

(OPEN) BRIEF – 8 Oktober 2024

Aan:

- De Staatssecretaris Rechtsbescherming

Dr. T.H.D. Struycken

- De voorzitter van Recofa

Mr. J.H. Steverink

- De voorzitter van INSOLAD

Mr. B.F. Louwerier

Excellentie, edelachtbare heer Steverink, geachte heer Louwerier,

1 Achtergrond

Ik schrijf u naar aanleiding van het faillissement van Imtech. Bij de afwikkeling van dat faillissement is van alles misgegaan. Ik heb op 28 februari 2023 een Teams-gesprek gehad met mr. J.G. Princen, curator in het Imtech faillissement, en met mr. W. van den Muijsenbergh, kantoorgenoot van mr. F. el Houzi, ook curator in het Imtech faillissement¹ Ik heb mij ook gewend tot de (toenmalige) rechters-commissarissen mr. F. Damsteegt-Molier en mr. W.J. Roos-van Toor.² ³ Dat heeft niet tot een bevredigende reactie geleid. De misstanden bij het faillissement onderstrepen dat de afwikkeling van faillissementen en het toezicht daarop in Nederland ernstige gebreken vertoont. Dat schaadt Nederland. Daarom zie ik mij genoodzaakt u deze brief te schrijven.⁴ Zij bestaat in twee versies: deze brief met bijlagen en een open brief zonder bijlagen. De open brief is algemeen beschikbaar, ook voor de pers.

Opdat u dat niet hoeft uit te zoeken: bij Imtech is begin 2013 grootschalige fraude aan het licht gekomen. Nieuwe bestuurders en (overwegend) nieuwe commissarissen hebben geprobeerd Imtech weer op de rails te krijgen. Dat is niet gelukt. Aan Imtech is op 11 augustus 2015 surseance van betaling verleend. Op 13 augustus 2015 is zij failliet verklaard.⁵ De curatoren hebben op 23 oktober 2023 bekend gemaakt dat zij een schikking hadden bereikt met Imtechs financiers,⁶ en op 13 maart 2024 dat een schikking was bereikt met Imtechs voormalige bestuurders en commissarissen en haar accountant KPMG. Het faillissement is nu in de fase waarin verificatievergaderingen worden gehouden.⁷

¹ Het faillissement van Imtech valt (in Nederland) uiteen in het faillissement van Royal Imtech N.V., de houdstermaatschappij van het Imtech-concern, en faillissementen van dertien dochtermaatschappijen daarvan. In het faillissement van dochtermaatschappij Imtech Building Services B.V. was mr. C.F.W.A. Hamm curator. Dat faillissement is inmiddels geëindigd. In het faillissement van dochtermaatschappij Imtech Industrial Services B.V. is mr. J.P.M. Borsboom curator. In de faillissementen van Royal Imtech en de overige dochtermaatschappijen zijn mr. Princen en mr. El Houzi of een van hen curator. Mr. El Houzi is de opvolger van mr. P.J. Peters, die tot 1 maart 2023 curator was. Deze brief ziet niet op de faillissementen van Imtech Building Services B.V. en Imtech Industrial Services B.V. en de hiervoor genoemde curatoren daarvan.

² Mijn brief aan de rechters-commissarissen d.d. 22 december 2023 en hun antwoord d.d. 22 februari 2024 gaan hierbij (alleen bij de versie van deze brief voor de geadresseerden).

³ De verschillende faillissementen hebben niet alle dezelfde rechters-commissarissen. In de loop van de tijd zijn ook rechters-commissarissen teruggetreden en nieuwe rechters-commissarissen benoemd. Rechters-commissarissen in het faillissement van Royal Imtech N.V. zijn thans mr. J.C.A.T. Frima en mr. W.J. Roos-van Toor.

⁴ Waarom juist ik deze brief schrijf, is op zichzelf zonder belang. Desalniettemin: toen bij Imtech begin 2013 fraude boven water kwam, ben ik benaderd als mogelijke opvolger van Imtechs Chief Financial Officer (CFO). Ik ben daar niet op ingegaan, maar ben wel het Imtech-dossier nauw blijven volgen. Toen het faillissement maar voortduurde, ben ik mij nog intensiever in de zaak gaan verdiepen. Mijn conclusie is dat de afwikkeling het Nederlandse bedrijfsleven en de Nederlandse samenleving ernstig heeft geschaad; zie nader par. 6. Dat baart mij zorgen. Hoewel ik een groot deel van mijn carrière in het buitenland heb gewoond en gewerkt (ik ben onder meer CFO geweest van Vendex KBB, KPN, Sara Lee (in de tijd dat Douwe Egbert daarvan werd afgesplitst) en Cargill, een wereldwijd opererende voedselproducent met in 2023 een jaaromzet van USD 177 miljard en 160.000 werknemers, blijf ik begaan met Nederland.

⁵ De data zijn de data van de surseance en het faillissement van Royal Imtech N.V. De faillissements- en (voor zover van toepassing) surseancedata van de dochtermaatschappijen zijn niet alle hetzelfde.

⁶ Zie over de schikking ook par. 2.

⁷ Een los eind is de procedure die de curatoren zijn gestart tegen De Brauw Blackstone Westbroek N.V. (De Brauw). De curatoren hebben in augustus 2018 tuchtklachten ingediend tegen vier advocaten van De Brauw. In die klachten zijn zij in twee instanties niet-ontvankelijk verklaard. Zie over de uitspraak van het Hof van Discipline ook voetnoot 20. De curatoren zijn in april 2020 tegen De Brauw een civiele procedure gestart, waarin zij terugbetaling vorderen van EUR 4,5 mln aan betaalde declaraties. Die vordering is in eerste instantie afgewezen. De curatoren hebben tegen de afwijzing hoger beroep ingesteld. Zie over de procedure ook voetnoot 9, tweede streepje.

Het is niet moeilijk een lange lijst te maken van zaken die bij de afwikkeling van het faillissement zijn misgegaan.^{8 9} In deze brief beperk ik mij tot drie hoofdzaken. Mijn opmerkingen daarover wortelen in gedegen onderzoek – voor zover daarvoor openbare bronnen beschikbaar zijn. Ik heb ook ter zake deskundige derden geraadpleegd. Opdat u begrijpt dat mijn opmerkingen niet uit de lucht komen vallen, wordt in de voetnoten hier en daar meer detail verstrekt.

2 Eerste hoofdzaak: de curatoren hebben zich laten leiden door vooroordeel

In een interview met het Financieel Dagblad (FD) hebben de curatoren laten optekenen:

*"We zijn vanaf het begin op zoek gegaan naar een oplossing waaraan alle partijen zouden bijdragen. Dat zaadje hebben we heel snel geplant."*¹⁰

"Het begin" was het faillissement van Imtech. De curatoren wisten dus al vanaf dat begin dat "alle partijen" zouden moeten betalen. Uit het interview is af te leiden dat "alle partijen" zijn: Imtechs financiers, haar bestuurders en commissarissen en KPMG.

Het behoeft geen uitleg dat deze aanpak van de curatoren niet door de beugel kan. Een curator moet zorgvuldig te werk gaan.¹¹ Als hij vaststelt dat in de aanloop naar het faillissement verwijtbare fouten zijn gemaakt, kan hij overgaan tot aansprakelijkstelling. Maar of fouten zijn gemaakt, kan hij past vaststellen nadat hij onderzoek heeft gedaan. Zo lang niet uit zorgvuldig onderzoek is gebleken dat er fout gehandeld is, is het onzorgvuldig erop aan te sturen dat "alle partijen [zullen] bijdragen".¹²

De bevooroordeelde aanpak van de curatoren werkt door in het tweede en derde hoofdpunt. Zie daarover hieronder. Maar hij werpt ook een schaduw over de door de curatoren gesloten schikkingen. Het heeft

⁸ Waar in het navolgende wordt verwezen naar faillissementsverslag en tussentijdse financiële verslagen gaat steeds om de verslagen in het faillissement van Royal Imtech, tenzij het tegendeel blijkt.

⁹ Voorbeelden zijn:

- De omgang van de curatoren met de feiten. De curatoren putten zich uit in onjuistheden. Zie voor voorbeelden par. 3, eerste streepje, en in het bijzonder voetnoot 27. Zie voor verdere voorbeelden mijn brief aan de rechters-commissarissen d.d. 23 december 2023 (zie voetnoot 2), waarin wordt gewezen op zestien onjuistheden die de curatoren hebben opgenomen in hun reactie aan de rechters-commissarissen naar aanleiding van een verzoek van een preferente schuldeiser, de heer F.W.T. Kool. De curatoren zien er kennelijk geen been in zelfs de rechters-commissarissen tegen beter weten in onjuiste informatie te verstrekken. Ook De Brauw heeft gewezen op het gebrek aan aandacht bij de curatoren voor de feiten: de klaagschriften van de curatoren in de tuchtprocedures tegen De Brauw-advocaten waren op honderden punten onjuist of misleidend (FD 2 november 2020) en de onjuistheid van de stelling van de curatoren in de civiele procedure tegen De Brauw dat "*De Brauw als enige nog betaald kreeg in de laatste weken van het bestaan van Imtech*" (FD 4 februari 2022) blijkt uit hun eigen 1^{ste} faillissementsverslag (p. 13).

- De omgang van de curatoren met het recht. De centrale stelling van de curatoren in hun civiele procedure tegen De Brauw (zie voetnoot 7) was dat ondernemingsleiding van een holding zich als een faillissement dreigt alleen nog maar moet bekommeren om de schuldeisers van de holding. Met die stelling heeft de rechtbank korte metten gemaakt (Rb Rotterdam 13 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2771, r.o. 5.12). Die uitkomst had iedere jurist met enige kennis van het vennootschapsrecht kunnen voorspellen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad en uit de literatuur blijkt zonnklaar dat de ondernemingsleiding van een houdstermaatschappij zich moet laten leiden door de belangen van alle stakeholders, inclusief de stakeholders van dochtermaatschappijen.

- De omgang van de curatoren met hun wettelijke plicht tot verslaglegging. De curatoren hebben de driemaandstermijn voor verslaglegging van art. 73a Fw met regelmaat opgerekt, of een verslag eenvoudigweg overgeslagen. De faillissementsverslagen die er zijn, bevatten nauwelijks inhoudelijke informatie. Het eerste openbare tussentijdse financiële verslag dateert van december 2017, meer dan twee jaar na het faillissement. Tussen december 2018 en november 2023 zijn geen tussentijdse financiële verslagen gepubliceerd (behalve in juni 2020; volgens het 20^{ste} faillissementsverslag (p. 62) "*per ongeluk*"). Het argument van de curatoren dat was gebleken dat vermeend jegens de boedel aansprakelijke personen zich bij hun aanpak lieten leiden door de ontwikkeling van het boedelactief (16^{de} faillissementsverslag, p 54), kan opgaan voor elk faillissement waarin curatoren aansprakelijkstellingen en procedures voeren of overwegen, en kan dus niet richtinggevend zijn. Oud-curator R.J. Schimmelpenninck achtte de aanpak van de curatoren "*ongebruikelijk*" want "*Een faillissement is een openbaar proces*" (FD 7 juli 2020).

¹⁰ FD 9 mei 2024.

¹¹ Vgl. praktijkregel 1.1 aanhef en onder d) INSOLAD Praktijkregels voor curatoren (herzien april 2019):

"De curator [...] voert zijn werkzaamheden zorgvuldig, vakkundig, voortvarend en doelmatig uit".

Zie ook praktijkregel 5.4:

"De curator gaat slechts over tot het aansprakelijk stellen van een (rechts)persoon voor een in praktijkregel 5.1 bedoelde vordering indien hij ervan overtuigd is dat de betreffende (rechts)persoon ook werkelijk aansprakelijk is."

Een "in praktijkregel 5.1 bedoelde vordering" is een vordering "tegen de (ex-) bestuurders en/of (ex-)commissarissen van de gefailleerde of tegen andere bij het faillissement betrokken (rechts)personen zoals beleidsbepalers, aandeelhouders, accountants en kredietverschaffers". Het spreekt vanzelf dat een curator de door praktijkregel 5.4 vereiste overtuiging ten aanzien van een dergelijke vordering niet kan hebben dan na zorgvuldig onderzoek.

¹² Ik begrijp dat in elk geval een aantal rechtbanken curatoren mede beoordeelt aan de hand van de opbrengst die zij voor de boedel weten te behalen, uit procedures of schikkingen. Het ligt voor de hand dat een dergelijk beoordelingsmodel voor een curator een prikkel kan zijn om het belang van een opbrengst zwaarder te laten wegen dan het belang van een rechtvaardige uitkomst. Ook een curator is uiteindelijk een ondernemer en moet ervoor zorgen dat hij in de toekomst als curator blijft worden benoemd.

meer dan acht jaar geduurd voordat die schikkingen werden bereikt. Al die tijd verkeerden de partijen die de curatoren op de korrel hadden, in onzekerheid. Na het faillissement hadden Imtechs financiers hun zekerheden uitgewonnen, maar zolang de curatoren dreigden met procedures, konden zij de opbrengst daarvan – ongeveer EUR 180 mln – niet uitgekeerd krijgen.¹³ De bestuurders en commissarissen (of hun erfgenamen¹⁴) gingen gebukt onder de dreiging jarenlang te moeten procederen. Dat die dreiging een belasting was, wisten de curatoren. In het FD zei curator Princen over de schikking: "*dat betekent ook dat mensen weer verder kunnen met hun leven*".¹⁵ Ondertussen was voor de curatoren hun optreden een loterij zonder nieten. Zij werden hoe dan ook betaald.¹⁶ Voor de andere partijen liepen de kosten op. Op zijn minst rijst de vraag of de curatoren de schikkende partijen ervan hebben kunnen overtuigen dat daadwerkelijk fouten waren gemaakt waarvoor moest worden betaald, of dat zij de partijen uitsluitend hebben uitgeput en op kosten gejaagd en op deze wijze tot het aangaan van een "schikking" hebben gedwongen.

3 Tweede hoofdzaak: de curatoren hebben geen behoorlijk onderzoek gedaan en geen oorzakenrapport gepubliceerd

De curatoren zijn kort na het faillissement begonnen met onderzoek naar de geldigheid van de door Imtech ten behoeve van haar financiers gevestigde zekerheden¹⁷ en naar de oorzaken van het faillissement.¹⁸ Met dat onderzoek zijn ten minste drie dingen mis.

- In de eerste plaats wekt de bevooroordeelde opstelling van de curatoren (zie par. 3) twijfel over de aanpak van hun onderzoek. Een curatoren hoort bij zijn werk te streven naar objectiviteit.¹⁹ Als de uitkomst van zijn onderzoek al vaststaat – alle partijen moeten betalen – is echter van objectiviteit geen sprake meer. Het onderzoek verwordt dan tot een zoektocht naar onderbouwing van die uitkomst. Of die onderbouwing overeenstemt met de werkelijkheid, doet er niet meer toe.²⁰ Dat blijkt ook, want de curatoren grossieren in onjuistheden.²¹ Een pregnant – maar niet publiek – voorbeeld is het verwijt dat Imtech geen plan zou hebben gehad om haar EBITDA te verbeteren, een verwijt dat de curatoren tot

¹³ In een geval als dat van Imtech worden zekerheden gebruikelijk gehouden en uitgewonnen door een Security Agent ten behoeve van de gezamenlijke financiers. De Security Agent keert de opbrengst van de uitwinning echter pas uit aan de financiers als hij er gerust op is dat die opbrengst niet hoeft te worden terugbetaald.

¹⁴ Nadat in 2013 bij Imtech de fraude aan het licht kwam, is de nestor van het Nederlandse bedrijfsleven C.J.A. (Kees) van Lede aangetreden als president-commissaris. Hij is in 2020 overleden. Vgl. ook voetnoot 27, laatste streepje.

¹⁵ FD 12 maart 2024.

¹⁶ Vgl. par. 4, derde streepje. Dat een curator uit de boedel wordt betaald, draag een perverse prikkel in zich. Elke stap die een curator zet jegens personen die mogelijk aansprakelijk zijn, levert hem geld op. Tegelijk kost elke stap die personen geld, ook als aansprakelijkheid in werkelijkheid niet aan de orde is.

¹⁷ 1^{ste} faillissementsverslag, p. 30.

¹⁸ 2^{de} faillissementsverslag, p. 4.

¹⁹ Vgl. praktijkregel 1.1 aanhef en onder c) INSOLAD Praktijkregels voor curatoren (herzien april 2019):

"De curator [...] streeft naar objectiviteit in zijn oordeelsvorming".

²⁰ Dat de curatoren uitkomst en onderzoek hebben omgedraaid, blijkt ook uit de uitspraak van het Hof van Discipline in de door de curatoren tegen De Brauw-advocaten gestarte tuchtprocedures (zie voetnoot 7). Uit de uitspraak blijkt ook dat de curatoren weinig op hebben met wederhoor. Zie Hof van discipline 30 augustus 2021, ECLI:NL:TAHVD:2021:155, r.o. 5.7-5.9:

"5.7 In de onderhavige zaak zijn naar het oordeel van het hof geen zodanige feiten en omstandigheden gepresenteerd die op zichzelf reeds voldoende grond gaven om zonder nader onderzoek het handelen van verweerders als tuchtrechtelijk verwijtbaar in de zin van artikel 46 Advocatenwet te kwalificeren

5.8 Zeker nu er geen rechtstreekse relatie met de beklaagde advocaten bestaat, lag het op de weg van klagers (om in hun klachten te kunnen worden ontvangen) om een dergelijk onderzoek te doen en eventuele relevante onderzoeksbevindingen aan verweerders voor te houden en om een reactie te vragen.

5.9 Gesteld noch gebleken is uit de door het hof in deze gebruikte en hiervoor onder 5.2 genoemde stukken dat klagers alvorens de onderhavige klachtprocedure in gang te zetten een onderzoek hebben ingesteld naar het handelen van verweerders dat zij aan hun klachten ten grondslag hebben gelegd, terwijl daartoe wel mogelijkheden bestonden. Zo ziet het door de curatoren opgestelde en ingebrachte feitenrelaas van ruim 400 bladzijden op 'de jaren 2011, 2012 en januari 2013' terwijl de aan verweerders verweten gedragingen zich hebben voorgedaan (zoals ter zitting desgevraagd is bevestigd) vanaf begin 2013. Voorts is het hof niet gebleken dat klagers alvorens de klachten in te dienen met een of meer van verweerders het hem of hen verweten handelen inhoudelijk hebben besproken."

²¹ Zie voetnoot 9, eerste streepje.

hoeksteen hebben gemaakt van hun aanval op de bestuurders en commissarissen.^{22 23} Dat verwijt mist elke grond. Het is juist dat bij het aantreden van de nieuwe bestuurders en commissarissen de EBITDA negatief was, maar de nieuwe leiding heeft allerlei maatregelen genomen tot verbetering ervan,²⁴ en die verbetering was er ook: van EUR -453,6 mln over 2013 tot EUR -253,7 over 2014.²⁵ Dat was nog steeds negatief, maar ombuiging van een verlies van bijna een half miljard kost meer tijd dan een jaar.²⁶ Een ander – wel publiek – voorbeeld is te vinden in het interview met de curatoren in het FD (zie par. 2). Imtech heeft in 2013 en 2014 twee aandelenemissies gedaan, met een totale opbrengst van ongeveer EUR 1,1 miljard. In het interview verwijten de curatoren Imtechs bestuurders en commissarissen dat die opbrengst is "gebruikt om de banken af te lossen en niet om verliezen te dekken en een turnaround te realiseren". Dat is onjuist. Van de opbrengst is ongeveer EUR 400 mln naar Imtechs financiers gevloeid. De rest is omgezet in aandelen of heeft Imtech zelf gehouden. De curatoren weten dat (althans zouden het moeten weten), want het blijkt uit Imtechs emissieprospectussen en persberichten.²⁷

²² EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortisation) is een (maar niet de enige) maatstaf voor de financiële prestaties en potentie van een bedrijf. Imtech publiceerde vanaf 2013 naast haar EBITDA ook haar Operational EBITDA, de EBITDA na aftrek van niet-operationele kosten (kosten die geen verband houden met de normale activiteiten; zie o.m. Imtechs Annual Report 2012, p. 85-86. Omdat Imtech ten gevolge van de fraude en daarmee samenhangende kwesties aanzienlijke niet-operationele kosten moest maken (zoals afboekingen op frauduleuze activiteiten en herstructureringskosten) gaf Operational EBITDA een beter inzicht in de financiële prestaties van Imtechs activiteiten dan EBITDA.

²³ Dit is mij duidelijk geworden in het Teams gesprek dat ik op 28 februari 2023 heb gevoerd met mr. Princen en mr. Van den Muijsenbergh (zie nr. 1).

²⁴ Vgl. voetnoot 27, eerste streepje.

²⁵ Imtechs Annual Report 2014, p. 17. De Operational EBITDA vertoonde dezelfde stijgende lijn en verbeterde van EUR -78,3 mln in 2013 tot EUR -31,9 mln in 2014.

²⁶ Dat de bestuurders en commissarissen de goede dingen deden, wordt (nog) duidelijker als dieper in Imtechs financiële verslaggeving en haar openbare uitlatingen wordt gekeken, ook op divisieniveau. Ik heb als CFO diepgaande ervaring met verbetertrajecten, ook bij bedrijven en bedrijfsonderdelen die ondermaats presteren. De verwijten die de curatoren aan de bestuurders en commissarissen maken, raken, in rond Hollands, kant noch wal.

²⁷ Het interview telt meer onjuistheden. Andere voorbeelden zijn:

- De suggestie dat geen maatregelen zijn genomen om "een turnaround" te realiseren, is ook onjuist. Uit Imtechs jaarverslagen, tussentijdse cijfers en emissieprospectussen blijkt dat allerlei maatregelen zijn genomen, onder meer uitbreiding van de Raad van Bestuur, vervanging van 60% van het senior management, versterking van het Risk & Control Framework, verbetering van het werkkapitaal, reorganisaties en kostenbesparingen in Duitsland, Polen, de Benelux en Spanje, en implementatie van allerlei verbeterprogramma's als "Neue Imtech" (Imtech Duitsland), "One Imtech" (Imtech Nederland) en "Back to the top" (Imtech Marine). Andere voorbeelden van onjuistheden in het interview zijn:

- "Het was zaak om direct geld te vinden om de data veilig te stellen, van Imtech en van alle werkmaatschappijen." Nagenoeg meteen na het faillissement was er een boedelbijdrage van de financiers van EUR 7 mio, plus een boedelkrediet van hen van EUR 3 mio (1^{ste} faillissementsverslag, p. 22).

- "Maar ze [Imtech] verkochten ook nog de enige goed draaiende divisie, de ICT-tak. De opbrengst van dat tafelzilver vloeiده opnieuw naar de banken." Dat is op twee punten onjuist. In de eerste plaats blijkt uit Imtechs jaarverslagen blijkt dat ICT niet Imtechs enige goed draaiende divisie was. Van Imtechs acht divisies (Benelux, GEE (Duitsland en Oost-Europa), Nordics, UK&Ireland, Spain, ICT, Marine en Traffic & Infra) maakten alleen de divisies Benelux en GEE stelselmatig verlies. In de tweede plaats blijkt uit Imtechs emissieprospectus uit 2014 dat Imtech van de EUR 188 mln opbrengst van de verkoop van ICT EUR 20 mln kon houden.

- "Maar ze hadden de bankschuld ook in aandelen kunnen omzetten of een andere optie kunnen kiezen." Uit Imtechs persberichten blijkt dat van haar EUR 600 mln aandelenemissie in 2014 iets minder dan de helft niet is verkocht aan beleggers. De banken die de emissie begeleidden, zijn met die onverkochte aandelen blijven zitten. Die banken waren tevens financiers die uit de opbrengst van de emissie (deels) werden afgelost. Met de emissie is dus de facto gebeurd wat de curatoren voorstaan: omzetting van bijna EUR 300 mln financieringsschuld in aandelen.

- "De curatoren zagen al snel dat er na het faillissement 'geen cent' meer te vinden was in de boedel van Imtech. [...] Alle bezittingen waren verpand aan de banken." Dat er in de boedel "geen cent" te vinden was, is onjuist. Nagenoeg onmiddellijk na het faillissement was er al de EUR 10 mio bijdrage van de financiers (zie het eerste streepje hierboven). Ook waren niet "Alle bezittingen" verpand aan de financiers. Uit de faillissementsverslagen en de tussentijdse financiële verslagen blijkt dat zich in de boedel nog actief bevond dat de curatoren gaandeweg te gelde hebben gemaakt.

- "Die bonte groep van uiteindelijk 65 verschillende geldschieters wilde de curatoren niet meer dan EUR 1 mln aan budget geven om mee te werken." Dat is onjuist. De bijdrage van de financiers was EUR 10 mln (zie het eerste streepje hierboven).

- "We werden geconfronteerd met allerlei vervaltermijnen en met partijen die geen enkele behoefte hadden om geld vrij te maken voor een feitenonderzoek naar de oorzaken van het faillissement. We konden ook niet wachten, want we hadden te maken met een vervaltermijn eind 2015 bij de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering." De EUR 10 mln die de financiers nagenoeg onmiddellijk na het faillissement hebben bijgedragen (zie het eerste streepje hierboven), konden de curatoren naar eigen inzicht besteden, dus ook voor feitenonderzoek. Het is niet duidelijk waarmee de curatoren naar hun gedachten niet konden wachten. Voor zover de gedachte is dat zij niet konden wachten met aansprakelijkstelling voordat zij fatsoenlijk onderzoek hadden gedaan omdat dan de verzekeringsdekking zou vervallen, is hun gedachte onjuist. Een pro forma aansprakelijkstelling had volstaan. Mochten zij hebben gedacht dat een materiële aansprakelijkstelling onvermijdelijk was, dan hadden zij daarvan behoren af te zien. Het gaat niet aan bestuurders en commissarissen aansprakelijk te stellen zonder dat uit behoorlijk onderzoek is gebleken dat er aansprakelijkheid is.

- "Als er geen dekking meer is, dan hadden we het bij de bestuurders thuis moeten gaan halen. En dat wilden we niet." Ik kende Van Lede (zie voetnoot 14) persoonlijk, en ken ook een enkele van zijn erfgenamen. Ik weet daarom dat de curatoren hebben geweigerd jegens de erven Van Lede (en de bestuurders en commissarissen in het algemeen) afstand te doen van aansprakelijkheidsvorderingen voor zover die niet door de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering waren gedekt. De werkelijkheid is dat de curatoren de bestuurders

- In de tweede plaats heeft het onderzoek (veel) te lang geduurd en (veel) te veel gekost. Tussen de start van het onderzoek in 2015 en de schikkingen met Imtechs financiers en haar bestuurders en commissarissen en KPMG in 2023/2024 is meer dan acht jaar verstreken. Ten tijde van de schikkingen was het onderzoek nog niet afgerond.²⁸ In die meer dan acht jaar hebben de curatoren voor meer dan EUR 50 mln aan kosten gemaakt, waarvan bijna EUR 25 mln aan eigen salaris.²⁹ Uit de faillissementsverslagen blijkt dat de curatoren na 2015 hun handen nagenoeg vrij hadden voor onderzoek en stappen naar aanleiding daarvan. De tijd en kosten zijn dus overwegend daaraan opgegaan.

Dit is niet aanvaardbaar. De curatoren in het faillissement van DSB hebben hun oorzakenonderzoek in minder dan twee jaar afgerond en afgesloten met een publiek onderzoeksrapport van 421 pagina's, terwijl dat faillissement in omvang en complexiteit het faillissement van Imtech oversteeg (de DSB-curatoren moesten DSB's bedrijf voorzetten). De onderzoekers in het met een faillissementsoorzakenonderzoek vergelijkbare onderzoek in de SNS-enquête hadden na drie jaar openbaar onderzoeksrapport van 480 pagina's gereed.³⁰ De onderzoekskosten beliepen EUR 4,4 mln.³¹ Het onderzoek door de curatoren had in een vergelijkbare periode – twee of hooguit drie jaar – moeten kunnen worden afgerond, tegen dienovereenkomstige kosten. Enige uitleg waarom het onderzoek zo veel langer heeft moeten duren en zoveel meer had moeten kosten, is in de faillissementsverslagen of anderszins niet te vinden.

- In de derde plaats ontbreekt een onderzoeksrapport. Dat is niet in de haak. Een onderzoeksrapport was om twee redenen geboden. Aan de ene kant had er een onderzoeksrapport moeten zijn voordat de curatoren overgingen tot aansprakelijkstelling van Imtechs bestuurders en commissarissen (en andere bij het faillissement betrokkenen). Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen vergt dat hen een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.³² Een curator hoort pas over te gaan tot aansprakelijkstelling, als hij ervan overtuigd is dat een dergelijk ernstig persoonlijk verwijt aan de orde is.³³ Imtech was een groot internationaal opererend concern met een beursnotering. Leiding geven aan een dergelijk concern is uiterst complex. Het is niet goed voorstelbaar dat de curatoren ervan overtuigd kunnen zijn geraakt dat sprake was van het vereiste ernstig persoonlijk verwijt zolang er geen oorzakenrapport lag, opgesteld na zorgvuldig onderzoek inclusief hoor en wederhoor. Aan de andere kant hadden Imtechs schuldeisers er recht op dat de curatoren met een onderzoeksrapport verantwoording zouden afleggen over hun optreden, inclusief de lange duur van hun activiteiten en de daarmee gemoeide aanzienlijke kosten. Ook omdat de faillissementsverslagen nauwelijks zinvolle informatie bieden, tasten de schuldeisers daarover nu in het duister, terwijl zij op de aanpak van de curatoren geen invloed hebben kunnen uitoefenen.³⁴ Uit een rapport had de schuldeisers ook kunnen blijken of de bedragen waarvoor de curatoren hebben geschikt passend zijn, en in het bijzonder niet

en commissarissen (of hun erfgenamen) jarenlang onnodig het zwaard van Damocles van persoonlijke aansprakelijkheid boven het hoofd hebben gehouden.

²⁸ 28^{ste} faillissementsverslag, p. 5.

²⁹ Tussentijds financieel verslag per 21 mei 2024. De bedragen zijn exclusief (i) kosten en salaris op het niveau van dochtermaatschappijen, (ii) advocaat- en notariskosten die zijn betaald aan de kantoren van de curatoren, en (iii) kosten en salaris na 21 mei 2024. De kosten zijn inclusief schikkingsbetalingen aan de boedel van Imtech Deutschland (EUR 3,6 mln) en aan de VEB (EUR 6,5 mln; vgl. voetnoot 36). Over de vraag of die betalingen boedelkosten zijn, is verschil van mening mogelijk.

³⁰ Het onderzoek is mede gedaan door F. Cremers. Hij was nadat bij Imtech 2013 de fraude aan het licht lid geworden van Imtechs Raad van Commissarissen en is dat tot haar faillissement in 2015 gebleven, laatstelijk als president-commissaris. De Ondernemingskamer heeft hem in 2018, drie jaar na het faillissement, benoemd als onderzoeker in de SNS-enquête.

³¹ Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 25 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3460. De kosten zijn vastgesteld op EUR 3,6 mln exclusief btw. Dat is EUR 4.4 mln inclusief btw. De kosten van het oorzakenonderzoek in het faillissement van DSB zijn onderdeel van de meeromvattende kosten van dat faillissement en niet publiek bekend.

³² HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 en HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959.

³³ Vgl. praktijkregel 5.4 INSOLAD Praktijkregels voor curatoren (herzien april 2019), geciteerd in voetnoot 11.

³⁴ Het is de vraag of het tekort op dit punt nog wordt rechtgezet. Het Reglement van orde – verificatie vergadering Royal Imtech NV (gepubliceerd op www.faillissementimtech.nl) bepaalt dat er na de verificatie "beperkt gelegenheid voor crediteuren [is] om aan de curatoren vragen te stellen omtrent de oorzaken en afhandeling van het faillissement". Een "beperkte gelegenheid" – uit de pas met de verplichting over de stand van de boedel "alle door de schuldeisers verlangde inlichtingen" te verstrekken (art. 137 lid 1 Fw) – wekt niet de indruk dat de curatoren voornemens zijn hun aanpak deugdelijk toe te lichten.

lager dan eventuele fouten van de betrokkenen vereisen.³⁵ Uit de schikking met de bestuurders en commissarissen en KPMG heeft de Verenging Effectenbezitters (VEB) voor Imtechs aandeelhouders net geen EUR 6,5 mln ontvangen.³⁶ Uit een rapport had de schuldeisers ook duidelijk kunnen worden wat daarvan de rechtvaardiging is. Meer in den brede had de samenleving er recht op dat bleek wat er bij Imtech is misgegaan. Financiers en bestuurders en commissarissen van bedrijven in financiële moeilijkheden hadden daaruit lering kunnen trekken. Nu de afwikkeling van het faillissement tot nogal wat gefronste wenkbrauwen heeft geleid (zie par. 6), had de samenleving er ook aanspraak op dat verantwoording werd afgelegd over de wijze waarop de curatoren en hun toezichthouders zich van hun taak gekweten hebben.

4 De curatoren hebben belangen verstrengeld

De curatoren hebben op ten minste drie punten de met het faillissement gemoeide belangen onvoldoende uit elkaar gehouden.

- In de eerste plaats zijn de curatoren een samenwerking aangegaan met de VEB. Het belang van aandeelhouders dat de VEB behartigt is niet het belang van Imtechs schuldeisers waarvoor de curatoren opkomen. De curatoren hebben nergens uitgelegd waarom de samenwerking met de VEB desondanks in het belang van die schuldeisers zou zijn.³⁷ Mogelijk was hun gedachte dat voor zover uit het oorzakenonderzoek zou blijken dat aandeelhouders door Imtech waren misleid, zij op haar een onrechtmatigedaadvordering zouden hebben en daarmee schuldeisers zouden zijn. Het is echter de vraag of het aan een curator is om op zoek te gaan naar een onderbouwing voor eventuele onrechtmatigedaadvorderingen van aandeelhouders. Een dergelijke zoektocht botst met het belang van de overige schuldeisers: een vordering van aandeelhouders vergroot het boedelpassief, zodat bij verdeling van het beschikbare boedelactief daarvan voor de overige schuldeisers minder overblijft.³⁸
- In de tweede plaats hebben de curatoren de belangen van de verschillende boedels waarover zij curator waren, onvoldoende uit elkaar gehouden. De curatoren hebben in 2020 uit de boedel van Imtech UK Group B.V. een bedrag van EUR 14 mln betaald aan de boedel van Royal Imtech N.V. Ter rechtvaardiging hebben zij aangevoerd dat zij in hun hoedanigheid van curatoren van Imtech UK Group jegens Royal Imtech onrechtmatig zouden hebben gehandeld.³⁹ In hun hoedanigheid van curatoren van Royal Imtech hebben zij zichzelf in hun hoedanigheid van curatoren van Imtech UK Group voor dat vermeend onrechtmatig handelen aansprakelijk gesteld. Oud-curator W.J. van Andel

³⁵ Tegen de achtergrond van het boedeltekort van EUR 1,2 miljard (29^{ste} faillissementsverslag, p. 8, na aftrek van de voorwaardelijk regresvordering van EUR 478 mln) zijn de schikkingsbedragen relatief beperkt: ongeveer EUR 25 mln van Imtechs financiers (tussentijds faillissementsverslag d.d. 23 oktober 2023; volgens het tussentijds financieel verslag per 13 februari 2024 hebben de financiers slechts EUR 19,8 mln aan de boedel betaald; het verschil met de EUR 25 mln is onverklaard), EUR 20 mln van (de verzekeraars van) haar bestuurders en commissarissen en EUR 18,3 mln van KPMG (tussentijds financieel verslag per 22 mei 2024). Dat desalniettemin een behoorlijke uitkering kan worden gedaan aan Imtechs schuldeisers, is omdat Imtechs financiers krachtens de met hen gesloten schikking geen aanspraak maken op betaling op hun restant-concurrente vordering op Imtech van EUR 956 mln. Dat de financiers daarmee hebben ingestemd, is begrijpelijk. Bij een normale afwikkeling van de boedel zou het boedelactief onvoldoende zijn geweest om aan concurrente schuldeisers als de financiers enige uitkering van betekenis te doen. De vorderingen van de financiers waren dus niets, of nagenoeg niets, waard, zodat afstand van hun aanspraak hen geen pijn deed.

³⁶ Tussentijds financieel verslag per 22 mei 2024. Volgens het tussentijdse 31^{ste} faillissementsverslag (p. 2) zou het moeten gaan om EUR 7,125 mln. Het verschil is onverklaard.

³⁷ Ik weet dat samenwerking tussen curatoren en de VEB vaker voorkomt. Dat maakt de vraag naar botsende belangen eerder meer dan minder pregnant.

³⁸ Het standpunt van de curatoren is dat Imtech bij haar tweede aandelenemissie in 2014 jegens haar aandeelhouders niet onrechtmatig heeft gehandeld (29^{ste} faillissementsverslag, p. 50). Dat roept de vraag welk handelen van Imtech jegens haar aandeelhouders dan wél onrechtmatig is geweest, zodat gerechtvaardigd is dat de VEB uit de schikking met Imtechs bestuurders en commissarissen en KPMG een aanzienlijke betaling heeft ontvangen.

³⁹ Het onrechtmatig handelen zou zijn gelegen in de verkoop door de curatoren als curatoren van Imtech UK Group van de aandelen in Imtech Ierland voor EUR 14 mln. Die aandelen had Imtech UK Group in 2014 van Royal Imtech verkregen. Volgens de curatoren was die verkrijging paulianeus. Waarom dat zo zou zijn, wordt in de faillissementsverslagen niet uitgelegd. Dat het zo zou zijn, staat op gespannen voet met het standpunt van de curatoren dat Imtech bij haar tweede aandelenemissie in 2014 jegens haar aandeelhouders niet onrechtmatig heeft gehandeld (zie voetnoot 38). Dat standpunt impliceert dat het prospectus voor de emissie niet misleidend was. Maar als de verkrijging van Imtech Ierland paulianeus was (en, breder, als de zekerheidsverstrekking aan Imtechs financiers paulianeus was), was het prospectus alleen niet misleidend als dat paulianeuze karakter op basis van het prospectus zou kunnen worden vastgesteld. Dat is niet het geval.

heeft over deze vermenging van rollen de staf gebroken in de Damkot-bundel.⁴⁰ Zij conclusie was dat het optreden van de curatoren "ieder faillissement onwaardig" is.

- In de derde plaats hebben de curatoren hun eigen belang laten voorgaan op de belangen van de boedels waarover zij curator waren. Uit de faillissementsverslagen blijkt dat salaris van de curatoren in hun hoedanigheid van curator van dochtermaatschappijen zijn betaald uit boedelbijdragen van Royal Imtech.⁴¹ Het gaat weliswaar niet om een groot bedrag, maar het is in strijd met de regel dat faillissementen van groepsmaatschappijen afzonderlijk moeten worden afgewikkeld.⁴² Het roept de vraag op of de betaling van EUR 14 mln door Imtech UK Group B.V. aan Royal Imtech (zie het vorige streepje) niet (vooral) was ingegeven door een zorg bij de curatoren dat hun salaris als curatoren van Royal Imtech (vóór de schikkingen) niet zou kunnen worden betaald omdat de boedel leeg raakte.

5 De rechters-commissarissen hebben hun toezichhoudende taak onvoldoende ingevuld

De hierboven geschetste misstanden hebben plaatsgevonden onder het wakend oog van de rechters-commissarissen. Zij hebben hun toezichhoudende taak daarmee verzaakt, onder meer op de volgende punten.

- Het is niet goed voorstelbaar dat de curatoren hun aanpak dat "alle partijen" zouden moeten betalen (zie par. 2) niet met de rechters-commissarissen hebben besproken. Waar die aanpak niet door de beugel kon, hadden de rechters-commissarissen onmiddellijk moeten ingrijpen. Als de curatoren hun aanpak niet met de rechters-commissarissen hebben gedeeld, hebben deze, zeker toen het faillissement bleef voortduren zonder aanwijsbaar resultaat, kennelijk onvoldoende doorgevraagd. Ook nu nog is de vraag of de aanpak van de curatoren, en hun uit het interview met het FD blijvende tevredenheid daarover, niet noopt tot maatregelen jegens hen.
- Het is onbegrijpelijk dat de rechters-commissarissen hebben toegelaten dat het oorzakenonderzoek bleef voortslepen en de kosten daarvan bleven oplopen (zie par. 3). Een onderzoeker in een enquête moet tevoren aan de Ondernemingskamer ter goedkeuring een onderzoeksplanning en -budget overleggen. Wordt de planning niet gehaald of wordt het budget overschreden, dan moet de onderzoeker opnieuw bij de Ondernemingskamer goedkeuring vragen. Gezien de omvang en het belang van Imtechs faillissement, hadden de rechters-commissarissen de curatoren om een vergelijkbare planning en budget moeten vragen. Uit niets blijkt dat zij dat hebben gedaan. Dat de rechters-commissarissen hebben goedgevonden dat de curatoren de bestuurders en commissarissen en andere bij het faillissement betrokkenen aansprakelijk hebben gesteld voordat een onderzoeksrapport gereed was, en niet hebben geëist dat de curatoren een onderzoeksrapport zouden publiceren, is om de hierboven genoemde redenen evenzeer onbegrijpelijk.
- Het is aannemelijk dat de curatoren de samenwerkingsovereenkomst met de VEB ter goedkeuring hebben voorgelegd aan de rechters-commissarissen (zie par. 4). Welke eisen de rechters-commissarissen hebben gesteld om te voorkomen dat de belangen van Imtechs schuldeisers in het gedrang zouden komen, blijkt nergens. Over de betaling van EUR 14 mln door Royal Imtech N.V. aan Imtech Group B.V. is met de rechters-commissarissen overlegd.⁴³ Rechter-commissaris in het faillissement van Imtech UK Group was (en is) echter mr. Frima, die ook rechter-commissaris in het faillissement van Royal Imtech is geweest (en weer is). Ook de rechters-commissarissen hadden dus dubbele petten. Waarom de rechters-commissarissen hebben goedgevonden dat – in strijd met de wet – salaris van de curatoren is betaald uit een verkeerde boedel, is niet goed te begrijpen.

⁴⁰ B.A. Schuijling, M. van Wingerden en P.M.P. Frenken (red.), *Het bancaire belang – Opstellen aangeboden aan mr.ing. H.J. Damkot*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

⁴¹ Tussentijds financieel verslag per 22 mei 2024.

⁴² HR 25 september 1987, NJ 1988/136.

⁴³ 20^{ste} faillissementsverslag, p. 28.

Met de tekortschietende invulling door de rechters-commissarissen van hun toezichhoudende taak ben ik ook zelf geconfronteerd. Het antwoord van de rechters-commissarissen op mijn brief aan hen ontbeerde elke inhoudelijk reactie.⁴⁴ Het standpunt van de rechters-commissarissen was dat een inhoudelijk antwoord buiten hun wettelijke taak viel. Er is echter geen enkele wettelijke regel die zich ertegen verzet dat een rechter-commissaris inhoudelijk ingaat op kwesties die hem in zijn hoedanigheid worden voorgelegd, ook buiten art. 69 Fw.⁴⁵ Het standpunt van de rechters-commissarissen past bovendien niet in een moderne opvatting over behoorlijk toezichhouderschap. In het bedrijfsleven⁴⁶ wordt algemeen aanvaard dat (ook) een toezichhouder zich behoort te verantwoorden, ook en vooral jegens degenen ten behoeve van wie hij toezicht houdt.⁴⁷ Er valt niet in te zien waarom dat voor rechters-commissarissen niet zou gelden. Het ontbreken van een inhoudelijke reactie is in dit geval des te minder aanvaardbaar, omdat mijn brief gedetailleerd onder de aandacht van de rechters-commissarissen bracht dat de curatoren hen onjuist voorlichtten.⁴⁸ Als een rechter-commissaris van de curator niet juiste en volledige informatie ontvangt, kan hij zijn toezichhoudende taak niet haar behoren uitvoeren. Het is daarom onbestaanbaar dat een rechter-commissaris die erop gewezen wordt dat hij onjuist wordt voorgelicht, niet op zijn minst uitlegt hoe hij voorkomt (en heeft voorkomen) dat door de onjuiste voorlichting zijn toezicht en juist besluitvorming uit dien hoofde wordt (en is) belemmerd.

6 Slotsom

De gebreken bij de afwikkeling van Imtechs faillissement zijn slecht voor het Nederlandse bedrijfsleven en daarmee voor Nederland in het algemeen. Dat Imtechs financiers pas na acht jaar en een schikking toegang kregen tot de opbrengst van hun zekerheden, is financiers binnen en buiten Nederland niet ontgaan.⁴⁹ Het zal hen huiveriger maken om aan Nederlandse ondernemingen financiering te verstrekken. Ik vraag mij af of na Imtech het in Nederland nog mogelijk zal zijn om in één weekend een reddingfinanciering te organiseren zoals die destijds door een consortium van Nederlandse en buitenlandse financiers is opgezet bij Ahold. Dat Imtechs bestuurders en commissarissen meer dan acht jaar hebben moeten wachten voordat zij door een schikking het Imtech-boek konden sluiten, zal het vinden van ervaren bestuurders en commissarissen voor bedrijven in moeilijkheden aanzienlijk bemoeilijken. Toekomstige bestuurders en commissarissen die wordt gevraagd een bedrijf in moeilijkheden te komen helpen redden, zullen zich wel drie keer bedenken. Dat Imtech's adviseurs door de curatoren werden en worden achtervolgt, kan het vinden van ervaren adviseurs voor bedrijven in moeilijkheden lastiger maken. De dreiging van optreden door een curator in geval van een onverhoopt faillissement, hoe ongegrond ook, kan onmisbare adviseurs huiverig maken om een bedrijf in moeilijkheden bijstand te (blijven) verlenen. Dat geldt in het bijzonder voor buitenlandse adviseurs met deskundigheid die in Nederland beperkt voorhanden is, maar voor wie de Nederlandse markt geen groot aandachtspunt is. Juist bedrijven in moeilijkheden hebben er echter belang bij dat ze min of meer eenvoudig kunnen beschikken over financiering, ervaren bestuurders en commissarissen en ter zake kundige adviseurs. Ontbreekt het een of het ander, dan kunnen bedrijven zonder noodzaak omvallen. Dat is niet anders nu sinds 1 januari 2021 de Whoa is ingevoerd.⁵⁰ Niet iedere poging om een Whoa-akkoord tot stand te brengen zal succesvol zijn. Voorkomen moet worden dat als na een mislukte Whoa-procedure de schuldenaar alsnog failliet gaat, de curator terugkijkend de beoogde reddingsoperatie als kansloos

⁴⁴ Mijn brief aan de rechters-commissarissen d.d. 22 december 2023 en hun antwoord d.d. 22 februari 2024 gaan hierbij; vgl. voetnoot 2.

⁴⁵ Vgl. HR 23 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:AD1415.

⁴⁶ Vgl. over mijn ervaring in het bedrijfsleven voetnoot 4.

⁴⁷ Dat was vroeger anders, maar die andere benadering wordt tegenwoordig niet meer geaccepteerd.

⁴⁸ Vgl. over de losse omgang van de curatoren met de feiten voetnoot 9, eerste streepje.

⁴⁹ Ik heb ruime ervaring met financieringsvraagstukken. Als CFO van Cargill was ik verantwoordelijk voor haar financieringsbedrijf. Cargill verstrekt leningen aan bedrijven en overheden, die worden doorverkocht, voor het overgrote deel aan internationale banken. In de ruim zeven jaar dat ik verantwoordelijk was voor het financieringsbedrijf, verkocht Cargill jaarlijks leningen voor ongeveer USD 30-40 miljard. Ik weet uit eigen ervaring dat gezeekerde kredietverlening tegen redelijke kosten geheel afhankelijk is van het vertrouwen van de kredietverstrekker dat hij als de nood aan de man komt zijn zekerheden zonder veel moeite kan uitwinnen.

⁵⁰ Art. 269 e.v. Fw.

aanmerkt en betrokken bestuurders en commissarissen en andere betrokkenen zonder gedegen onderzoek aansprakelijk stelt

Tegen deze achtergrond is begrijpelijk dat over de behandeling van Imtechs faillissement breed wordt geklaagd. Ik spreek regelmatig met allerlei mensen in het Nederlandse bedrijfsleven. Iedereen die ik over Imtech spreek, is zeer verontwaardigd over de gang van zaken en de aanpak van de curatoren. De pers is ook kritisch. De verslaggeving met name in het FD is gekanteld: tot eind 2019 was zij vooral beschrijvend, maar sindsdien neemt de kritiek op de curatoren toe.⁵¹ Van kritiek onder vakgenoten noemde ik al het artikel van Van Andel (zie par. 4, tweede streepje).⁵²

Zorgelijk is echter dat de afwikkeling van het faillissement weliswaar bloot staat aan kritiek, maar dat die kritiek nauwelijks doorklinkt in gezaghebbende publieke commentaren en het publieke debat. In het bijzonder beroepsgenoten willen wel "*off the record*" informatie verstrekken, maar niet met naam en toenaam in de publiciteit treden. Over de beperkte taakopvatting van de rechters-commissarissen schreef ik hierboven (zie par. 5). Van enige openbare discussie over wat er is misgegaan en welke lessen daaruit kunnen en moeten worden getrokken, is zo geen sprake. Dat is slecht. Als bij een van de grootste faillissementen ooit zaken zo fundamenteel kunnen misgaan, schiet de wijze waarop de afwikkeling van faillissementen en het toezicht daarop is georganiseerd, kennelijk ernstig tekort.⁵³ Het is zaak dat daaraan, al dan niet aan de hand van een diepgravende evaluatie van de behandeling van het faillissement van Imtech, iets wordt gedaan.

Dat is de reden voor deze open brief. Het lijkt mij op uw weg te liggen de stappen te zetten die ertoe leiden een misstand als de afwikkeling van Imtechs faillissement nooit meer zal voorkomen. Zowel de regels – de wet, de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling en de INSOLAD Praktijkregels voor curatoren – als het toezicht op de naleving daarvan zullen moeten worden aangescherpt. Verbetering is te bereiken op bijvoorbeeld de volgende punten.

- Vastgelegd moet worden dat, behoudens een de minimus-regeling, een curator die oorzakenonderzoek doet, een plan van aanpak en een budget moet overleggen aan de rechter-commissaris, met een behoorlijke onderbouwing. De rechter-commissaris moet het plan van aanpak en het budget goedkeuren, inclusief eventuele wijzigingen daarin en verhogingen daarvan.
- Het oorzakenonderzoek en de verslaglegging daarvan moet op verantwoorde wijze worden gedaan en binnen een redelijke periode worden afgerond. Om objectiviteit te waarborgen, moet het onderzoek bij voorkeur worden gedaan door een onafhankelijk derde die bij de uitkomst geen belang heeft omdat hij bij eventuele vervolgstappen niet betrokken zal zijn, en niet door de curator. (Hetzelfde geldt voor (de voorfase van) eventuele procedures tegen mogelijk aansprakelijk personen naar aanleiding van het onderzoek.) Hoor- en wederhoor moet onderdeel van het onderzoek zijn. Het onderzoek moet worden afgesloten met een openbaar onderzoeksrapport (of andere verslaglegging). Inspiratie voor dit alles kan worden opgedaan uit de Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures.
- De rechtsbescherming van bestuurders en commissarissen en andere bij het faillissement betrokkenen moet worden verbeterd. Zij moeten niet aansprakelijk worden gesteld voordat een oorzakenonderzoeksrapport openbaar is (of hun aansprakelijkheid anderszins buiten twijfel is gebleken). Over wezenlijke stappen die aan hun rechtspositie raken – het plan van aanpak en het

⁵¹ Zie bijvoorbeeld M. Douma, FD 9 september 2019, J. Polman, FD 7 juli 2020, FD 2 november 2020, FD 14 januari 2021, FD 30 augustus 2021, Commentaar in FD 5 september 2021, J. Polman FD 23 november 2021, FD 3 en 4 februari 2022, FD 13 april 2022, P. Couwenbergh en J. Polman, FD 2 februari 2023, J. Polman, FD 20 september 2023, P. Couwenbergh en J. Polman, FD 23 en 24 oktober 2023 en FD 5 november 2023.

⁵² Zie ook de uitspraak van Schimmelpenninck in voetnoot 9, derde streepje.

⁵³ Van Andel wijst in zijn artikel (zie par. 4, tweede streepje) op de tegenstrijdigheden in de verschillende rollen die de rechter-commissaris moet vervullen.

budget voor het oorzakenonderzoek, een eventuele beslissing tot aansprakelijkstelling – behoren zij te worden gehoord.

- De in de praktijk vaker voorkomende samenwerking tussen curatoren en de VEB vergt heroverweging. De VEB en curatoren komen op voor verschillende stakeholders, met uiteenlopende belangen. De VEB kan mogelijk bereid worden gevonden een boedelbijdrage te betalen waarmee oorzakenonderzoek kan worden gedaan, maar zij wil daarvoor een tegenprestatie die aanzienlijk kan zijn.⁵⁴ Die tegenprestatie komt ten laste van de schuldeisers. Op zijn minst moeten in de faillissementsverslagen de afspraken met de VEB worden uiteengezet en moet behoorlijk worden toegelicht waarom die afspraken in het belang van de schuldeisers zijn.
- Het toezicht op de verslaglegging door curatoren moet worden verscherpt. Het moet niet mogelijk zijn dat een curator verslaglegging, inclusief financiële verslaglegging, stelselmatig uitstelt of geheel achterwege laat. Toepassing van de mogelijkheid die de wet de rechter-commissaris biedt om de termijn voor verslaglegging te verlengen, moet uitzondering zijn.⁵⁵ Over het gebruik van de mogelijkheid zou in de faillissementsverslagen verantwoording moeten worden afgelegd. Op de inhoud van faillissementsverslagen, die zinvolle informatie moeten bieden, moet beter worden toegezien.⁵⁶ Schuldeisers moeten uit de verslagen een behoorlijk beeld krijgen van de activiteiten en plannen van de curator, en diens verwachtingen over het vervolg.
- De betrokkenheid van schuldeisers bij de afwikkeling van faillissementen moet worden vergroot, in elk geval in faillissementen waarin aanzienlijke kosten (zullen) worden gemaakt. Zo zou binnen één of twee jaar na de faillietverklaring verplicht een vergadering van schuldeisers kunnen worden gehouden, waarin de curator en de rechter-commissaris verantwoording afleggen over de gang van zaken tot dan toe en de verdere aanpak wordt besproken.
- Het openbare karakter van een faillissement kan worden versterkt.⁵⁷ Er is geen reden waarom de pers niet aanwezig zou mogen zijn bij de vergaderingen van schuldeisers, mogelijk behalve voor zover daarin vorderingen van individuele schuldeisers worden besproken.⁵⁸ Dat is in het verleden ook wel gebeurd.⁵⁹ Openbaarheid bevordert de transparantie en kan daarmee bijdragen aan de kwaliteit van de afwikkeling van faillissementen in het algemeen.
- Het toezicht op belangenverstrengeling door curatoren moet worden verscherpt. Betalingen tussen verbonden failliete boedels die niet onbetwistbaar zijn, moeten alleen worden gedaan als de boedels gescheiden curatoren en rechters-commissarissen hebben. De regel dat faillissementen van in een groep verbonden ondernemingen gescheiden moeten worden afgewikkeld, moet strikt worden gehandhaafd.
- De mogelijkheid bij de rechter-commissaris met een verzoek op te komen tegen handelingen van een curator⁶⁰ moet ook worden geboden aan andere belanghebbenden dan schuldeisers en de failliet, bijvoorbeeld aan boedelcrediteuren en bestuurders en commissarissen en andere partijen waartegen

⁵⁴ De boedelbijdrage van de VEB aan de boedel van Royal Imtech bedroeg een fractie meer dan EUR 1 mln. Uit de schikking met (de verzekeraars van) Imtechs bestuurders en commissarissen en KPMG heeft de VEB net geen EUR 6,5 mln ontvangen; vgl. voetnoot 36.

⁵⁵ Art. 73a lid 2 Fw.

⁵⁶ Zinvolle informatieverstrekking is zonder meer mogelijk. Zie bijvoorbeeld de faillissementsverslagen in de faillissementen van Imtech Building Services B.V. en Imtech Industrial Service B.V. (vgl. voetnoot 1). Zie ook bijvoorbeeld de faillissementsverslagen in het faillissement van DSB.

⁵⁷ Vgl. de uitspraak van Schimmelpenninck in voetnoot 9, derde streepje.

⁵⁸ Het Reglement van orde – verificatie vergadering Royal Imtech NV (zie voetnoot 34) bepaalt dat de pers niet tot de vergadering wordt toegelaten. Ook mogen schuldeisers geen beeld- of geluidsopnamen maken (hoewel ten behoeve van de griffiers een bandopname wordt gemaakt). Schuldeisers moeten hun mobiele telefoon uitschakelen. De bedoeling van deze vergaande beperkingen (die bijvoorbeeld verhinderen dat gevolmachtigden en advocaten staande de vergadering ruggenspraak houden met de schuldeisers voor wie zij optreden) wordt niet toegelicht.

⁵⁹ De vergadering van schuldeisers van Fokker vond plaats in de Rai in Amsterdam, in aanwezigheid van tv.

⁶⁰ Art. 69 Fw.

de curator (voornemens is te) procederen. Dergelijke partijen kunnen door optreden van een curator zwaar worden geraakt, maar zij hebben geen enkele mogelijkheid het optreden van de curatoren te laten toetsen.⁶¹ Dat is temeer bezwaarlijk omdat de curator voor zijn optreden hoe dan ook wordt betaald, terwijl de partijen waartegen hij ageert hun eigen kosten moeten dragen.

- Er moet worden nagedacht over de wenselijkheid van de combinatie van een toezichthoudende en een rechtsprekende taak bij een en dezelfde rechter-commissaris. De curator en de rechter-commissaris hebben voortdurend contact. Dat roept vragen op over de onpartijdigheid van de rechter-commissaris, ook omdat deze door de curator van informatie wordt voorzien waar belanghebbenden geen weet van hebben en waartegen zij dus geen verweer kunnen voeren. (Een schijn van) partijdigheid verdraagt zich niet met een rechtsprekende taak.
- De regeling omtrent vaststelling van het salaris van curatoren moet worden verbeterd. Salarisverzoeken van de curator, de adviezen van de rechter-commissaris en de beslissingen van de rechtbank terzake horen openbaar te zijn en gepubliceerd te worden op rechtspraak.nl. Het geeft geen pas dat het salaris van de curator, waarbij het om tientallen miljoenen kan gaan (zoals in het Imtech-faillissement blijkt), in achterkamertjes wordt vastgesteld.

Het spreekt vanzelf dat deze suggesties hun voors en tegens hebben. Een debat erover lijkt mij echter nodig en onontkoombaar. Dat debat kan het beste publiekelijk worden gevoerd. Opdat ook anderen die zich het lot van Nederland aantrekken hun duit in het zakje kunnen doen, vind ik het daarom passend dat deze brief openbaar is.

Een kopie van deze brief met bijlagen stuur ik aan de curatoren en de rechters-commissarissen in het faillissement van Imtech en aan de president van de Rechtbank Rotterdam. Verdere verspreiding, waaronder aan de pers, geschiedt zonder de bijlagen.

Vriendelijke groet,

Mr.drs. M.H.M. (Marcel) Smits

⁶¹ Een voorbeeld is De Brauw, waartegen de curatoren tuchtprocedures en een civiele procedure hebben gevoerd. Die procedures hebben de curatoren geen enkel succes gebracht, en de boedel geen enkele opbrengst, maar zullen ondertussen De Brauw op (aanzienlijke) kosten hebben gejaagd. Vgl. over de procedures voetnoten 7, 9 en 20.