

De Curator en de Failliet

Insolad Jaarboek 2019

Onder redactie van:

Mr. R.F. Veenstra
Mr. M.A. Broeders
Mr. Ph.W. Schreurs

2019

WOLTERS KLUWER – Deventer

Het doen van goed oorzakenonderzoek van faillissementen is veel lastiger dan het lijkt

R.W.M. GIARD¹

The market can stay irrational longer than you can stay solvent.
John Maynard Keynes (1883-1946)

1. Inleiding

Waarom leggen ondernemingen of instellingen het loodje? De rechtbank Rotterdam gaf onlangs aan dat van de curator verwacht mag worden dat deze steeds onderzoek doet naar de oorzaken van het faillissement.² Zonder zo'n doorlichting is het immers onmogelijk om te kunnen beoordelen of er sprake zou kunnen zijn van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot.³ Maar wat is nu de strekking van deze opdracht?

De Faillissementswet zelf schrijft een dergelijke onderzoeksplicht niet expliciet voor. Indirect zou echter uit de bepalingen van artikel 68 lid 2 Fw, artikel 2:9, 2:138 en 2:248 BW kunnen worden afgeleid dat de curator wél onderzoek zou moeten doen om te beoordelen of de bestuurders hun taak naar behoren hebben vervuld. De stelling dat bij faillissementen altijd een oorzakenonderzoek dient te worden uitgevoerd, wordt niet door iedereen onderschreven. In zijn Leidse oratie stelt Vriesendorp dat een algemeen geldende onderzoeksplicht voor de curator onnodig is en zelfs ongewenst.⁴ Ook annotator Tekstra nuanceert in zijn commentaar deze plicht.⁵

1. Raimond Giard is arts, jurist en methodoloog. Hij is emeritus hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, Erasmus School of Law, EUR. Met dank aan Reinout Vriesendorp, Ruud Hermans en Michael Broeders voor hun kritische commentaren en verbeteringsuggesties bij de totstandkoming van deze tekst.
2. Rechtbank Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902, *JOR* 2017/278, m.nt. A.J. Tekstra.
3. Ex artikel 68 lid 2 sub a Fw. De term 'onregelmatigheden' omvat hierbij het ontbreken van een adequate administratie, het verrichten van paulianeuze handelingen voorafgaand aan een insolventie en gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur.
4. Vriesendorp 2017, p. 153 e.v. en zie ook Vriesendorp 2018.
5. Zie noot 2.

Wat levert zo'n onderzoek, met alle daaraan verbonden kosten en inspanningen, nu werkelijk op? En is de curator zowel qua juridische positie als qua kennis eigenlijk wel de meest geschikte persoon om een dergelijke analyse te verrichten?⁶ Als term klinkt 'oorzakenonderzoek' voorshands nogal globaal. Wat zijn hier nu precies doel, methode en object van zo'n onderzoek? Tegen welke problemen loopt de curator bij zo'n analyse dan aan, hoe frequent en hoe lastig zijn die dan? Herkent die wel alle problemen die om een nadere bestudering en verklaring vragen? Zo maar enkele vragen, die duidelijk maken dat er over deze materie een brede en vooral diepe reflectie nodig is.

Dezelfde onderzoekproblematiek treffen we ook aan bij de enquêteprocedure naar de gedragingen van een rechtspersoon om vast te stellen of er sprake was van wanbeleid.⁷ Immers, zonder feitelijke grondslag is het vaststellen van wanbeleid onmogelijk. In een aantal gevallen gaat het daarbij om ondernemingen in staat van faillissement. Als de curator onderzoek wil doen naar de in- en externe oorzaken van dat faillissement of er in het kader van een enquêteprocedure een beoordeling over het handelen van de bestuurders van een rechtspersoon dient plaats te vinden, komen we in essentie dezelfde vragen tegen.

Een oorzaakonderzoek bij insolventies speelt zich af binnen een juridische context en die biedt zo een normatief positiefrechtelijk kader.⁸ Dat is echter voor het realiseren van een rechtvaardige rechtspraak nochtans niet genoeg, omdat daaraan een juiste vaststelling van alle relevante feiten en omstandigheden vooraf dient te gaan. Wie de feiten en omstandigheden waardoor een onderneming failliet ging deugdelijk wil vaststellen, heeft daarnaast nog een ander methodologisch-kentheoretisch normatief kader nodig: hoe voer ik het onderzoek op de juiste wijze uit en op welke valkuilen en dwaalwegen moet ik daarbij bedacht zijn?⁹ De onderzoeker moet dus van maar liefst twee normatieve walletjes tegelijk eten. Dat geldt evenzeer voor de rechters, die hebben op dezelfde wijze inzicht en kennis van dat niet-juridische raamwerk nodig.

Wie zich af wil vragen of de feiten en omstandigheden wel adequaat genoeg in kaart zijn gebracht, kan zichzelf controleren door steeds de volgende vragen na te lopen: wat denken we hier te weten, wat zouden we moeten weten en wat kunnen we weten? Maar het belangrijkste punt is te proberen zicht te krijgen op van onze eigen onwetendheid: hebben we eigenlijk wel enig zicht op wat we niet weten? Overschatten we onszelf soms te gemakkelijk? Kahneman poneerde

6. Zie daarover Vriesendorp 2017, p. 155-156.

7. Zie daarover Hermans 2017a.

8. Zie hiervoor de bepalingen in onder andere Titel 1 en Afdeling 5 van Boek 2 BW, de Faillissementswet, EU-verordening nr. 2015/848 (in plaats van nr. 1346/2000) betreffende insolventieprocedures.

9. Zie daarvoor Giard 2018.

het WYSIATI-concept: we trekken (te) snel en meestal associatief conclusies uit datgene wat voor ons ligt zonder verder te zoeken: we kijken meestal niet verder dan onze neus lang is.¹⁰ Het kan dus gebeuren dat de onderzoeker feitelijk te weinig weet heeft van de kwestie – hypocognitie – en toch in de waan verkeert dat die het probleem volledig kan behappen, de totaalillusie.¹¹ Dan denkt de onderzoeker goed werk te leveren maar het resultaat is ontoereikend en kan bovendien schadelijk zijn voor betrokkenen.¹²

In dit hoofdstuk staan de vragen centraal hoe omvattend het oorzakenonderzoek bij faillissementen zou moeten zijn en welk praktisch methodologisch kader daarvoor nodig is bij navorsing door de curator of in het kader van een enquêteprocedure. Steeds is het beoogde doel te komen tot een goed gefundeerd en objectief juridisch oordeel. Ik zal laten zien dat bij een deugdelijk faillissementsonderzoek heel veel verschillende aspecten om aandacht vragen; de onderzoeker – hetzij de curator of een onderzoeker namens hem – heeft steeds te maken met een complexe materie en het afgewogen oordelen over de causale verklaring(en) voor het bedrijfsfalen is navenant lastig en complex.

Ik wil deze problematiek vanuit verschillende gezichtspunten bezien. De eerste vraag is: wat weten we eigenlijk over de mogelijke oorzaken van faillissementen en welke verschillende perspectieven vragen daarbij om aandacht (§ 2)? Wat is er al aan onderzoek naar oorzaken van faillissementen gedaan in Nederland en wat is dat waard (§ 3)? Als het misgaat, is de ondernemer steeds een gemakkelijk eerste doelwit van kritiek. Bedrijfsfalen vraagt juist om goed gedragskundig onderzoek van die ondernemers/bestuurders en de factoren die dat bepalen, ook van de rol daarbij van commissarissen en aandeelhouders. Dat levert weer bruikbare bouwstenen voor het opzetten van onderzoek en het vormen van een oordeel (§ 4). Daarna schets ik het methodologische kader voor het oorzakenonderzoek, waarbij vier achtereenvolgende basale vragen een goede leidraad zijn (§ 5). Met deze kennis gewapend wordt het protocol van Schimmelpenninck¹³ nader beschouwd (§ 6). Wat is er al aan bestaande achtergrondkennis over deze problematiek en hoe bruikbaar is die (§ 7)? Daarna formuleer ik mijn conclusies (§ 8).

10. WYSIATI= What You See Is All There Is; zie Kahneman 2011, p. 93 e.v.

11. Zie over deze hypocognitie en totaalillusie Wu en Dunning 2018.

12. Zie daarover Dunning 2018.

13. Schimmelpenninck 2008.

2. Het bedrijfskundig onderzoek naar de oorzaken van faillissementen

Het bedrijfsleven is sterk dynamisch: er is een voortdurend ontstaan, bestaan en verdwijnen van ondernemingen. Welke factoren bepalen de levenscyclus van een onderneming en vooral de levensduur daarvan? Kennis hierover is fundamenteel voor het kunnen onderzoeken en beoordelen van faillissementen.¹⁴ Voortdurende onzekerheid is een bepalend kenmerk van het ondernemerschap. Tegelijk is er het door Schumpeter beschreven proces van ‘creatieve destructie’; innovatieve producten verdrijven de oude uit de markt.¹⁵ We leven bovendien in een tijd waarin het economische neoliberale paradigma van de marktwerking dominant is. Dat betekent dat wij getuige zijn van een slagveld waarop een nietsontziende concurrentiestrijd woedt met winnaars maar vooral ook met verliezers. Bij de vele faillissementen in de retailindustrie bijvoorbeeld is de opkomst van internetwinkels een belangrijke externe oorzaak daarvoor.

Oorzakenonderzoek van faillissementen valt onder *organizational failure research*: welke theorievorming en empirisch onderzoek hebben er op dat researchgebied de laatste decennia plaatsgevonden?¹⁶ Er wordt qua oorzaken voor het falen van ondernemingen van meet af aan een onderscheid gemaakt tussen twee hoofdgroepen, namelijk de *in-* en *externe* factoren; de scheidslijn hiertussen is of het gaat om wel of niet door de ondernemer te beïnvloeden elementen. De externe factoren liggen buiten de directe invloedssfeer van de bestuurders van een onderneming en worden daarom ook wel aangeduid als de *deterministische* factoren. Dat zijn enerzijds meer algemene factoren zoals veranderingen van de conjunctuur (onder andere crises met gevolgen voor de werkgelegenheid en de koopkracht), veranderde samenstelling van de bevolking (onder andere vergrijzing, immigratie), andere wetgeving (liberalisering van de economie) en technologische revoluties (onder andere robotisering, ICT en energiewinning). Anderzijds zijn er meer branche- of ondernemingsgerichte factoren.

De interne factoren betreffen de noodzakelijke keuzes die gemaakt worden door de leiding van het bedrijf en te maken hebben met de organisatie en de inrichting van de bedrijfsprocessen: de structuur en de cultuur van de onderneming. Iedere ondernemer behoort na te denken en te beslissen over het ontwikkelen van een visie van de onderneming (‘waarom doen we dit?’), de strategie (‘wat willen bereiken?’) en de tactiek (‘hoe willen we dat bereiken?’). Deze worden aangeduid als de *voluntaristische* factoren. Zie voor een opsom-

14. Dat is het domein van de *organizational failure research*; zie daarover Whetten 1980 en Mellahi en Wilkinson 2010.

15. Zie Schumpeter 1943.

16. Zie daarover onder andere Mellahi en Wilkinson 2004, Mellahi en Wilkinson 2010, Lukason en Hoffman 2015, Amankwah-Amoah 2016 en Jenkins en McKelvie 2016.

Het doen van goed oorzakenonderzoek van faillissementen

ming van de verschillende elementen tabel 1 en voor een uitgebreide bespreking daarvan wordt verwezen naar genoemde bronnen voor deze opsomming.

Tabel 1: Factoren bij het slagen of falen van bedrijven (bewerkt naar Mellahi en Wilkinson 2004 en Lukason en Hoffman 2015)

Deterministisch	Voluntaristisch
<i>Veranderende omgevingsfactoren</i>	<i>Organisatorische factoren</i>
<ul style="list-style-type: none">– nieuwe (betere) technologieën– veranderende wetgeving– veranderende demografie consumenten– veranderende macro-economie	<ul style="list-style-type: none">– zittingsperiode management– samenstelling management– wisselingen/opvolging binnen management– managementgeschiedenis– bedrijfseconomische situatie– bedrijfsfinanciering– controlemechanismen
<i>Ondernemingsfactoren</i>	<i>Cognitief-psychologische factoren</i>
<ul style="list-style-type: none">– financiële fitheid bij de start– aantal concurrenten ('crowding')– grootte van de organisatie– ouderdom van de organisatie– fase in de industriële levenscyclus	<ul style="list-style-type: none">– samenspel van cognitieve biases– percepties door het management– probleemanalyse door het management– group think, rationalisaties, etc.– bedrijfsstrategie en -tactiek– succes van de onderneming ('curse of success')

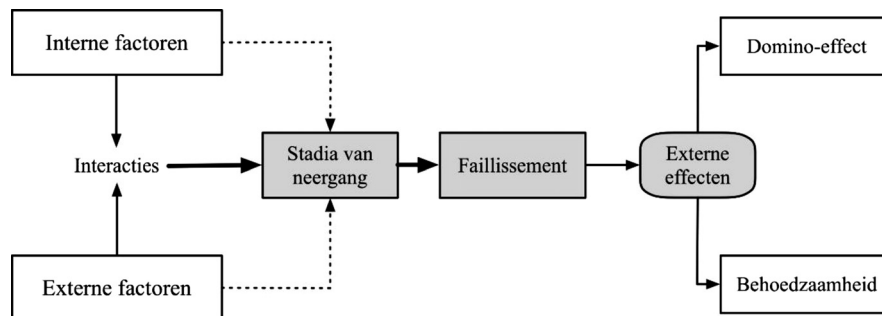
Wat is de betekenis van dit onderscheid in oorzakelijke factoren voor het beoordelen van faillissementen? In het verleden werden vooral de deterministische factoren als voornaamste oorzaak gezien voor het mislukken van bedrijven of instellingen, pas later kwam er meer aandacht voor de voluntaristische factoren. Steeds meer blijkt echter dat het bij de meeste faillissementsgevallen om een combinatie van die twee gaat.¹⁷ Slechts bij een kleine minderheid van de gevallen kan er sprake zijn van de dominantie van een van de twee. De genese van bedrijfsfalen is meestal door een ingewikkeld samenspel van factoren, dus complex van aard en dat heeft weer repercussies voor de methodologie van het onderzoek naar en de interpretatie van de causaliteit.¹⁸

Een ander belangrijk punt is dat een faillissement vrijwel nooit als een donderslag bij heldere hemel komt, maar het bedrijf een aantal fasen van

17. Zie Lukason en Hoffman 2015, p. 52. en Amankwah-Amoa 2016.

18. Zie Giard 2018b.

teeloorgang doormaakt totdat het doek uiteindelijk valt. Het tij zou, zeker bij vroege fases van die neergang nog gekeerd kunnen worden, mits de waarschuwingssignalen tijdig worden opgepikt en er actie wordt ondernomen.¹⁹ Een geïntegreerd model van het falen van een onderneming wordt in onderstaand figuur 1 weergegeven.



Figuur 1: geïntegreerd model van de genese van faillissementen en de externe effecten daarvan (bewerkt naar Amankwah-Amoah, 2016)

Dit schema laat zien dat het falen van ondernemingen niet alleen oorzaken heeft, maar ook weer gevolgen voor andere bedrijven. Het samenspel van oorzakelijke factoren kan enerzijds ook andere ondernemingen binnen dezelfde branche parten spelen, die daarom in deze neergang meegesleurd worden, het domino-effect. Anderzijds kan een faillissement ook een wake-upcall zijn voor soortgelijke bedrijven om behoedzaam hun koers aan te gaan passen. Wat kan men van faillissementen in een bepaalde branche leren? Dat vraagt een goede analyse van de levensloop van de onderneming, die op haar beurt weer noodzakelijk is voor betere theorievorming over het slagen of falen van ondernemingen.²⁰

Deze (bedrijfs)wetenschappelijke benadering is tot nu toe vooral conceptueel van aard. Het blijkt allereerst lastig om voor al deze factoren de juiste begripsduidingen te vinden, de manieren waarop ze elkaar beïnvloeden en vervolgens hoe operationeel daarvoor accurate en reproduceerbare empirische onderzoeksmethoden te ontwikkelen.²¹ Met deze veelheid van ontstaansfactoren is er dus kennis en ervaring uit verschillende kennisdomeinen nodig. Dit probleemveld vraagt een multidisciplinaire benadering maar hierover later

19. Zie daarover Amankwah-Amoah 2016, p.3391 e.v.

20. Zie bijvoorbeeld de studies van Amankwah-Amoah en Zhang 2015, Yamakawa en Cardon 2015, Jenkins en McKelvie 2016 en Heracleous en Werres 2016.

21. Zie daarover Mellahi en Wilkinson 2004, p. 33 e.v.

meer.²² En hoe modelleer je al deze componenten in hun samenspel en wat zijn hun respectievelijke weegfactoren binnen het geheel? Schimmelpenninck zegt niets hierover. Toegespitst op het oorzakenonderzoek door de curator betekent dit dat hij moet zoeken naar causale verklaringen maar dat betekent steeds een confrontatie met complexiteit. Daarbij volstaat een uitsluitend juridisch normatief kader dus niet. Om enig zicht te krijgen over de mogelijke genese van faillissementen in ons land is een zoektocht naar een realistisch model nodig dat deze kwesties benadert vanuit een multidisciplinair perspectief.

3. Oorzakenonderzoek van faillissementen in Nederland

De voornaamste bron van onderzoek van faillissementen is al ruim een eeuw het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). Regelmatig worden overzichten gepubliceerd van zowel beschrijvende als analytische aard. Uit zo'n periodieke rapportage over 2015 de volgende tabel over de oorzaken van faillissementen (tabel 1).

Tabel 2: Verschillende oorzaken bij inmiddels beëindigde faillissementen voor drie verschillende jaren (Bron: CBS 2016, p. 31)

Jaar:	2004	2010	2015		
Oorzaak	aantal	% aantal	% aantal	aantal	%
Mismanagement	1212	29,1%	1698	29,7%	1937 25,5%
Economische oorzaken	1049	25,2%	1530	26,8%	3603 47,4%
Faillissement holding	385	9,2%	304	5,3%	463 6,1%
Problemen binnen directie	143	3,4%	182	3,2%	56 0,7%
Overig	1143	27,4%	1602	28,0%	1169 15,4%
Onbekend	235	5,6%	399	7,0%	374 4,9%
Totaal	4167	100,0%	5715	100,0%	7602 100,0%

De hier als 'oorzaak' omschreven categorieën zijn vrij globaal en omvatten elk weer verschillende subcategorieën. Wanneer alle gegevens uit deze rapportage over de daarin opgenomen verslagjaren (2004, 2006, 2008, 2010 en 2015) worden gecumuleerd, dan betreft dat een totaal van 28.652 inmiddels beëindigde faillissementen. De doorlooptijden voor de definitieve afwikkeling bedragen vaak meerdere jaren, dus de initiële staat van faillietverklaring door de rechter dateert vaak van jaren eerder. Volgens deze data was er in 29% van

22. Zie over het belang van multidisciplinariteit en met name de betekenis van transdisciplinair onderzoek Giard 2017a.

de gevallen sprake mismanagement en één op de drie bedrijven failliede vanwege de economische omstandigheden.

Hebben we hier iets aan? Het CBS-rapport lijkt uit te gaan van één hoofdoorzaak, terwijl eerdergenoemde studies een samenspel van factoren aannemelijk maken.²³ Er rijst dan de vraag hoe trefzeker deze CBS-classificaties zijn. Wat wordt bijvoorbeeld onder ‘mismanagement’ verstaan en hoe verschilt dat dan weer van ‘problemen binnen de directie’? Mismanagement wordt hier gedefinieerd als onder andere onvoldoende inzicht en grip op de financiële en operationele administratie, verplichtingen aangaan die niet nagekomen kunnen worden, gebrekkige voorbereiding op het ondernemerschap, zelfverrijking en het financieel uithollen van de organisatie, wanbeleid, alle gedragingen die de continuïteit van de organisatie in gevaar brengen.²⁴ Het is duidelijk een verzamelcategorie, er is sprake van ‘lumping’. Juridisch gezien moet er toch verschil bestaan tussen bijvoorbeeld gebrekkige (lees: amateuristische) voorbereiding op het ondernemerschap en wanbeleid – wat dat dan ook weer moge zijn.

Economische oorzaken worden omschreven als toenemende concurrentie, omzet- of prijsdalingen, smaakveranderingen bij het publiek, buitenlandse economische veranderingen en overige economische oorzaken. De categorie ‘overig’ omvat een allegaartje van factoren zoals (bodem)beslag door de fiscus, een kredietstop of dubieuze handelingen.²⁵ De categorie technologische veranderingen (disruptie van de markt) ontbreekt echter.

De volgende vraag is: waaraan ontleende het CBS deze oorzaken? *“Het vaststellen van de oorzaak van een faillissement is gebaseerd op de door de curatoren gepubliceerde gegevens. Uit deze gegevens is niet altijd goed af te leiden wat de precieze [onderstreping RG] oorzaak van het faillissement was”*.²⁶

Helpen dergelijke rapportages de onderzoekers bij het bepalen van de prioriteiten van het oorzakenonderzoek door de meest waarschijnlijke eerst te onderzoeken? De oorzaken worden hier ten onrechte voorgesteld als separate, niet overlappende categorieën: dat past niet bij de eerdergenoemde complexe – dus samengestelde – genese van een faillissement. Dat brengt ons weer bij de eerdergenoemde drie cruciale controlevragen: wat *denken* we van dit faillissement te weten (§ 4), wat *moeten* we ervan weten (§ 5) en wat *kunnen* we ervan weten (§ 7)? Die komen aan de orde.

23. Zie Lukason en Hoffman 2015, p. 52 en Amankwah-Amoa 2016.

24. CBS 2016, p. 61-62.

25. CBS 2016, p. 62.

26. CBS 2016, p. 29.

4. De ondernemer als schuldige of als onderwerp van adequaat gedragskundig onderzoek

Wat *denken* we te weten? Bij een faillissement speelt het fenomeen *framing* een belangrijke rol.²⁷ Fout gegaan wordt geframed als fout gedaan – zo wordt het faillissement gezien als gevolg van het gekluns van de ondernemer. De gedupeerde schuldeisers hebben onmiddellijk hun oordeel klaar en wijzen met het beschuldigende vingertje naar de ondernemer, het is zijn schuld en dat is de fundamentele attributiefout, de psychologische wetmatigheid dat we de verantwoordelijkheid voor het onheil steeds bij iemand anders leggen.²⁸ Daarnaast menen de gedupeerden ook te weten waar en waarom het is fout gegaan en hoe er toen anders gehandeld had kunnen worden om deze catastrofe af te wenden, de contrafeitelijke denkfout. Dit alles is voortdurend oordelen met wijsheid achteraf, hindsight bias. Om hun gelijk aan te tonen gebruiken gedupeerden – veelal onbewust – alleen die argumenten die in het eigen straatje van pas komen, de zogenaamde bevestigingsbias oftevel tunnelvisie.²⁹

Het is dus de ondernemer die het steeds moet ontgelden, vooral door de genoemde fundamentele attributiefout; die is steeds de kop van jut.³⁰ Zelfs als het mislopen van de onderneming in hoofdzaak komt door externe factoren, bijvoorbeeld als de economie hapert of als technologische innovaties de onderneming parten spelen, was het volgens de beste stuurder aan de wal aan de ondernemer om daarop te anticiperen en tijdig bij te sturen. Het is echter de vraag of dit juist is.

Ondernemingen komen nooit zomaar uit de lucht vallen. Steeds krijgen een individu of een collectief een fantastisch idee voor het starten van een onderneming. De starters zijn vol zelfvertrouwen en blaken van optimisme; ondernemen is avontuurlijk, een beetje gewaagd zelfs. Ondanks de daaraan verbonden financiële en persoonlijke risico's starten jaarlijks duizenden individuen een onderneming; ze koesteren vaak hoge ambities en zijn redelijk optimistisch over hun kans van slagen. Veel startups bijvoorbeeld lijken binnen twee jaar ter ziele te zijn of kwamen nooit echt van de grond.³¹

27. Zie daarover Fischer et al., 2008.

28. De gedragingen van de ondernemer worden toegeschreven aan diens persoonlijkheid. Daarbij worden factoren die buiten het bereik van een persoon liggen (situatieve factoren) onderschat, terwijl factoren die binnen een persoon liggen (dispositionele factoren) worden overschat.

29. Zie over die initiële psychologische reacties van slachtoffers na een calamiteit Giard 2010.

30. Zie over deze fundamentele attributiefout Tetlock 1985.

31. Het is moeilijk betrouwbare data hierover te vinden. De beweringen lopen uiteen tussen een faalkans van 90% binnen twee jaar en een kans van slagen van meer dan 50% op en vijfjaarstermijn.

Ondernemers moeten voortdurend reeksen beslissingen nemen; hoe doen ze dat? Decennialang gold binnen de economie het leerstelsel van het rationele keuzemodel. Alternatieve beslissingsmogelijkheden werden hierbij tegenover elkaar afgewogen op grond van het respectievelijke nut ervan; dat bepaalde, al dan niet aan de hand van mathematische modellen, de rationele keuze. Met de opkomst van de gedragswetenschappen, met name de cognitieve en de sociale psychologie, bleek echter dat de beslissingen van de mens helemaal niet zo rationeel waren als werd verondersteld – integendeel. De psychologen Tversky en Kahneman hebben laten zien dat allerlei irrationele mechanismen het gedrag blijken te sturen.³² Het onderzoek van de manier waarop ondernemers hun beslissingen nemen, moest dus op een andere leest geschoeid worden en de aldus verkregen resultaten pasten beter bij de realiteit.

Binnen de economie werd gaandeweg het rationele keuzemodel vervangen door een gedragskundig georiënteerde doctrine, de *behavioural economics*.³³ Aangezien deze gedragsmechanismen van invloed blijken op het verzamelen van informatie en het nemen van beslissingen, was deze kennis breder toepasbaar dus ook op die processen in het juridische vakgebied. Belangrijk is daarbij om te realiseren dat de fundering van deze gedragsleer primair psychologisch is. Zeker wat betreft ondernemings- en insolventierecht liggen economie en recht dicht tegen elkaar aan en blijken deze psychologische mechanismen bruikbaar voor het beschrijven en verklaren van de dagelijkse praktijk. Zo ontstond een onderzoeksrichting, die we nu kennen als *behavioral law and economics* (hierna: BLE).³⁴ Deze wordt als volgt omschreven: “*Behavioural law and economics seeks to inform legal analysis by drawing on both the methods and the extensive findings of behavioural decision research, the psychology of judgment and decision-making, and related fields.*”³⁵

Tijdens het zoeken naar informatie en het nemen van beslissingen krijgen ondernemers steeds te maken met intuïtieve vooringenomenheden, in jargon aangeduid als: biases. Daardoor maken die ondernemers keuze- en beoordelingsfouten.³⁶ Het herkennen en begrijpen van die biases en doorgronden hoe die mede de uitkomsten bepalen van de strategie en de tactiek van de onderneming is daarom van doorslaggevend belang. Deze BLE-benadering

32. Zie Tversky en Kahneman 1974, Tversky en Kahneman 1981 en Kahneman 2011.

33. Zie voor een literatuuroverzicht Martins Pereira 2016.

34. Zie Sunstein 2000 en voor een kritische beschouwing over het belang van de psychologische fundering en de noodzaak van meer verdieping daarbij zie Rachlinski 2011 en voorts Mathis 2015.

35. Zie daarover Tor 2015. Voor een overzicht van de invloed van biases op het financiële handelen zie Moosa en Ramiah 2017.

36. Zie daarover Kahneman 2011, p. 12 e.v.

biedt een beter theoretisch kader voor het onderzoeken en beoordelen van insolventies omdat de processen van informatie verzamelen, keuzemogelijkheden inventariseren en beslissen systematisch aandacht krijgen.

Bij ondernemers blijken drie vooringenomenheden een belangrijke, zo niet beslissende, rol te spelen: overmoedigheidsbias, optimisme-bias en wantrouwen ('distrust').³⁷ Overmoed en optimisme zijn niet hetzelfde, maar wel met elkaar verwant: die heb je allebei nodig om een onderneming te starten maar ze kunnen ook tot foute beslissingen leiden. Het voortdurend vraagtekens plaatsen bij het doen en laten van concurrenten (wantrouwen) helpt het eigen beleid bij te sturen – of soms juist niet. Bij de complexe interacties tussen alle factoren, die het slagen of falen van een onderneming bepalen, is het niet mogelijk de vooringenomenheden elk apart te onderzoeken maar die dienen steeds als ensemble te worden beoordeeld. Steeds moet na afloop een oordeel worden gevormd als de catastrofe zich al heeft voltrokken. Dat kan het oorzakenonderzoek sturen en verstoren door wijsheid achteraf.

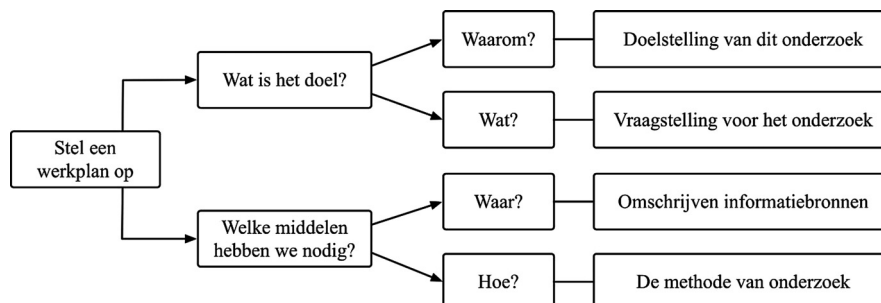
5. De noodzaak van een methodologisch normatief kader

Wat *moeten* we weten? Waar rechtsvragen te beantwoorden zijn – was hier sprake van wanbeleid, onregelmatigheden of zelfs van fraude? – dienen eerst de feiten en omstandigheden zo zorgvuldig en objectief mogelijk te worden vastgesteld. We ontmoeten hier wederom de eerder besproken dubbele normativiteit: deugdelijke rechtstoepassing (positiefrechtelijk kader) op geleide van het resultaat van objectieve waarheidsvinding (methodologisch-kentheoretisch kader). Een oorzakenonderzoek doe je niet zomaar even uit de losse pols, dat behoort systematisch te gebeuren. Daarvoor heb je een theoretisch kader nodig en een planmatig beschreven werkwijze die ontworpen en uitgevoerd wordt aan de hand van een op de kwestie toegesneden probleemstelling.³⁸ Die methode dient ook beproefd te zijn.

Vanuit methodologische oogpunt dienen zich bij de opzet van een onderzoek de volgende vier – in wezen basale – vragen aan: waarom doen we dit onderzoek, wat willen we dan weten, wat zijn dan de onderzoeksobjecten en hoe onderzoeken we die? Zie daarvoor figuur 2.

37. In de Engelstalige literatuur respectievelijk aangeduid als overconfidence bias, optimism bias en distrust. Zie daarover Simon et al. 2000 en Gudmundsson en Lechner 2013.

38. Een probleemstelling omvat tegelijk formuleren van de doelstelling(en) van het onderzoek en de daarvan afgeleide vraagstelling(en). Zie daarover uitgebreid Verschuren 2011, p. 59 e.v., Verschuren 2017 en Giard 2016, p. 43 e.v.



Figuur 2: een schema voor een methodisch en grondig onderzoek (Naar Verschuren, 2011)

Deze werkwijze verloopt gefaseerd: eerst is er de conceptuele fase, de probleemstelling, waarbij het doel van het onderzoek wordt geformuleerd, vervolgens de vraagstelling wat onderzocht gaat worden en vervolgens de operationele fase waarbij de benodigde middelen worden geïnventariseerd en toegepast. Zo'n aanpak kunnen we gebruiken voor het oorzakenonderzoek van insolventies.

Er doemt een praktisch probleem op wat betreft dit uitspitten van het bedrijfsfalen: nauwkeurig oorzakenonderzoek kost geld, tijd en vraagt veel energie. De kosten worden onttrokken aan de boedel en dus blijft er minder over voor de schuldeisers; en wat als er geen geld meer beschikbaar is? Naast de juiste gefaseerde opzet van het onderzoek zal telkens ook nagedacht dienen te worden over de reikwijdte en de diepgang. Waarom, hoe en wanneer wordt het onderzoek begrensd? We bezien de vier onderdelen van het onderzoek nu nader.

5.1 *Waarom doen we dit onderzoek?*

Het oordeel van de rechter gaat over de juridische vraag naar mogelijke onregelmatigheden. Daar is eerst onderzoek voor nodig en daarbij is de centrale vraag steeds: *waardoor* ging het met deze onderneming mis? Dit is een open vraag, we starten het onderzoek liever niet met de gesloten vraag of hier sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur of zelfs van frauduleus handelen.³⁹ Wanneer de analyse door dergelijke gesloten vragen geleid wordt richt alle aandacht zich (te) selectief op wanbeleid of fraude – zo'n vraag werpt altijd haar schaduw vooruit. Er wordt dan met een doel voor ogen gekeken naar wat

39. Zie over het belang van het stellen van de juiste vragen voor het onderzoek Giard 2013.

er niet goed werd gedaan; de valkuil van de *bevestigingsbias* oftewel tunnelvisie.⁴⁰

We doen het onderzoek immers met het doel om vanuit een breed perspectief de meest plausibele causale verklaring te verkrijgen en dat ‘brede’ onderzoek kan eventueel resulteren in de vaststelling van onbehoorlijk bestuur of fraude als hoofdoorzaak. Voor die zoektocht hebben we een doortimmerd theoretisch kader nodig en inventarisatie van reeds opgedane kennis op dit gebied. Dat kennisraamwerk is normatief in twee opzichten: het bepaalt wat goed onderzoek is en het levert een taxonomie voor de mogelijke bevindingen en dat helpt weer om afwijkingen te signaleren en te categoriseren.

In het insolventierecht is, behalve het artikel van Schimmelpenninck (waarover later meer), nauwelijks aandacht voor een goed gegroundveste systematische manier van onderzoeken. Hermans heeft in zijn dissertatie ruim aandacht geschonken aan de uitvoering van het onderzoek in het kader van een enquêteprocedure.⁴¹ De benadering wordt echter grotendeels vanuit het juridische perspectief gedaan. In zijn hoofdstuk over hindsight bias krijgt de methodologische invalshoek meer aandacht met het uitwerken van de principes van debiasingstrategieën om tot verantwoorde juridische oordelen te komen.⁴² Zijn model onderzoeksprotocol is overwegend juridisch-conceptueel van aard en geeft nauwelijks aanwijzingen voor de operationalisering van het onderzoek.⁴³

We beschikken eigenlijk nog niet over zowel de theoretische als de praktische kennis die we voor het oorzakenonderzoek nadrukkelijk nodig hebben: “*The literature so far lacks a thorough understanding of why firms fail at the population level and whether different types of firms fail for different reasons.*”⁴⁴ Daarom is het nodig om eerst de bestaande kennis kritisch te ontsluiten zoals die werd ontwikkeld binnen de BLE, de sociale en cognitieve psychologie, etc. Tevens is meer, vooral empirisch onderzoek naar oorzaken van bedrijfsfalen nodig. Het juridische oorzakenonderzoek kan ontegenzeggelijk niet zonder voldoende input vanuit de bedrijfswetenschappen.

5.2 *Wat willen we weten?*

We willen vanaf een zorgvuldig gekozen startpunt een dynamische beschrijving van de gang van zaken binnen de betreffende onderneming en daarbij weten

40. Zie algemeen over deze bevestigingsbias (= confirmation bias) Nickerson 1998, Rassin 2010 en verder Hermans 2017, § 8.11.7 (p. 499 e.v.), ‘Het voorkomen van confirmation bias’.

41. Zie Hermans 2011a, hoofdstuk 7 (p. 313 e.v.).

42. Hermans 2017b.

43. Hermans 2017a, bijlage 2, *Model Onderzoeksprotocol*, p. 675 e.v.

44. Lukasson en Hoffman 2015, p. 45.

hoe de ondernemer c.q., de bestuurder(s) achtereenvolgens heeft/hebben gehandeld. Daarbij hoort ook het onderzoeken van de context waarbinnen dit handelen zich heeft afgespeeld. Dat laatste is heel belangrijk want die omstandigheden kunnen van doorslaggevende betekenis zijn. Een voorbeeld daarvan is het oordeel van de Ondernemingskamer dat er sprake was van wanbeleid bij Fortis na de overname van ABN AMRO, een uitspraak die ook in cassatie stand hield.⁴⁵ Was wanbeleid bij het bestuur van Fortis hier werkelijk dé oorzaak? Werden andere relevante factoren voldoende onderzocht?

Bij genoemde cassatie wordt er in de conclusie van de procureur-generaal wél stilgestaan bij het verwijt over oordelen met hindsight bias (de bezweeringsformule in het arrest dat hier zo niet was geoordeeld, bleek bepaald niet steekhoudend want eraan denken is niet genoeg; voor zo'n onderzoek zijn kunstgrepen nodig). Wat betreft de context van deze kwestie hebben we hier echter te maken met een mondiaal probleem van de bankencrisis, een dominante – te ver doorgeschoten? – neoliberale tijdgeest geholpen door een liberale dus niet-restrictieve wetgeving, de opkomst van door exacte wetenschappers bedachte nieuwe economische modellen, het ontbreken van voldoende risico-inschattingen en het ontberen van adequate tegenspraak. Dit voorval stond zeker niet op zichzelf, mondiaal zijn meerdere banken in moeilijkheden geraakt of zelfs omgevallen. Waarom werd dit niet meegenomen in het oordeel? Welke andere relevante factoren werden hier verwaarloosd?

5.3 *Waar gaan we het onderzoek op richten?*

Er hoort een reconstructie plaats te vinden vanuit het perspectief van de handelende ondernemer: kunnen we door zo'n analyse diens handelen in kaart brengen en gemaakte keuzes begrijpen? Een dergelijk onderzoek zal prospectief dienen te verlopen, dat willen zeggen vanaf een bewust gekozen startmoment met de stroom van de tijd mee en zeker niet retrograad, terugkijkend vanaf het moment van faillissement. De onderzoeker neemt als het ware plaats op de stoel van de bestuurder en volgt diens handelen nauwgezet: wat weet die op welk moment, hoe wordt dat geïnterpreteerd, hoe wordt daarop gereageerd en is dat gelet op de context van dat moment ook begrijpelijk?⁴⁶

Omdat het faillissement van een onderneming kan worden beschouwd als een calamiteit, kan het nuttig zijn om aansluiting te zoeken bij de methodologie van onderzoek bij calamiteiten. De afgelopen jaren is veel gedaan aan het ontwikkelen hiervan: die vragen om een systematische multiperspectivische

45. HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1585 in cassatie op Hof Amsterdam 5 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0991.

46. Deze benadering wordt vooral uitgewerkt in Dekker 2014. Zie daarnaast Woods et al.

aanpak waarbij steeds geprobeerd wordt de mogelijke valkuilen zoals outcomebias en tunnelvisie zoveel mogelijk te omzeilen.⁴⁷ Deze technieken worden bijvoorbeeld met vrucht toegepast bij onderzoek van calamiteiten in de geneeskunde.⁴⁸ Dat vroeg echter eerst het goed begrijpen van de principes van deugdelijk onderzoek en hoe die toe te passen op analyse van calamiteiten in de geneeskunde. Datzelfde geldt ook voor het onderzoek van faillissementen: dat vraagt geëigende onderzoeksmethoden, toegespitst op het type onderneming/industrie. Het blijkt echter dat voor het onderzoek naar de oorzaken van een faillissement nog maar nauwelijks een op het soort onderneming toegespitste methodologie ontwikkeld.⁴⁹ Dat vraagt niet alleen juridische kennis maar vooral inzichten uit andere (gedragskundige) disciplines – ik blijf hierop hameren.

5.4 *Hoe doen we het onderzoek?*

De vragen daarbij zijn: wat willen we over gefailleerde weten, waar kunnen we de gegevens vinden, hoe moet dat worden onderzocht en wie gaat dat doen? Wat betreft de eerste vraag: het onderzoek naar de oorzaken van een faillissement omvat alle in- en externe determinanten zoals – ruwweg – aangegeven in tabel 1. We zullen dus eerst moeten omschrijven welke factoren we onderzoeken voor een bepaald type bedrijf en dat vraagt voor elk van die elementen ook een goede begripsduiding. Vervolgens is de vraag met welke middelen we dat onderzoek naar de feiten en omstandigheden uitvoeren, maar dan zullen we ook ten minste enig begrip mogen hebben op hoe nauwkeurig en reproduceerbaar deze meet- en waarnemingstechnieken zijn. En hoe vermijden we de herhaaldelijk genoemde valkuilen van wijsheid achteraf en tunnelvisie?⁵⁰

Dan de kwestie waar we de informatie kunnen vinden. De gefailleerde wordt geacht mee te werken aan het aanleveren van de informatie.⁵¹ De in 2017 in werking getreden *Wet versterking positie curator* zou de informatiepositie van de curator moeten verduidelijken en liefst verbeteren. De vraag is of met deze nieuwe wet ertoe leidt dat de curator wel over de juiste informatie komt te beschikken. Doelstelling van de wet is dat in het bijzonder faillissementsfraude beter kan worden bestreden.⁵² De informatiepositie van de curator mag dan – enigszins – gewijzigd zijn, maar van een versterking over de gehele linie is

47. Zie daarvoor Woods et al. 2010 en Dekker 2014.

48. Zie Dekker 2014 en Giard 2016.

49. Een voorbeeld van analyse van problemen binnen een specifieke sector van software startups is de studie van Giardino et al. 2014.

50. Zie daarover Giard 2016, m.n. de hoofdstukken 5 en 8.

51. Zie artikel 105, 105a, 105b en 106 FW en ook het INSOLAD jaarboek 2013.

52. Deze wet maakt onderdeel uit de zogenaamde fraudepijler van het wetgevingsprogramma *Herijking faillissementsrecht* dat in 2012 door de minister van – toen nog – Veiligheid en Justitie is ingezet (*Kamerstukken* 33695).

nog onvoldoende sprake.⁵³ De curator wordt door deze wet ook niet gestimuleerd om voor een multidisciplinaire benadering te kiezen die nodig is in het kader van een oorzakenonderzoek.

Maar zelfs zonder kwade opzet kan het voorkomen dat belangrijke informatie buiten het blikveld van de curator of de rechter-commissaris blijft. Dus ook hier geldt de noodzaak van het ex ante vaststellen wat men wil weten, gegeven het type onderneming, en wat zijn de mogelijke bronnen daarvan. Hoe stel je vast dat er informatie moedwillig wordt achtergehouden of is vernietigd?

Ten slotte: *wie* gaat het onderzoek doen? Is de curator daar wel de meest geschikte persoon voor? Heeft deze wel genoeg kennis van met name de bedrijfskundige en economische aspecten en bovendien ervaring met de hierboven beschreven systematiek van een oorzakenonderzoek? Hoe goed zijn de deskundigen, die zich op deze ‘markt’ richten? Zeker als het gaat om frauduleus handelen heeft men een expert, meestal een forensisch accountant op dat gebied hard nodig.⁵⁴ Erkens heeft bepleit dat men hiervoor gespecialiseerde deskundigen nodig heeft, die voldoende in deze problematiek zijn geschoold en er voldoende ervaring mee hebben.⁵⁵

5.5 *De begrenzing en diepgang van het onderzoek*

Ieder onderzoek vraagt bezinning over de begrenzing en de diepgang ervan, zowel voorafgaand als tijdens de doorlichting.⁵⁶ Bovendien is het in de context van een faillissementsafwikkeling van belang te voorkomen dat ‘goed geld naar kwaad geld’ wordt gegooid. De doelstelling van het onderzoek dient realistisch te zijn. Prima gedachte, maar voor men aan het project begint, heeft men vaak geen idee wat het onderzoek met zich mee zal brengen. De onderzoekers staan dus voor de taak de doel- en vraagstelling (enigszins) te begrenzen want dat is bepalend voor de kwaliteit van het onderzoek. Om die vragen goed te kunnen beantwoorden is ook empirisch onderzoek nodig: doe een uitgebreide analyse van faillissementen en onderzoek langs statistische weg welke factoren welk gewicht bij de uiteindelijke analyse blijken te hebben.

Tegelijk is voldoende diepgang nodig: welke kennis heb ik werkelijk nodig, waarmee nu niet het aantal te onderzoeken factoren wordt bedoeld, maar wat men daarvan nauwkeurig moet weten. Uiteindelijk zal aan verzamelde informatie betekenis moeten worden toegekend en een oordeel worden gevormd: dat vraagt adequate achtergrondkennis en praktische ervaring.⁵⁷

53. Zie daarover De Kloe en Ortiz Aldana 2018.

54. Dat gaat dan vaak ook weer niet zonder problemen: zie Miedema 2017.

55. Daarover Erkens 2017.

56. Zie hierover Verschuren 2011, p. 269 e.v.

57. Zie over data verzamelen, kennisvorming en oordelen Giard 2018.

Welke begrenzing van het onderzoek er moet komen en welke diepgang er gevraagd wordt bij de analyse van het probleem, laat zich dus niet eenvoudigweg ex ante vaststellen: daar zijn tevens de analyses van de resultaten van eerder onderzoek voor nodig en voortdurende reflectie. In de praktijk lijkt de factor geld echter allesbeslissend: als dat er niet is, valt er geen goed onderzoek te verrichten, tenzij buitenstaanders daartoe bereid blijken te zijn – maar wat willen ze dan daarvoor terug?⁵⁸

6. Het protocol van Schimmelpenninck

In de juridische literatuur wordt qua methodologie voor oorzakenonderzoek, zeker van complexe faillissementen, vaak verwezen naar het in 2008 gepubliceerde protocol van Schimmelpenninck.⁵⁹ Die schijft: “*De [INSOLAD] praktijkregels zwijgen echter over de vraag hoe de curator zijn onderzoek dient in te richten en of hij dit zelf moet doen, of dat hij derden dient in te schakelen.*”⁶⁰ Zijn artikel, zo stelt hij, probeert in die leemte te voorzien. Dat ‘hoe’ – zie figuur 2 – is pas de derde stap. Er wordt door Schimmelpenninck weliswaar in algemene termen melding gemaakt van onder meer de doelen van het onderzoek, de noodzaak om de situatie van de betreffende branche te beoordelen, te onderzoeken hoe de verhouding ligt tussen in- en externe oorzaken van het faillissement, maar de benadering is vrijwel steeds conceptueel – de noodzakelijke nadere operationalisering ervan ontbreekt en die zou moeten worden ingevuld.

Wat betreft de uitvoering omschrijft Schimmelpenninck dat de curator bij diens onderzoek in elk geval drie fases dient te doorlopen:

1. Vaststelling van relevante feitelijke omstandigheden in de periode voorafgaand aan het faillissement.
2. Beoordeling van de verschillende oorzaken van het faillissement en hun onderlinge gewicht.
3. Beoordeling van ieders bijdrage aan het ontstaan van het faillissement, van de grondslag voor aansprakelijkheid.

Wat zijn nu de relevante feitelijke omstandigheden? Daarover beoogt Schimmelpenninck zoveel mogelijk langs de weg van *consensus* overeenstemming te bereiken. Maar moet de onderzoeker niet primair zelf de doel- en vraagstelling bepalen en daarna de te onderzoeken bronnen benoemen en de methoden

58. Vanwege onderzoek naar faillissementsfraude en de bestrijding daarvan bestaat sinds 1 mei 2012 de *Garantstellingsregeling curatoren 2012*. Zie: <http://wetten.overheid.nl/BWBR0031312/2012-05-01/0>.

59. Schimmelpenninck 2008.

60. Het primaire doel van het onderzoeksprotocol is om vast te leggen wat de rechten en verplichtingen van betrokkenen zijn. Zie hiervoor Hermans 2018, § 7.5.6.

daarvoor formuleren en zodoende een voor alle betrokkenen duidelijk en richtinggevend plan van aanpak opstellen? Als de curator aangewezen is op alleen wat de gefailleerde kwijt wil, belandt deze in de beschikbaarheidsvalkuil, de availability bias. En over welke periode gaat het onderzoek?

Dit protocol werd door Schimmelpenninck gehanteerd voor onderzoek van het faillissement van Fokker, maar dat bedrijf startte in 1919. Welke periode is voor dit faillissementsonderzoek relevant? Terloops wordt, zonder enige onderbouwing, een termijn van drie jaar genoemd. Vanuit juridische optiek valt die termijn wel te begrijpen in verband met de driejaarstermijn van artikel 2:138 lid 6 en artikel 2:248 lid 6 BW, maar het is geheel niet uitgesloten dat de daadwerkelijke oorzaak of oorzaken van het faillissement eerder is/zijn ontstaan.⁶¹ Moet een eventueel langere termijn niet eerder per situatie worden bepaald?

Dan het vervolg: *“In de tweede fase formuleert de curator zijn conclusies ten aanzien van de oorzaken van het faillissement, waaronder zijn conclusies over de verhouding tussen interne en externe oorzaken.”* Wordt hier wel een voldoende gedifferentieerde systematiek gehanteerd wat betreft mogelijke oorzaken (zie tabel 1)? Hoe kom je aan de weegfactor en welk multifactorieel model gebruik je hierbij? Hoe ga je om met complexiteit? Fase 3 ten slotte wordt nauwelijks uitgewerkt.

Als we dit protocol leggen langs de methodologische maatlat, zoals beschreven in § 5, dan mist het voorschrift van Schimmelpenninck de juiste systematiek van onderzoek en ontbeert het accuratesse wat betreft duiding van begrippen en explicitering van methoden: het is te algemeen, te abstract en te vrijblijvend. Opvallend is dat in dit artikel geen enkele onderbouwing met referenties wordt gegeven voor de gekozen wijze van aanpak. Verwijzingen naar gegevens van analytisch en empirisch onderzoek uit bedrijfswetenschappelijke literatuur ontbreken ten ene male. Over de talrijke potentiële valkuilen bij dit onderzoek – en vooral: hoe die te omzeilen – wordt met geen woord gerept.

Uiteindelijk gaat het om een normatieve beoordeling van het handelen van bestuurders: welk normatief kader dienen we daarvoor te hanteren? Wanneer is het handelen van een ondernemer kennelijk onbehoorlijk? Is dat oordelen eerder intuïtief dan rationeel indachtig de maatstaf van voormalig VS-opperrechter Potter Stewart: *“I know it when I see it?”*⁶² Een dergelijke houding kan nu juist leiden tot willekeur. Hoe stel je vast wat de maatmens bestuurder vermag en moet kunnen. Aan het normatieve kader moet ook empirisch

61. In beide wetsartikelen kan een vordering slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement.

62. In US Supreme Court *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964). Zie ook hierover P. Gewirtz, ‘On “I Know It When I See It”’, *The Yale Law Journal* 1996 vol. 105, p. 1023-1047.

onderzoek ten grondslag liggen. Hanteren we daarvoor precieze en vooral ex ante geformuleerde criteria?

En wordt dat onderzoeken en oordelen niet gestuurd en verstoord door wijsheid achteraf met ex post criteria? Kortom, Schimmelpennincks protocol biedt, bezien vanuit methodologisch perspectief, onvoldoende houvast want methodologisch rust het niet op door empirisch onderzoek gefundeerde inzichten.

7. Wat bepaalt het verschil tussen slagen of falen? De perspectieven van hindsight en foresight

Wat *weten* we eigenlijk over faillissementen? Kunnen we achteraf, in *hindsight* dus, wel onbevooroordeeld de oorzaken vaststellen bij een onderneming die kopje-onder is gegaan? Dit impliceert dat we dan ook vooraf, in *foresight* dus, zouden moeten kunnen voorspellen welke bedrijven het helemaal zullen gaan maken en welke niet? Bij het eerste zoeken we achteraf naar oorzaken van effecten – waardoor kwam het faillissement? Bij het tweede proberen we te voorspellen wat de effecten zullen zijn van oorzaken – welk bedrijfsbeleid leidt tot goede resultaten? Hoe verhouden die twee zich tot elkaar?

Eerst het terugblikken. Als een onderneming failliet gaat, krijgen we te maken met het fenomeen dat alles wordt gezien door de bril waarmee faalfactoren scherp zichtbaar zijn geworden; wat wijst er op onkundigheid, gegeven de rampzalige afloop? De onderzoeker staat steeds bloot aan de effecten van *outcome* of *hindsight bias*. Dat is het fenomeen van wijsheid achteraf waardoor de gebeurtenissen verklaarbaarder of voorspelbaarder lijken dan in werkelijkheid mogelijk was; dat stuurt en stoort dus het oorzakenonderzoek. Zowel ervaren als onervaren ‘auditors’ (een vergelijkbare functie als curatoren) blijken gevoelig voor wijsheid achteraf, waarbij ze steeds vooral meer aandacht blijken te hebben voor veronderstelde faalfactoren dan voor de gunstige.⁶³ Voor een uitgebreide bespreking van deze relevante en belangrijke fenomenen wordt naar de referenties verwezen, voor het ondernemingsrecht met name naar Hermans.⁶⁴

Een van de kernpunten van het onderzoek is of er sprake was van wanbeleid bij de bestuurders van de onderneming. Maar wat wordt er onder wanbeleid verstaan en hoe wordt dat eenduidig vastgesteld? Blijkt uit het gevolg, het faillissement, de oorzaak, het wanbeleid? Als indicatie daarvoor geldt bijvoorbeeld het ontbreken van een adequate administratie door het niet nakomen van de wettelijke plicht daartoe ex artikel 2:10 BW. Maar wat is de maatstaf voor

63. Zie daarover Anderson 2014.

64. Zie Roese en Vohs 2012, Giard 2017b en Hermans 2017b.

beantwoording van de vraag of er voldaan is aan die plicht en is die duidelijk genoeg?⁶⁵ En is zo'n slechte boekhouding nu oorzaak van het bedrijfsfalen of is het er misschien eerder een symptoom van?

Wie de beslissing van de Ondernemingskamer over het onderzoek naar het faillissement van ICT-concern Landis Group leest, ontkomt daarbij niet aan de indruk dat er door outcome bias vooral aandacht bestaat voor veronderstelde faalfactoren.⁶⁶ Er wordt geen systematiek bij het onderzoek gehanteerd als te zien in tabel 1. Terloops wordt als externe factor genoemd dat in de ICT-sector inmiddels breed werd onderkend dat er in die sector sprake was van een crisis met een structureel karakter – maar daar blijft het bij.⁶⁷

De wijze van besturen van het concern en het financieren van nieuwe acquisities worden bekritiseerd, maar is dat gebaseerd op ex ante geformuleerde objectieve normen? Hoe doen vergelijkbare bedrijven dat en met welk resultaat? Als het ene bedrijf glorieert en het andere faillieert, waarbij allebei dezelfde wijze van financiering hanteerden, hoe oordeel je dan over de juistheid van die financiering? Wordt het handelen hier wederom gezien door het frame van het faillissement? Of speelt ook de berichtgeving in de media hierbij een rol? Hoe onbevooroordeeld is dan het onderzoek in de enquête bij Meavita?⁶⁸ Eerder noemde ik al het oordeel over Fortis. En is ondernemer Elon Musk werkelijk zo geniaal? Hoe kijken we dan later naar hem als er problemen komen met Tesla of SpaceX?

En dan het vooruitblikken. Er is veel bedrijfskundig onderzoek gedaan naar de vraag of het slagen of falen van een onderneming kan worden voorspeld, wat zijn succesfactoren? Daar schuilen – alweer! – kluwen van methodologisch addertjes onder het gras. Bijvoorbeeld: wie uitsluitend succesvolle ondernemingen wil gaan analyseren, maakt zich op voorhand al schuldig aan *selection* of *survival bias*: de matige, slechte of door insolventie gesneuvelde bedrijven werden van het onderzoek uitgesloten.

Voor retrospectieve analyse van failliete bedrijven geldt wederom dezelfde problematiek van selectiebias. Onderzoek naar wat goed – of slecht – ondernemerschap kenmerkt, is dus complex en methodologisch lastig maar wel noodzakelijk; we weten er gewoon echt nog te weinig van en die onwetendheid heeft weer consequenties voor al degenen die zich met het onderzoek van insolventies bezighouden en daaraan juridisch relevante consequenties verbinden.

Wie de overlevingskansen van een bedrijf wil onderzoeken, zal het hele spectrum aan bedrijven met goede, matige en slechte resultaten moeten

65. Zie daarover Van Hengel 2015.

66. Hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8414.

67. Zie r.o. 2.1.

68. Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61. Zie de kritiek hierop door Deelen 2017.

includeren. Definieer dan een beginpunt waarop van een bedrijf kan worden gesproken, branche, omvang, locatie, marktaandeel etc. en leg vooraf vast welke factoren je onderzoekt en hoe je die vastlegt, volg die bedrijven en verricht periodiek peilingen en evalueer die. Daarvoor is er een lange follow-up tijd nodig, prestaties en markten kunnen fluctueren. Zo kan je voor bedrijven in het algemeen of per bedrijfsgroep qua aard en/of grootte onderzoek doen naar slaag- en faalfactoren gerelateerd aan hun resultaten.

In 2001 publiceerde Jim Collins een mondiale bestseller onder de titel *Good to great*.⁶⁹ Samen met zijn team analyseerde hij systematisch honderden bedrijven uit de Fortune 500-lijst. Daarin vonden ze uiteindelijk elf bedrijven, die in een periode van vijftien jaar goed gepresteerd hadden en explosief groeiden: inderdaad, die ontwikkelden zich klaarblijkelijk van goed naar groots! Kenmerken van die fortuinlijke ondernemingen waren dat ze uitstekende leiders hadden, de juiste mensen kozen, alle harde feiten onder ogen kregen, een gedisciplineerde organisatiecultuur hadden en nog veel meer. Zo hoort excellent ondernemen dus te zijn – maar is dit eigenlijk niet een opsomming van open deuren?

Twee jaar later waren drie van deze elf qua beursnotering alweer weggezaakt en later nog eens twee. Bijna de helft was dus in de jaren daarna teruggeleden en had opgehouden in de oorspronkelijke bruisende vorm te bestaan; ze waren uiteindelijk helemaal niet zo ‘great’ meer. Dit is een typisch voorbeeld van selectie oftewel survivalbias: de overlevers van dat moment werden verkozen en onderzocht maar dat leidde niet tot robuuste kenmerken van goed ondernemerschap. Bovendien, ik noemde het al eerder, ontstaan, bestaan en vergaan bedrijven net zoals wij mensen – een natuurlijk proces dus.

Bij oorzaak-gevolgrelaties mogen we nooit terugredeneren dat we uit het gevolg de oorzaak kunnen afleiden. Uit het faillissement mogen we geen conclusies trekken over wanbeleid. We kunnen dus wel uit oorzaken gevolgen afleiden, maar niet omgekeerd – een asymmetrische relatie dus.⁷⁰ Dat vraagt dus een prospectief gericht onderzoek.

Ondernemers mogen dan last hebben van zelfoverschatting, bij de juridische onderzoeker ligt dat ook op twee manieren op de loer. Heeft de onderzoeker wel enig besef waar zijn kennisgrenzen liggen? In de eerste plaats is er het Dunning-Kruger-effect: hoe onwetend is de onderzoeker wat betreft zijn eigen onwetendheid?⁷¹ Om daarachter te komen, heb je metacognitieve vermogens nodig om te onderzoeken hoe juist jouw keuzes en conclusies waren. De eerste

69. Collins 2001.

70. Zie over deze causaliteitsvraagstukken Giard 2018b.

71. Zie Dunning 2011 en ook Ehrlinger et al. 2008.

stap daartoe is je die vragen te durven stellen en vervolgens – liefst ook met hulp van anderen – onverschrokken te beantwoorden.

In de tweede plaats, verwant met de eerste, of het onderzoek en de daaruit afgeleide verklaring wel diepgravend genoeg is, de *illusion of explanatory depth*.⁷² We hebben meestal te snel de indruk dat we het allemaal wel weten. Maar daarvoor moeten we de antwoorden op de waardoorvraag kritisch benaderen. Faillissementsonderzoeken zouden daarom eigenlijk alleen mogen worden verricht door onderzoekers die de daarvoor benodigde kennis en vaardigheden bezitten.

8. Conclusies

Realiseerde de Rotterdamse rechter zich wel wat de opdracht tot oorzakenonderzoek als routine bij faillissementen door de curator allemaal betekent en wat hij daarmee aanricht? Moet de curator dan ook niet met een beetje *overconfidence bias* behept zijn om die taak uit te voeren? Wat ik heb proberen duidelijk te maken is het volgende:

- Het oorzakenonderzoek, zoals dat tot nu toe bij faillissementen geïmplementeerd wordt, is op methodologische gronden meestal niet uitgebreid en diepgaand genoeg omdat het veel te beperkt en vooral onsystematisch wordt uitgevoerd.
- De vraag is of de onderzoekers zich wel voldoende bewust zijn van de talrijke potentiële systematische misleidingen die op de loer liggen en of hun onderzoeksmethoden daarop aangepast zijn.
- De kennis over de oorzaken van het goed of slecht functioneren van een bedrijf en waarom ze insolvent kunnen worden, is allesbehalve voldoende: er zijn veel lacunes en vooral veel halve waarheden.

Juristen hebben nogal eens de neiging om zo autonoom mogelijk te werk te willen gaan en daarbij niet of nauwelijks buiten de grenzen van hun vak durven te kijken.⁷³ Die te beperkte niet-juridische kennis zal, zeker ook op het terrein van het insolventierecht, contraproductief kunnen werken. De vraag is immers gerechtvaardigd of de op dit terrein werkzame juristen hun vermogen om hier goed te kunnen onderzoeken en oordelen wellicht overschatten, vooral omdat ze hun onwetendheid, vooral op niet-juridisch terrein, gemakkelijk kunnen onderschatten.

Gezien het bovenstaande, het bestaan van tal van methodologische valkuilen en de noodzaak van goed voorbereide onderzoeksplannen, kan men zich terecht

72. Mills en Keil 2004.

73. Van Krieken 2006.

afvragen of het echt wel haalbaar is om bij elk faillissement een oorzakenonderzoek te doen.

Hier ontberen we de uitkomsten van goed empirisch onderzoek: hoe vaak komt het voor dat de ondernemer er verwijtbaar een knoeiboel van heeft gemaakt of fraudeert? Vriesendorp stelt mijns inziens terecht: “... *alleen als er serieuze aanwijzingen zijn van verdachte of onnatuurlijke omstandigheden, dat wil zeggen een te kwader trouw handelen door de bestuurder of gerelateerde partijen (en de schuldeisers het zinnig achten en willen betalen!), is een dergelijk onderzoek geboden*”.⁷⁴

En willen we dat onderzoek in voorkomende gevallen ook werkelijk adequaat doen, dan is er nog heel veel werk te verzetten. De curatoren moeten beter op deze onderzoektaak worden toegerust gebaseerd op een beproefde methodologie, uitgewerkt in een deugdelijk en vooraf mede door de rechter-commissaris goed bevonden onderzoeksplan. Er ligt voor zowel bedrijfskundige als juridische onderzoekers – liefst in samenspraak met elkaar – ook een forse researchagenda klaar om bij de in dit hoofdstuk genoemde knelpunten een goede probleemstelling uit te werken en op geleide daarvan dat verder te onderzoeken, zowel theoretische als empirisch.

Het werk binnen het insolventierecht zal zeker aan kwaliteit kunnen winnen als dat vaker multidisciplinair wordt aangepakt – ook in de rechtspraak met een betere rechtsbedeling en – bescherming tot gevolg.⁷⁵ Praktijkjuristen zullen dan ook steeds meer aangewezen zijn op kennisbronnen buiten hun vakgebied en dan vooral uit de bedrijfswetenschappen. Er valt nog veel te leren en te verbeteren maar dat zorgt er ook voor dat er een betere legitimering van de rechtspraak op dit terrein komt.

Verkort aangehaalde literatuur:

Amankwah-Amoah, J. en H. Zhang, ““Tales from the grave”: what can we learn from failed international companies?”, *Foresight* 2015 vol. 17, p. 528-541.

Amankwah-Amoah, J. ‘An integrative process model of organizational failure’, *Journal of Business Research* 2016 vol. 69, p. 3388-3397.

Anderson, K.L., ‘The effects of hindsight bias on experienced and inexperienced auditors’ relevance ratings of adverse factors versus mitigating factors’, *Journal of Business & Economics Research* 2014 vol. 12 (3), p. 165-173.

CBS, *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015*, Den Haag: CBS 2016.

Collins, J., *Good to great*, Amsterdam/Antwerpen: Business Contact 2001.

74. Vriesendorp 2018, p. 93.

75. Zie daarover Giard 2017a.

- Deelen, C.F., 'Mentale misleiding en de rechter. Meavita, de OK en oordelen achteraf', *WPNR* 2017/7111.
- Dekker, S., *The field guide to understanding 'human error'* (3e druk), Farnham: Ashgate Publishing Ltd 2014.
- Dunning, D., 'The Dunning-Kruger effect. On being ignorant of one's own ignorance', *Advances in Experimental Social Psychology* 2011 vol. 44, p. 247-296.
- Dunning, D., 'The best option illusion in self and social assessment', *Self and Identity* 2018, p. 1-14.
- Erkens, F., 'Vraagstukken bij financieel deskundigenonderzoek', *Expertise en Recht* 2017, p. 248-254.
- Ehrlinger, J. et al., 'Why the unskilled are unaware: further explorations of (absent) self-insight among the incompetent', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 2008 vol. 102, p. 98-121.
- Fischer, P. et al., 'Selective exposure and decision framing: the impact of gain and loss framing on confirmatory information search after decisions', *Journal of Experimental Social Psychology* 2008 vol. 44, p. 312-320.
- Giard, R.W.M., 'Na de calamiteit: perceptie en primaire psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht', *Letsel & Schade* 2010 nr. 2, p. 6-12.
- Giard, R.W.M., 'Waarheidsvinding: een spel van vraag en antwoord', *Expertise en Recht*, 2013 nr.3-4, p. 115-121.
- Giard, R.W.M., *Werken aan waarheidsvinding. Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.
- Giard, R.W.M., 'De kennis van de jurist voorbij: wanneer weten twee samen meer dan een?', *Expertise en Recht* 2017a, p. 181-184.
- Giard, R.W.M., 'in de rechtszaal voert hindsight bias nog te vaak de regie. Wie doet er wat aan?', *Expertise en Recht* 2017b nr. 2, p. 49-51.
- Giard, R.W.M., 'Wie de data niet eert, is de rechtspraak niet waard', *Expertise en Recht* 2018a nr.3, p. 105-107.
- Giard, R.W.M., 'Het naadje van de causaliteit. Wetsevaluatie en rechtspraak vanuit een ander perspectief', *Expertise n Recht*, 2018b nr. 3, p. 108-114.
- Giardino, C., Wang, X., en Abrahamsson, P. 'Why early-stage software startups fail: a behavioral framework', in: *International Conference of Software Business*, Cham: Springer 2014, p. 27-41.
- Gudmundsson, S.V. en C. Lechner, 'Cognitive biases, organization, and entrepreneurial firm survival', *European Management Journal* 2013 vol. 31, p. 278-294.
- Hengel, E.M. van, 'De administratieplicht ex artikel 2 : 10 bw nader bezien', *V&O* 2015, p. 37-41.

- Heracleous, L. en K. Werres, 'On the road to disaster: strategic misalignments and corporate failure', *Long Range Planning* 2016 vol. 49, p. 491-506.
- Hermans, R.M., *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017a.
- Hermans, R.M., 'Het voorkomen van hindsight bias bij het beoordelen van het handelen van rechtspersonen', in: *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017b, p. 499-546.
- Jenkins, A. en A. McKelvie, 'What is entrepreneurial failure? Implications for future research', *International Small Business Journal: Researching Entrepreneurship* 2016 vol. 34, p. 176-188.
- Kahneman, D., *Ons feilbare denken*, Amsterdam: Uitgeverij Business Contact 2011.
- Kloe, H.J. de en F. Ortiz Aldana, 'Wet versterking positie curator: is de positie van de curator daadwerkelijk versterkt?', *Maandblad Voor Ondernemingsrecht*, 2018 nr.1 en 2, p. 50.
- Krieken, R. van, 'Law's autonomy in action: anthropology and history in court', *Social and Legal Studies* 2006 vol. 15, p. 574-590.
- Martins Pereira, C., 'Reviewing the literature on behavioural economics', *Capital Markets Law Journal* 2016, vol. 11(3), p. 414-428.
- Mathis, K. (red.), *European perspectives on behavioural law and economics*, Cham: Springer 2015.
- Mellahi, K. en A. Wilkinson, 'Organizational failure: a critique of recent research and a proposed integrative framework', *International Journal of Management Reviews* 2004 vol. 5-6, p. 21-41.
- Mellahi, K. en A. Wilkinson, 'Managing and coping with organizational failure: introduction to the special issue', *Group and Organization Management* 2010, vol. 35, p. 531-541.
- Miedema, P. 'Accountantscontrole van het 'concern'', in: *INSOLAD jaarboek* 2017, p. 291-304.
- Mills, C.M. en F.C. Keil, 'Knowing the limits of one's understanding: the development of an awareness of an illusion of explanatory depth', *Journal of Experimental Child Psychology* 2004 vol. 87, p. 1-32.
- Moosa, I.A. en V. Ramiah, *The financial consequences of behavioural biases*, Cham: Palgrave Macmillan 2017.
- Nickerson, R.S., 'Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many guises.', *Review of General Psychology* 1998 vol. 2(2), p. 175-220.
- Rachlinski, J.J., 'The psychological foundations of behavioral law and economics', *University of Illinois Law Review* 2011, nr. 5, p. 1675-1696.
- Rassin, E.G.C., 'Vijf jaar tunnelvisiecommotie: het moet niet gekker worden', *R. Themis* 2010 nr. 5/6, p. 206-214.

- Roese, N.J. en K.D. Vohs, 'Hindsight bias', *Perspectives on Psychological Science* 2012 vol. 7(5), p. 411-426.
- Schimmelpenninck, R.J., 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *TvI* 2008/20.
- Schumpeter, J.A., *The theory of economic development*, Cambridge (MA): Harvard University Press 1934.
- Simon, M., Houghton, S.M. en K. Aquino, 'Cognitive biases, risk perception, and venture formation: how individuals decide to start companies', *Journal of Business Venturing* 2000 vol. 15, p. 113-134.
- Sunstein, C.R. (red.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.
- Tetlock, P.E., 'Accountability: a social check on the fundamental attribution error', *Social Psychology Quarterly* 1985 vol. 48, p. 227-236.
- Tor, A., 'The next generation of behavioural law and economics' in: Mathis, K. (red.), *European perspectives on behavioural law and economics*, hoofdstuk 2 (p. 17 e.v.), Cham: Springer 2015.
- Tversky, A. en D. Kahneman, 'Judgment under uncertainty: heuristics and biases', *Science* 1974, vol. 185, p. 1124-1131.
- Tversky, A. en D. Kahneman, 'The framing of decisions and the psychology of choice.', *Science* 1981, vol. 21, p. 453-458.
- Verschuren, P.J.M., *De probleemstelling voor een onderzoek*, (14e druk), Houten: Het Spectrum 2011.
- Verschuren, P.J.M., *Kernthema's in de methodologie. Op weg naar beter onderzoek*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2017.
- Vriesendorp, R.D., '[**] It happens; then and now/terugblikken en vooruitkijken in het insolventierecht', *TvI* 2017, 148-159.
- Vriesendorp, R.D., "'Insolventiestress" en het insolventierecht als 'de psychopathologie van het recht"', *TvI* 2018/15.
- Whetten, D.A. 'Organizational decline: sources, responses and effects', In: J. Kimberly en R.Miles (red.), *Organizational Life Cycles*, San Francisco: Jossey-Bass 1980, p. 342-374.
- Woods, D.D. et al., *Behind human error*, Farnham: Ashgate Publishing Ltd, 2010.
- Wu, K. en D. Dunning, 'Hypocognition: making sense of the landscape beyond one's conceptual reach', *Advances in Experimental Social Psychology* 2018 vol. 22 (1), p. 25-35.
- Yamakawa, Y. en M.S. Cardon, 'Causal ascriptions and perceived learning from entrepreneurial failure', *Small Business Economics* 2015 vol. 44, p. 797-820.