnen schuldeisers en de gefailleerde schuldenaar zich over het beheer door de curator beklagen bij de r-c (art. 69 Fw). De werknemers of aangesproken bestuurders hebben deze mogelijkheid niet, maar kunnen de r-c altijd informeel benaderen. Dit kan de r-c prikkelen om uit hoofde van zijn wettelijke toezichtstaak (art. 64 Fw) de curator ambtshalve om uitleg en toelichting te vragen. De rechtbank kan de curator in voorkomend geval zelfs ontslaan (art. 73 Fw). Bij dit laatste begint het hart van de arbeidsrechtjurist al gauw sneller te kloppen: hoe, wanneer en waarom kan de curator worden ontslagen?

Een antwoord op deze vraag verlangt inzicht in de rechtsverhouding tussen degene die ontslaat, de rechtbank, en degene aan wie het ontslag wordt aangezegd, de curator. Hierover is in de Faillissementswet echter niet veel te vinden; in andere insolventierechtelijke regelingen evenmin. In de praktijk is de curator meestal advocaat die – in loondienst of als vrij ondernemer – desgevraagd de aanstelling tot curator door de rechtbank (art. 14 Fw) aanvaardt. Aangezien de wet geen enkele eis stelt aan het curatorschap, is de curator ook niet makkelijk te duiden: in metaforen komt het dierenrijk (octopus², kameleon³) of de verkeersagent⁴ om de hoek kijken om de veelzijdigheid – en daarmee mogelijk ook de ongrijpbaarheid – van de curator te demonstreren. Blijkens de Memorie van Toelichting bij de Faillissementswet gaat deze wet uit van de gedachte dat de curator zowel de schuldenaar als de schuldeisers vertegenwoordigt.⁵ Dit zou wijzen op een rechtsverhouding tussen de curator enerzijds en de schuldeisers en/of de schuldenaar anderzijds. Van een

* Prof. mr R.D. Vriesendorp is hoogleraar Privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg (TISCO/Insolventure) en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof te Amsterdam.

¹ Zie Vr. Rb. Den Haag 18 maart 2010, *LJN* BL8063; R.D. Vriesendorp, “De curator en de rechter: soms net (geen) egeltjes”, *Tvl* 2010, 12; A. van Hees, *Tvl* 2010, 25; Vr. Rb. Den Haag 20 januari 2011, *LJN* BP1492.

² Treffend geïllustreerd in de titel van de eerste lustrumbundel van Insolad: *De curator, een octopus*, Deventer 1996.

³ Zie A.T.J.M. Jacobs en R.D. Vriesendorp, “Fokker-curatoren in de rechtszaal; meer kameleon dan octopus”, *Tvl* 2000/1, p. 40 en S.H. de Ranitz, “Perverse prikkels, curatoren en de goede procesorde”, *Tvl* 2008, 42.

⁴ Zie A.T.J.M. Jacobs en R.D. Vriesendorp, *t.a.p.*, W. Aerts, “De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude”, *Tvl* 2005, 3 en A.J. Verdaas, “Beloning van curatoren en bonuscultuur”, *Tvl* 2009, 30.

⁵ G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet I* (1896), p. 371.

ontslagbevoegdheid voor de een of de ander is echter geen sprake.⁶ In de literatuur wordt ter verklaring van de rechtspositie van de curator door sommigen een parallel gelegd met de rechtspersoon waarvan hij dan een orgaan zou zijn en door anderen gewicht toegekend aan het staatsgezag dat de curator met zijn functie uitoefent.⁷ Hieruit valt kortom geen ondubbelzinnige typering van de rechtspositie van de curator te destilleren. Verstijlen laat daarom in zijn dissertatie over de faillissementscurator zien dat de vraag naar de rechtspositie van de curator op zichzelf geen oplossend vermogen heeft, maar wel dienstbaar kan zijn om het samenstel van rechtsverhoudingen binnen faillissement inzichtelijk te maken.⁸ Over diens ontslag rept hij overigens niet. Voor de deze kwestie wil ik daarom een stap verder gaan en de stelling verdedigen dat het voor de beantwoording daarvan eigenlijk onontbeerlijk is om vast te stellen welke rechtspositie de curator inneemt ten opzichte van de rechtbank c.q. de r-c. Deze rechtsbetrekking, tussen curator enerzijds en rechtbank/r-c anderzijds, is namelijk onderbelicht gebleven en daarmee in nevelen gehuld in de discussie in de literatuur omtrent de rechtspositie van de curator, omdat die zich vooral heeft toegespitst op diens relatie tot de schuldenaar en de schuldeisers.

Met het oog op deze bundel en de persoon aan wiens rechtsverhouding tot de universiteit een einde komt, wil ik voor deze bijdrage de vraag opwerpen hoe nu de rechtsverhouding tussen curator en rechtbank c.q. r-c zou kunnen worden gekwalificeerd/getypeerd en wat dat betekent voor de beëindiging daarvan. Hiertoe werk ik in deze bijdrage drie mogelijke kwalificaties van die rechtsverhouding uit met de bedoeling om enig houvast te bieden bij de invulling van de rechten en verplichtingen van de curator: een rechtsverhouding 'sui generis', een opdrachtverhouding of een (flexibele) arbeidsrelatie (§ 3). Om dit zinvol te kunnen doen geef ik in § 2 eerst kort aan hoe de curator zich verhoudt tot de verschillende betrokkenen bij een faillissement. Ik sluit in § 4 af met een slotbeschouwing.

2. De curator en de verschillende betrokkenen in het faillissement

Waar de curator primair gezien wordt als de behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (a), bevat de (Faillissements)wet diverse bepalingen die in hun belang zijn geschreven. Rechten en verplichtingen heeft de curator ook tegenover de gefailleerde schuldenaar en – bij rechtspersonen – bestuurders en commissarissen (b). Bij ondernemingen komen daar voorts werknemers en medezeggenschapsorganen (c) bij. Ten slotte heeft de curator te maken met de rechtbank die hem aanstelt en de r-c die op hem toezicht houdt (d).⁹

a. De curator ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers en wederpartijen

Ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers heeft de curator een vergaande, zelfstandige positie. Behoudens ingeval zij separatist zijn (art. 57 Fw) hebben zij door de faillietverklaring hun individuele

⁶ Op verzoek van een of meer schuldeisers kan hooguit geprobeerd worden om een ontslagprocedure door de rechtbank in gang te zetten (art. 73 lid 1 Fw).

⁷ Zie voor een (literatuur)overzicht F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. KUB 1998), hfdst. VI.2 en B. Wessels, *Insolventierecht IV*, § III.4; vgl. omtrent het staatsgezag recent J.C. van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten* (diss. UvT 2009), § 7.6.2; vgl. EHRM 14 januari 2010, appl. nr. 54522/00 (Kotov v. Rusland).

⁸ F.M.J. Verstijlen, *o.c.*, hfdst. XII (p. 201); zie ook hfdst. VI.

⁹ De rechtsverhoudingen die de curator in de uitoefening van zijn functie aangaat (zoals koop-/verkoopovereenkomsten, verzekeringen, taxaties, bankrekeningen, boedelkredieten etc.) laat ik hier verder buiten beschouwing. Deze zijn niet specifiek aan het curatorschap verbonden.

verhaalsmogelijkheden verloren (art. 33 Fw); hiervoor is de collectieve faillissementsprocedure in de plaats gekomen. Toch zijn zij niet geheel machteloos: met de speciale rechtsgang van artikel 69 Fw hebben zij een eenvoudige correctiemogelijkheid op het gedrag van de curator.¹⁰ Bovendien hebben zij in het systeem van de wet verscheidene mogelijkheden om de tussenkomst van een rechter in te roepen (verificatievergadering; verzet tegen (slot)uitdelingslijst). In de praktijk moet echter niet te veel van deze mogelijkheden worden verwacht door het grote aantal opheffers van faillissementen (art. 16 Fw), waarin die ontbreken.¹¹

In de richting van wederpartijen van de gefailleerde lijkt op het eerste gezicht niet veel te veranderen: het faillissement oefent geen invloed uit op het bestaan van de overeenkomst,¹² terwijl het faillissement op zichzelf – zonder daartoe strekkende bepaling in de overeenkomst – niet automatisch tot beëindiging daarvan leidt (art. 37 Fw). Bij nader inzien hoeft de curator de verplichtingen van de gefailleerde gericht op voldoening uit de boedel echter niet na te komen en kan hij de wederpartij melden dat deze haar vordering in het faillissement indient en haar zo nodig verwijzen naar de verificatieprocedure (art. 26 Fw).

b. De curator ten opzichte van de schuldenaar

De schuldenaar heeft een vergelijkbare mogelijkheid om het beheer door de curator aan de rechter voor te leggen op grond van artikel 69 Fw. Voor het overige heeft hij vooral verplichtingen ten opzichte van de curator. Zo moet hij meewerken aan het onderzoek naar de oorzaken van het faillissement; kan hij gehoord worden (art. 105 Fw); moet hij dulden dat de curator zijn woning betreedt (art. 93a Fw); zijn post opent (art. 99 Fw) en zijn vermogen te gelde maakt (art. 68 j° 101/176 Fw).

Indien de gefailleerde een rechtspersoon is, ontstaat een enigszins onoverzichtelijke situatie: de curator treedt niet in de rechtspersoonlijke bevoegdheden van het bestuur, maar oefent bij uitsluiting wel alle vermogensrechtelijke bevoegdheden uit. Hoewel de bestuurders door het faillissement van de rechtspersoon zelf niet gefailleerd zijn, rust op hen wel de verplichting om desgevraagd inlichtingen te verstrekken (art. 106 Fw). Daarnaast lopen zij het risico het tekort in het faillissement te moeten aanvullen, indien het faillissement veroorzaakt is door een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur (art. 2:138/248 BW).

c. De curator ten opzichte van de werknemers en medezeggenschap

Hoewel werknemers in beginsel geen aparte positie ten opzichte van de curator innemen, bevat de Faillissementswet wel een bijzondere bevoegdheid voor de curator om op relatief eenvoudige wijze de arbeidsovereenkomst met hen te beëindigen. In tegenstelling tot de vergaande ontslagbescherming buiten faillissement, kan de curator volstaan met een maximale – doch meestal kortere – opzegtermijn van zes weken (art. 40 Fw). Hiertoe behoeft hij geen toestemming van het UWV (art. 6 BBA), maar slechts de machtiging van de r-c, die in de praktijk meestal automatisch wordt gegeven. Van de formele beroepsmogelijkheid die de wetgever aan het begin van deze eeuw aan de ontslagen werknemer heeft toegekend in artikel 67 lid 2 Fw wordt nauwelijks gebruikgemaakt

¹⁰ G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet II* (1897), p. 8-9.

¹¹ Vgl. G. van Dijck, R.D. Vriesendorp, D.C.M.H. Vielvoye, "Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels", *Tvl* 2008, 33.

¹² Zie reeds de MvT op art. 37 Fw, G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet I* (1896), p. 409 en HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, *Ars Aequi* 2007/3 (Nebula).

en deze heeft bij mijn weten in de praktijk in ieder geval nog nooit tot succes geleid. Voor een werknemer is een ontslag door de curator soms extra vervelend, omdat hij dan geen recht heeft op eventuele afvloeiingsregelingen¹³ en bij een doorstart de bescherming van artikel 7:662 e.v. BW ontbeert (art. 7:666 BW).

De medezeggenschapsverplichtingen van een ondernemer onder de WOR komen op zichzelf niet van rechtswege te vervallen door een faillissement. Weliswaar is het besluit om een voorlopige surseance van betaling aan te vragen niet aangemerkt als een adviesplichtig besluit in de zin van art. 25 lid 1 sub e WOR¹⁴ en lijkt dit a fortiori te gelden voor de eigen faillissementsaanvraag, maar als de curator besluit de onderneming voort te zetten, zie ik geen reden om hem van de WOR-verplichtingen te ontheffen. Hooguit kunnen de feitelijke omstandigheden in het faillissement meebrengen dat de bewegingsruimte van de curator groter is.

d. De curator ten opzichte van de rechtbank en de r-c

Met betrekking tot de rechtsverhouding van de curator ten opzichte van de rechtbank en de r-c behelst de Faillissementswet tal van bepalingen waarin aan de curator rechten en verplichtingen zijn opgelegd. Zo bevat de wet de grondslag voor de aanstelling van de curator door de rechtbank (art. 14 Fw) en diens ontslag (art. 73 Fw). Verder wordt aan de rechtbank de vaststelling van de beloning opgedragen (art. 71 en 16 Fw) en moet bij haar het periodieke faillissementsverslag worden gedeponereerd (art. 73a Fw). Voor het overige opereert de rechtbank op afstand als appelrechter van beslissingen van de r-c (art. 67 Fw).

De r-c is de andere partij die door de faillietverklaring in beeld komt. Op hem rust de taak toezicht uit te oefenen op het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator (art. 64 Fw). Deze algemene taakomschrijving kent een groot aantal meer concrete invullingen daarvan in de afzonderlijke bepalingen van de Faillissementswet.¹⁵ Bijzonder is overigens dat de r-c degene is ten overstaan van wie de curator rekening en verantwoording moet afleggen over het door hem gevoerde beheer (art. 193 lid 2 Fw). Hoewel dit uit praktisch oogpunt te begrijpen is, zou het meer voor de hand hebben gelegen dat de curator dat doet ten overstaan van hetzij de gezamenlijke schuldeisers, hetzij de schuldenaar. Het is immers de laatste wiens vermogen door de curator is beheerd en vereffend ter bevrediging van de eerste. Verder is de curator gehouden om bevelen die de r-c in het kader van diens beheerstoelicht (art. 69 Fw) op te volgen. Voor dit toezicht is een adequate informatievoorziening van de r-c door de curator – onder meer langs de weg van het periodieke faillissementsverslag ex artikel 73a Fw – onontbeerlijk. In de praktijk hanteren rechtbanken dit instrument om voortvarendheid bij de afwikkeling van faillissementen door curatoren te bevorderen.¹⁶

3. Drie mogelijke kwalificaties van de rechtsverhouding curator-rechtbank

Na bovenstaande positiebepaling van de curator ten opzichte van de verschillende hoofdrolspelers in faillissement richt ik mij nu vooral op de zojuist kort aangestipte rechtsverhouding tussen rechtbank

¹³ HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662 (Van der Kooi/Curatoren Van Gelder).

¹⁴ HR 6 juni 2001, NJ 2001, 477 (YVC IJsselwerf).

¹⁵ Zie o.m. art. 34, 39, 30, 41 lid 2, 58, 60, 60a, 93a, 98, 101 jo. 176, 102, 104, 176, 180 Fw.

¹⁶ Zie bijv. de lokale Recofa-richtlijn (te vinden op www.rechtspraak.nl) bij de afzonderlijke rechtbanken onder de rubriek 'voor juristen'), zoals bijv. Zwolle-Lelystad en Den Haag.

c.q. r-c en curator. Duiding van deze rechtspositie is van belang om een antwoord te kunnen geven op vragen die rijzen welke niet direct door wettelijke bepalingen worden opgelost. In dit verband valt te denken aan de kwestie hoe men als potentiële curator bij de rechtbank in beeld komt en op de ‘curatorenlijst’ wordt geplaatst en welke consequenties dit vervolgens heeft; hierover zwijgt de wet.¹⁷ Hetzelfde geldt voor de wijze waarop de aanstelling van een curator in een concreet geval gebeurt, de mogelijkheid om aanwijzingen te geven en aldus inhoud te geven aan de wijze van uitvoering van de aanstelling, de bewaking van de deskundigheid en (on)afhankelijkheid van de curator (mede met het oog op toekomstige aanstellingen) en meer in het algemeen de beoordeling van de kwaliteit en het functioneren van een curator en ten slotte de invloed van de zogenaamde ‘negatieve boedels’ waardoor er geregeld geen adequate beloning voor de curator beschikbaar is. Nu de wet geen regels bevat ter beantwoording van bovenstaande kwesties is het zinvol op zoek te gaan naar civielrechtelijke leerstukken die – al dan niet naar analogie – voor de oplossing daarvan gebruikt zouden kunnen worden. Hiertoe zijn verschillende kwalificaties van die wat nevelige rechtsverhouding tussen curator en rechtbank/r-c denkbaar.

De eerste is de zogenaamde ‘sui generis’ benadering, waarbij de rechtsverhouding wordt getypeerd als een van geheel eigen aard. Een tweede mogelijkheid is om aan te sluiten bij de privaatrechtelijke regels van opdracht (titel 7.7 BW). In het licht van de belangstelling van degene aan wie de onderhavige bundel wordt aangeboden valt ten slotte te onderzoeken in hoeverre de rechtsverhouding trekken vertoont van de arbeidsrelatie en dusdoende onder titel 7.10 BW zou kunnen vallen of vergeleken kan worden met een van haar andere flexibele verschijningsvormen, zoals de oproepkracht.

a. De ‘sui generis’ benadering

De ‘sui generis’ benadering lijkt het meest voor de hand te liggen. De typische rechtsfiguur van het faillissement is zo uniek, dat aansluiting bij andere rechtsfiguren en leerstukken onmogelijk lijkt. In deze benadering moet de verhouding van de curator ten opzichte van de andere betrokkenen vooral worden geduid op basis van de Faillissementswet en eventuele andere relevante regelgeving. Hierbij valt te denken aan Verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures (IVO), die immers rechtstreeks van toepassing is op ieder faillissement in Nederland voor zover dat valt binnen haar materiële toepassingsbereik (art. 1 IVO).

In de Faillissementswet is de hoofdtaak van de curator omschreven in artikel 68 Fw: hij oefent het beheer en de vereffening van de boedel uit, dat wil zeggen het vermogen van de gefailleerde schuldenaar. In dit kader zijn hem door de Faillissementswet verschillende bevoegdheden toegekend en moet hij bepaalde verplichtingen nakomen. In de relatie tussen curator en rechtbank komen dan bij een specifiek faillissement de hierboven reeds genoemde kwesties van de aanstelling, de salarisvaststelling en de mogelijkheid tot ontslag in beeld.

Voor het overige kan het gedrag van de curator in deze benadering getoetst worden aan hetgeen zich in de beroepsgroep van curatoren als gangbare praktijk heeft ontwikkeld. Hier zijn regels en normen gevormd – meestal aanvullend op, maar soms ook afwijkend van (termijnen) de wettelijke

¹⁷ De Recofa-richtlijnen zwijgen hierover, art. 1.2 gaat slechts over een mogelijk tegenstrijdig belang. Wel hebben sommige (maar niet alle!) rechtbanken lokale richtlijnen uitgevaardigd die enige – overigens van elkaar afwijkende – procedures bevatten (te vinden op www.rechtspraak.nl bij de afzonderlijke rechtbanken onder de rubriek ‘voor juristen’ en ‘regelingen’), zoals bijv. Den Bosch, Den Haag en Zwolle-Lelystad.

regels – die het gedrag van de curator beïnvloeden of dat althans beogen te doen. In dit verband valt te denken aan de Praktijkregels van Insolad, ook al is dit geen ‘curatorenvereniging’, maar slechts een specialisatievereniging binnen de Nederlandse Orde van Advocaten.¹⁸ Voorts noem ik de zogenaamde Recofa-richtlijnen die zijn ontwikkeld door de Recofa (een werkgroep van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak die fungeert als landelijk overlegorgaan van Rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling), in samenspraak met de Nederlandse Orde van Advocaten en Insolad. De Recofa-richtlijnen zijn vervolgens weer – verschillend – uitgewerkt in de lokale richtlijnen van de afzonderlijke rechtbanken.¹⁹ Ten slotte wordt het gedrag van de curator beïnvloed door de opvattingen over de invulling van het toezicht door de – regelmatig elkaar opvolgende – individuele r-c’s.

Voor de vraag of een curator voor zijn gedrag civielrechtelijk in privé aansprakelijk is, geldt de zogenaamde Maclou-norm op grond waarvan een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.²⁰ In de jurisprudentie is deze aansprakelijkheid vooral ingeroepen door derden-rechthebbenden (zoals leveranciers onder eigendomsvoorbehoud²¹, lessors²², pandhouders²³ e.d.) wier rechten door de curator zijn geschonden, zij het meestal zonder succes. In de verhouding tot de rechtbank en de r-c q.q. heeft zich de vraag naar mogelijke privé aansprakelijkheid van de curator niet voorgedaan; ik vind haar ook moeilijk voorstelbaar.

De relatie tussen de curator en de rechtbank/r-c wordt in de ‘sui generis’ benadering niet echt verhelderd. Enkel daar waar specifieke bepalingen zijn opgenomen, is er in deze benaderingswijze houvast. Analoge toepassing biedt hierbij geen structurele oplossing. De typering van de ‘sui generis’ benadering voegt hier niets aan toe: hoewel het ‘etiket’ als zodanig niet verkeerd is en mogelijk zelfs klopt, is het nietszeggend en biedt het weinig houvast voor duiding van de hierboven kort aangestipte rechten en plichten. Het zijn de wettelijke regels (Fw/IVO) enerzijds en de uitwerking daarvan in de praktijk (via Recofa-richtlijnen etc. en (Insolad) praktijkregels) anderzijds die richting geven aan het gedrag en de positie van de curator.

b. De curator als opdrachtnemer

Aangezien de ‘sui generis’ benadering niet echt verder helpt om de niet in de wet geregelde kwesties op te lossen, heb ik eerder de rechtsverhouding tussen rechtbank en curator vergeleken met de overeenkomst van opdracht.²⁴ De totstandkoming van de opdracht is in beginsel vormvrij.²⁵ Door de aanstelling tot curator (stilzwijgend of uitdrukkelijk) te aanvaarden komt deze overeenkomst tot stand. Typering van de relatie rechtbank-curator als een van opdrachtgever en -nemer brengt mee

¹⁸ Te vinden op <http://www.insolad.nl/praktijkregels>.

¹⁹ Te vinden op www.rechtspraak.nl bij sommige van de afzonderlijke rechtbanken onder de rubriek ‘voor juristen’ en ‘regelingen’.

²⁰ Ontleend aan HR 19 april 1996, NJ 727 (Maclou & Prouvost/Curatoren Van Schuppen), r.o. 3.6.

²¹ HR 19 april 1996, NJ 727 (Maclou & Prouvost/Curatoren Van Schuppen), Hof Leeuwarden 3 maart 2009, L/N BH5277.

²² HR 19 december 2003, NJ 2004, 293 (Curatoren Mobell/Interplan).

²³ Hof Amsterdam 8 mei 1998, JOR 1999/13 (Stigter/Tanger q.q.).

²⁴ R.D. Vriesendorp, “De curator en de rechter: soms net (geen) egeltjes”, *TvI* 2010, 12.

²⁵ Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 71 e.v. Dit geldt overigens ook voor de eventueel daaraan voorafgaande meer algemene afspraak waarbij een rechtbank iemand op de lijst van benoembare curatoren plaatst. Dit is echter geen overeenkomst van opdracht, maar valt in deze benaderingswijze aan te merken als een voorovereenkomst of raamovereenkomst.

dat – behoudens andersluidende regeling²⁶ – de regeling van titel 7.7 BW die rechtsverhouding nader inkleurt. In deze titel zijn overigens slechts enkele hoofdlijnen van de opdrachtrelatie geregeld, mede door de talloze varianten waarin de opdrachtrelatie in ons recht voorkomt. Ook al zijn de meeste bepalingen van deze titel, afdeling 7.7.1 BW in het bijzonder, van regelend recht, niettemin zijn die goed toepasbaar op de verhouding rechtbank-curator. In deze benaderingswijze mag de rechtbank op grond van artikel 7:401 BW van de curator verlangen dat hij bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht neemt.

Behoudens voor zover de (Faillissements)wet anders bepaalt wordt de inhoud gevormd door de aanwijzingen van de opdrachtgever²⁷ of nader overleg door partijen daaromtrent gedurende de opdracht. De aanwijzingsbevoegdheid van de rechtbank – dan wel de r-c als afgeleide daarvan – op grond van artikel 7:402 BW lijkt echter op gespannen voet te staan met de autonomie van de curator, als kapitein op het schip, om zelf te bepalen hoe hij het faillissement afwikkelt.²⁸ Toch zal de rechtbank – door tussenkomst van de r-c – uit hoofde van diens toezichtsfunctie (art. 64 Fw) de curator tot bepaalde gedragingen kunnen aansporen of afremmen. In dit verband geeft artikel 7:402 lid 2 BW een wettelijke grondslag aan de curator om op grond van een dergelijke aanwijzing zijn functie neer te leggen en de opdracht terug te geven als hij op redelijke grond niet bereid is zich daaraan te conformeren.²⁹ In hoeverre dit in de praktijk is voorgekomen, is mij onbekend.

De informatieverplichting van artikel 7:403 BW³⁰ is in de Faillissementswet uitgewerkt in de periodieke verslagleggingsplicht van artikel 73a Fw en de mogelijkheid voor de r-c om uit hoofde van zijn toezichtsfunctie de curator te pas en te onpas te bevragen. De vereiste rekening en verantwoording als bedoeld in artikel 7:403 lid 2 BW vinden wij terug in artikel 193 lid 2 Fw. Artikel 7:404 BW geeft een betere invulling dan de Faillissementswet en de Recofa-richtlijnen van de mogelijkheid voor een curator om zich bij de uitoefening van zijn taken te laten bijstaan door anderen (kantoorgenoten of -ondersteuning, derden). Dit raakt de kwestie in hoeverre het curatorschap heden ten dage nog puur persoonlijk is of aan een bepaalde (kantoor)organisatie wordt toebedeeld.³¹

Een lastige bepaling voor de typering van de relatie rechtbank-curator als een overeenkomst van opdracht is artikel 7:405 BW waarin de verschuldigdheid van loon is geregeld. Uiteraard heeft de beroepsmatig optredende curator aanspraak op loon (salaris), maar anders dan een opdrachtnemer kan hij dat niet vorderen van de opdrachtgever (rechtbank). Weliswaar stelt de rechtbank op grond van artikel 71 Fw³² het salaris (loon) van de curator vast, maar dit hoort hem uit de boedel te worden betaald. Een zelfstandige betalingsverplichting vanuit de rechtbank – dat wil zeggen de Staat –

²⁶ Bijv. neergelegd (en stilzwijgend of uitdrukkelijk door de curator aanvaard) in de beleidsregels van de lokale rechtbank.

²⁷ Zie de lokale faillissementsrichtlijnen die sommige rechtbanken op internet hebben geplaatst (te vinden op www.rechtspraak.nl bij de afzonderlijke rechtbanken onder de rubriek 'voor juristen' en 'regelingen').

²⁸ In het Voorontwerp Insolventiewet is in dit verband overigens aan de r-c een aanwijzingsbevoegdheid toegekend met betrekking tot de algemene gang van zaken (art. 4.3.4 lw).

²⁹ Zie ook art. 7:408 lid 2 BW dat hem die bevoegdheid tot beëindiging door opzegging slechts toestaat wegens gewichtige redenen.

³⁰ Zie hierover Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 108.

³¹ Zie in dit verband de Wsnp waarbij sommige rechtbanken (bijv. Amsterdam) niet meer een natuurlijk persoon maar een bewindvoedersorganisatie (rechtspersoon) als bewindvoerder benoemen; vgl. voorts art. 2.2.8 Voorontwerp lw en de toelichting daarbij.

³² Vgl. art. 16 lid 2 Fw.

bestaat naar huidig recht niet.³³ Toch hoeft het feit dat het loon door een ander dan de opdrachtgever verschuldigd is, niet aan een opdracht in de weg te staan.³⁴

Artikel 7:406 lid 1 BW dat de vergoeding van onkosten van de opdrachtnemer regelt, hoeft voor de curator geen problemen op te leveren. Door de wijze van administreren zijn die onkosten in de afwikkeling en daarmee in zekere zin in het loon begrepen, ook al voert de curator die kosten als 'verschotten' op. Net als bij artikel 7:405 BW kan echter deze vergoedingsverplichting evenmin ten laste van de rechtbank (Staat) worden gebracht. De schadevergoedingsverplichting van artikel 7:406 lid 2 BW zal mogelijk in beeld kunnen komen als een curator in de uitoefening van zijn functie wordt geconfronteerd met bijvoorbeeld een doorgedraaide failliet die 'verhaal' komt halen bij de curator. In een dergelijk geval zal de schade wederom uit de boedel voldaan moeten worden. Mocht deze echter ontoereikend zijn, dan zou een curator kunnen proberen om de rekening daarvoor bij de rechtbank (Staat) neer te leggen. Kansrijk acht ik dit niet, tenzij uit bijkomende omstandigheden kan worden afgeleid dat vergoeding daarvan door de Staat geboden is.

Artikel 7:407 lid 1 BW dat een regeling geeft als er twee of meer rechtbanken zouden zijn die de desbetreffende curator zouden hebben aangesteld, lijkt mij niet aan de orde, zelfs niet indien meer dan één rechtbank zich met het faillissement bemoeit. Het tweede lid van deze bepaling geeft een uitwerking voor de in artikel 70 Fw genoemde mogelijkheid dat meer dan één persoon tot curator is benoemd.

De opzegmogelijkheid van de opdracht in artikel 7:408 BW laat zien dat de relatie rechtbank-curator uiteindelijk toch wordt ingevuld door de Faillissementswet als *lex specialis*. Zo zal de beëindiging van de rechtsverhouding door de rechtbank slechts langs de weg van artikel 73 Fw kunnen worden bereikt, waarbij de curator moet worden opgeroepen en zo mogelijk gehoord, en niet door een loutere opzegging (art. 7:408 lid 1 BW). De vraag in hoeverre de voormalige curator in een dergelijk geval recht op loon heeft, kan echter wel worden beoordeeld aan de hand van artikel 7:411 BW. Dit zal overigens mede samenhangen met de rekening en verantwoording die de voormalige curator aflegt (vgl. art. 73 lid 2 FW).³⁵ Het tweede lid van artikel 7:408 BW maakt verder duidelijk dat de curator van zijn kant zijn functie slechts op grond van 'gewichtige redenen' kan neerleggen.³⁶ Het gaat bij de afwikkeling van faillissementen immers om het resultaat (volbrenging).

In de huidige praktijk waarin rechtbanken curatoren in persoon aanstellen, zou artikel 7:409 BW een rol kunnen spelen, wanneer de curator komt te overlijden. Dan eindigt de aanstelling en moet de rechtbank een ander tot curator aanstellen. Daar waar de curator aan een kantoor verbonden is dat meer faillissementen behandelt, valt er veel voor te zeggen om de aanstelling nagenoeg geruisloos voort te zetten en de bepaling van artikel 7:409 lid 2 BW buiten beschouwing te laten. Wel zal de rechtbank de nieuwe curator als zodanig moeten aanstellen.

Artikel 7:410 BW over de dood van de opdrachtgever is bij de aanstelling tot curator door de rechtbank niet aan de orde. Dit geldt evenzeer artikel 7:412 en 413 BW die mij niet van toepassing lijken op de curator. De eerste bepaling niet, omdat de Faillissementswet in artikel 193 lid 3 een

³³ In het Voorontwerp Insolventiewet is daarvoor overigens wel een voorziening opgenomen (art. 6.1.2 lw).

³⁴ Zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 126.

³⁵ Zie ook hierboven bij de bespreking van art. 7:403 BW.

³⁶ Voorbeelden hiervan (mede ontleend aan de 'gewichtige' en 'dringende' redenen in het arbeidsrecht; vgl art. 7:678, 679 en 685 lid 2 BW) zijn te vinden bij Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 168.

specifieke bepaling kent op grond waarvan de curator stukken uit de boedel na afloop van het faillissement aan de schuldenaar – en dus niet aan de rechtbank als opdrachtgever – moet teruggeven. De laatste bepaling niet, omdat de opdracht niet wordt gegeven door een natuurlijk persoon.

Kortom, een typering van de rechtsverhouding tussen rechtbank en curator als een overeenkomst van opdracht kan de posities over en weer op een aantal punten verhelderen en aldus nuttig zijn bij de beoordeling van kwesties waar de Faillissementswet geen antwoord op geeft. Zo kan de aanmelding door iemand bij de rechtbank en de daaropvolgende plaatsing op de curatorenlijst worden gezien als een voorovereenkomst. Deze kadert de daaruit voortvloeiende aanstellingen tot curator in, bijvoorbeeld omdat de potentiële curator zich door aanmelding heeft geconformeerd aan de richtlijnen van Recofa en de lokale rechtbank. Een daadwerkelijke aanstelling in een bepaald faillissement levert (na al dan niet stilzwijgende aanvaarding) dan een overeenkomst van opdracht op. Toch kan de benadering van de aanstelling tot curator als opdracht niet onverkort worden toegepast. Dit heeft te maken met de specifieke verhouding van de curator tot de r-c die in bovenstaande behandeling van titel 7.7 BW niet aan bod is gekomen. Strikt genomen zou deze functionaris kunnen worden beschouwd als een ‘orgaan’ van de rechtbank aan wie de uitoefening van een aantal taken en bevoegdheden in zekere zin is gedelegeerd. Dit staat echter op gespannen voet met de algemene, specifiek door de wetgever uitdrukkelijk aan de r-c in artikel 64 Fw toebedeelde toezichtstaak. Zo zou ook de algemene appelmogelijkheid bij de rechtbank tegen beschikkingen van de r-c op grond van artikel 67 Fw lastig kunnen worden verklaard in de zienswijze van de aanstelling als opdracht en blijft de curator een onduidelijke opdrachtnemer.

c. De curator als werknemer of (flexibele?) oproepkracht?

In de derde benaderingswijze ga ik een stap verder en beschouw ik de verhouding van de rechtbank en curator als een arbeidsrelatie. Zodoende komen de wezenskenmerken van de arbeidsovereenkomst in beeld, zoals ook neergelegd in titel 7.10 BW. Om van een arbeidsovereenkomst te kunnen spreken moeten partijen sowieso al een daartoe strekkende overeenkomst zijn aangegaan.³⁷ Of dit het geval is, wordt bepaald door uitleg van de rechtsverhoudingen. Hierbij spelen niet alleen de bewoordingen, maar ook de bedoeling van partijen een belangrijke rol, zoals die door de rechter wordt uitgelegd.³⁸ Als deze tot de slotsom komt dat een arbeidsovereenkomst ontbreekt, is titel 7.10 BW niet van toepassing. Wanneer evenwel vaststaat dat er tussen partijen een overeenkomst is en men deze zou willen kwalificeren als een arbeidsovereenkomst, dan moet er op grond van artikel 7:610 BW sprake zijn van het gedurende zekere tijd persoonlijk verrichten van arbeid door de werknemer tegen betaling van loon door de werkgever, waarbij de werknemer in een gezagsverhouding tot de werkgever staat waarbij hij diens aanwijzingen moet volgen (vgl. art. 7:660 BW). Hoewel ik weinig moeite heb om aan te nemen dat

³⁷ Zie Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 26 e.v.; W.C.L. van der Grinten/Bouwens/Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 15, 22-23, 24; C.J. Loonstra, W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: BJu, 2010, § 4.4. Zie ook HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (Groen/Schroevers).

³⁸ HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 631 (Haviltex) en daarop voortbouwende jurisprudentie. Zie A.T.J.M. Jacobs, *Sociaal Recht*, Zutphen: Paris, 2010, nr. 3.1 en 3.9.

een curator gedurende zekere tijd ten behoeve van de rechtbank arbeid³⁹ verricht, lijkt de verhouding rechtbank-curator al snel te stranden op de twee andere vereisten.

Van een door de rechtbank aan de curator verschuldigd loon is geen sprake, omdat de rechtbank slechts het salaris vaststelt dat uit de boedel moet worden voldaan (art. 71 Fw). De rechtbank lijkt de curator evenmin in dienst te hebben, waardoor er van een gezagsverhouding niet zou kunnen worden gesproken. Op zich lijkt mij dit juist, zodat de kwalificatie van de rechtsverhouding rechtbank-curator als een arbeidsovereenkomst niet geschikt is. Toch kan het trekken van een parallel met de arbeidsovereenkomst nuttig zijn. Bij nadere bestudering blijken de zojuist genoemde twee vereisten toch een mindere barrière op te werpen dan op het eerste gezicht lijkt.

Wat de eerste barrière betreft is de rechtbank weliswaar zelf geen vergoeding aan de curator verschuldigd is, nu zij het salaris van de curator enkel vaststelt. Toch is dat niet doorslaggevend om het bestaan van een arbeidsovereenkomst af te wijzen, zolang de curator de betaling vanuit de boedel wel kan afdwingen.⁴⁰ Dit laatste is in beginsel juist wel het geval waar de curator van de rechtbank kan verlangen dat zij een bevelschrift tot betaling daarvan in executoriale vorm uitdeeft (art. 15 lid 3 en 16 lid 3 Fw). Hier hoort nog bij dat curatoren heden ten dage geregeld worden geconfronteerd met lege boedels waardoor zij in de faillissementen geen volledig 'loon naar werken' en soms zelfs niets ontvangen.⁴¹ Om toch gebruik te kunnen blijven maken van de diensten van de curator zal de rechtbank in feite 'gedwongen' zijn om hem of haar na een of meer lege boedels bij wijze van uitgesteld loon (in natura) geregeld te voorzien van een nieuw faillissement waarin hij dan hopelijk wél volledig kan declareren. Weliswaar is dit op zichzelf geen afdwingbare verbintenis, maar minst genomen een zware morele verplichting, die een natuurlijke verbintenis (art. 6:3 BW) oplevert. Zou de rechtbank dit niet doen, dan wordt zij geconfronteerd met een terugtreden van curatoren.

De tweede barrière van het gestelde ontbreken van een gezagsverhouding tussen rechtbank en curator blijkt bij nader inzien ook minder hard te zijn. Via de r-c houdt zij immers toezicht op de curator en kan vanuit dien hoofde wel enige invloed op diens activiteiten uitoefenen. Enerzijds via het al of niet afgeven van machtigingen en goedkeuringen waar de Faillissementswet die verlangt. Anderzijds via artikel 69 Fw op basis waarvan aan de curator een bevel kan worden gegeven om een bepaalde handeling te verrichten of juist na te laten. Een derde beïnvloeding van de curator vloeit niet rechtstreeks uit de wet voort, maar heeft te maken met de monopoliepositie van de rechtbank in het aanstellingsbeleid van curatoren: als een curator zich niet conformeert aan de rechtbank – of zelfs individuele r-c's – loopt hij een risico dat de rechtbank hem niet meer als zodanig aanstelt. Hoewel rechtbanken dit met klem ontkennen, wordt dit aspect door curatoren in de wandelgangen wel degelijk zo ervaren en als zodanig genoemd. Bij de voorbeelden in de praktijk van conflicten tussen rechtbanken en curatoren spelen tot nog toe echter andere aspecten een rol.⁴²

³⁹ De aard van de te verrichten arbeid is irrelevant, vgl. Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 21 en W.C.L. van der Grinten/Bouwens/Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 18; A.T.J.M. Jacobs, *Sociaal Recht*, Zutphen: Paris, 2010, nr. 3.2. Evenmin staat het hebben van een bijzondere functie in de weg aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zie Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 38.

⁴⁰ Zie W.C.L. van der Grinten/Bouwens/Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 20; de benaming die aan de vergoeding wordt gegeven is irrelevant.

⁴¹ Vgl. G. van Dijck, R.D. Vriesendorp, D.C.M.H. Vielvoye, "Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels", *Tvl* 2008, 33.

⁴² Vrz. Rb. Den Haag 18 maart 2010, *LJN* BL8063 en Vrz. Rb. Den Haag 20 januari 2011, *LJN* BP1492.

Bovenstaande relativering van beide barrières acht ik niettemin onvoldoende om de curator in een specifiek faillissement te beschouwen als een voor bepaalde klus aangestelde werknemer van de rechtbank met bijbehorende arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsbescherming. Vooral de tweede barrière door de eis van een gezagsverhouding ('in dienst van') blijft ondanks bovenstaande kanttekeningen een lastige hobbel, juist ook in de afbakening van de rechtsverhouding ten opzichte van de overeenkomst van opdracht.⁴³ Toegespitst op de 'gewone' aanstelling van een persoon tot curator stel ik daarom vast dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de rechtbank en de curator.

Net als bij de hierboven beschreven opdrachtgever/-nemer relatie kan echter wel gebruik worden gemaakt van een zekere reflexwerking van het arbeidsrecht om de relatie rechtbank-curator nader te duiden en in te vullen. Hierbij zoek ik vooral aansluiting bij de toegenomen flexibilisering van de laatste tijd in de vorm van het oproepcontract, waarbij de 'werknemer' op afroep beschikbaar moet/kan zijn om de overeengekomen werkzaamheden te verrichten. Soms wordt dit type overeenkomst beschouwd als een voorovereenkomst op basis waarvan bij oproeping telkens opnieuw een arbeidsovereenkomst wordt gesloten; beide partijen hebben daarbij een redelijke vrijheid om niet te hoeven presteren. Andere keren wordt een dergelijke overeenkomst geduid als een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht; hierbij zijn beide partijen in beginsel wel gehouden om aan elkaar te denken, dat wil zeggen dat de werkgever de werknemer moet oproepen en de werknemer dan in beginsel niet mag weigeren.⁴⁴

Voor de vergelijking met de aanstelling van de curator door de rechtbank is in dit verband het betoog van Heerma van Voss interessant. Hij stelt dat als een oproepkracht zich min of meer (moreel) verplicht voelt om positief te reageren op een oproep door de werkgever – in casu de aanstelling door de rechtbank – uit vrees anders niet meer te worden opgeroepen – in casu niet meer door de rechtbank te worden aangesteld – de flexibele oproepkracht (de curator) geacht moet worden met zijn wederpartij (de rechtbank) een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht te hebben gesloten, met alle daaraan verbonden arbeidsrechtelijke gevolgen.⁴⁵ Zeker wanneer de rechtsverhouding tussen rechtbank en curator als een 0-urencontract wordt getypeerd, zou men op deze manier juridisch vorm kunnen geven aan de feitelijke situatie waarin menig curator in Nederland zich thans bevindt: hij moet elke week maar weer afwachten of hij tot curator wordt aangesteld en de rechtbanken achten zich in grote mate vrij om te bepalen wie zij voor een bepaald faillissement 'oproepen', dat wil zeggen aanstellen. Hoewel deze vrijheid niet onbegrensd is, bestaat er veel beleidsruimte voor de rechtbank.⁴⁶ Omgekeerd speelt de vraag in hoeverre een curator zijn aanstelling door de rechtbank kan afwijzen. Op basis van wet- en regelgeving lijken alleen de Recofa-

⁴³ Zie H.L. Bakels, I.P. Asscher-Vonk e.a., *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, §3.1.2 e.v.; Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 20; G.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: BJu, 2009, p. 35-36; C.J. Loonstra, W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: BJu, 2010, § 4.3.1 (p. 96, 97-98) en § 4.3.3, p. 100 e.v.; A.T.J.M. Jacobs, *Sociaal Recht*, Zutphen: Paris, 2010, nr. 3.3.

⁴⁴ Zie over deze flexibele invulling van het arbeidsrecht en deze contractsvormen o.a. H.L. Bakels, I.P. Asscher-Vonk e.a., *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, §3.1.3f; W.C.L. van der Grinten/Bouwens/Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 33-34; G.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: BJu, 2009, § 2.5; C.J. Loonstra, W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: BJu, 2010, § 5.4.; A.T.J.M. Jacobs, *Sociaal Recht*, Zutphen: Paris, 2010, nr. 3.7.

⁴⁵ G.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: BJu, 2009, p. 41.

⁴⁶ Zie recent nog eens Vrz. Rb. Den Haag 20 januari 2011, *LJN* BP1492, r.o. 3.2. Vgl. de lokale Recofa-richtlijn van Arnhem (te vinden op www.rechtspraak.nl bij de afzonderlijke rechtbanken onder de rubriek 'voor juristen').

richtlijnen deze mogelijkheid te bieden wegens conflicterend belang.⁴⁷ Gaat men uit van de noodzaak van het bestaan van een overeenkomst dan is echter nog steeds vereist dat de aanstelling door de rechtbank door de curator wordt aanvaard. Of kan hij de aanstelling in feite niet weigeren?⁴⁸

Het bovenstaande overziend gaat het in de huidige situatie te ver om de rechtsverhouding tussen curator en rechtbank als een arbeidsovereenkomst te typeren. Met enig goede wil zou men de curator nog als een flexibele oproepkracht kunnen beschouwen. Zolang er voor hem echter geen verplichting is om aan de 'oproep' gehoor te geven, betekent een dergelijke kwalificatie niet veel. Van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht lijkt mij geen sprake. De vraag hoe, wanneer en waarom een curator kan worden ontslagen kan derhalve niet worden beantwoord op basis van een arbeidsrechtelijke benadering en titel 7.10 BW.

4. Tot besluit

In deze bijdrage heb ik mij vooral gericht op de relatie van de curator ten opzichte van de rechtbank en de r-c. Dan blijkt de 'sui generis' benadering weinig steun te bieden om de positie van de curator vast te stellen als die wettelijke en praktijkregels onvoldoende houvast bieden of zelfs ontbreken bij bepaalde beslissingen van r-c en rechtbank, zoals verband houdende met de aanstelling tot curator en diens ontslag. Zowel in deze benadering als in die waarin de verhouding wordt beschouwd als een overeenkomst van opdracht moet men bijvoorbeeld terugvallen op artikel 73 Fw om een specifiek ontslag in een bepaald faillissement te beoordelen. Deze bepaling geeft slechts in algemene bewoordingen de bevoegdheid daartoe aan de rechtbank, eventueel op voordracht van de r-c, de (commissie van) schuldeisers of de gefailleerde. Nu de verhouding curator-rechtbank niet kan worden gekwalificeerd als een 'gewone' arbeidsverhouding, ontbeert de curator de arbeidsrechtelijke ontslagbescherming. Ook al zou men de curator eventueel als flexibele oproepkracht kunnen aanmerken, dan lijken mij nog steeds onvoldoende aanknopingspunten aanwezig om te concluderen tot een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht.

De vraag of de curator in de toekomst ooit – rechtstreeks of naar analogie – de arbeidsrechtelijke ontslagbescherming ten deel zal vallen, hangt af van de mate van behoudzucht of vernieuwingsdrang. Niet alleen bij arbeidsrechtjuristen, maar ook bij insolventierechtbeoefenaren. De ontwikkelingen in de afgelopen periode ter zake de verhouding tussen rechtbanken en curatoren wijzen erop dat het tijd wordt om aan de onduidelijke status van de curator een einde te maken. Of dit betekent dat hij dan als een flexibele oproepkracht onder het daarvoor geldende arbeidsrechtelijke regime komt te vallen, is voor mij een vraag die het onderzoeken waard is.

Tilburg, 27 januari 2011

⁴⁷ Recofa-richtlijnen, § 1.2.

⁴⁸ Zie in dit verband bijvoorbeeld de toelatingseis van de rechtbank Arnhem en Zwolle-Lelystad dat men ook benoemingen tot Wsnp-bewindvoerder moet aanvaarden (www.rechtspraak.nl bij de rechtbank onder 'voor juristen', 'regelingen').