

# KPNQwest: lessen over het belang van een oorzakenonderzoek in complexe faillissementen

## Interview met curator mr. Marcel Windt over het faillissement van KPNQwest

TvI 2019/40

**In mei 2002 viel het doek voor KPNQwest. Wij spraken curator Marcel Windt over de uitdagingen die de afwikkeling van dit faillissement met zich meebracht. De gevoerde procedures, de stem van de schuldeisers en het oorzakenonderzoek zijn hierbij uitgebreid aan bod gekomen. Hoewel het faillissement al ruim 17 jaar geleden is uitgesproken, biedt de afwikkeling van het faillissement op deze punten nog steeds belangrijke lessen voor de huidige curatorenpraktijk.**

### 1. Inleiding

Op 31 mei 2002 werden KPNQwest N.V. (hierna: "KPNQwest") en het grootste deel van haar dochtervennootschappen in binnen- en buitenland failliet verklaard. Als curatoren werden benoemd Eddie Meijer en Jan van Apeldoorn, die later is vervangen door Marcel Windt (hierna: "curatoren"). Het faillissement van één van de grootste toonaangevende telecombedrijven kwam voor het publiek volledig uit de lucht vallen. "Het was in zekere zin een grote verrassing. En dat verklaart misschien ook wel de enorme schuldenlast die in korte tijd en in goed vertrouwen is opgebouwd", aldus Windt. Het faillissement van KPNQwest is om meerdere redenen uitzonderlijk te noemen. In deze bijdrage staan wij stil bij enkele bijzonderheden rond het faillissement.<sup>2</sup> Terugblikkend op het verleden, zijn wij met Windt de dialoog aangegaan om te onderzoeken wat de huidige curatorenpraktijk kan leren van het faillissement van KPNQwest. Naar onze mening biedt het faillissement leerpunten voor de huidige curatorenpraktijk omdat het inzicht geeft in het belang van een goed oorzakenonderzoek. Het faillissement is goeddeels afgewikkeld. In de dochtervennootschappen zijn slotuitdelingen gedaan aan schuldeisers en bij de moedermaatschappij staat de derde, tevens slot-uitdelingslijst op de rol. Wij bespreken achtereenvolgens de structuur van KPNQwest (§ 2), de aanvang van het faillissement (§ 3), de samenwerking

met andere curatoren in het concern (§ 4), de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure in de Verenigde Staten (§ 5), het verloop van de enquêteprocedure en de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure in Nederland (§ 6) en sluiten af met de lessen die geleerd kunnen worden uit het faillissement van KPNQwest (§ 7).

### 2. De structuur van KPNQwest

Het in Hoofddorp gevestigde KPNQwest was de belichaming van de joint venture die op 26 februari 1999 werd aangegaan door Koninklijke KPN NV en het Amerikaanse Qwest Communications International Inc. KPNQwest werd opgericht als een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, maar werd later omgezet in een naamloze vennootschap met gewone structuur om een (gedeeltelijke) beursgang mogelijk te maken. KPN had een aandelenbelang van ongeveer 40%, Qwest een belang van ongeveer 47,5%. Een belang van ongeveer 12,5% werd genoteerd aan de officiële markt van de effectenbeurs van Euronext Amsterdam en aan de Amerikaanse beurs Nasdaq. Qwest leek licht de overhand te hebben in de zeggenschap van de joint venture, niet alleen gelet op de aandelenverhouding, maar ook in het bestuur- en toezichtorgaan van de onderneming. Enig statutair bestuurder van KPNQwest was de Amerikaan McMaster. Drie van de zes commissarissen werden benoemd op voordracht van Qwest, terwijl maar één commissaris werd benoemd op voordracht van KPN.

KPNQwest was de houdstermaatschappij van een conglomeraat van Nederlandse en buitenlandse vennootschappen waarin de operationele activiteiten en assets van de groep waren ondergebracht. Deze vennootschappen werden gehouden via een viertal Nederlandse subholdings die eveneens in staat van faillissement werden verklaard.

KPNQwest exploiteerde een glasvezelnetwerk dat zich uitstrekte over geheel Europa en waarmee zij aan haar (met name) zakelijke afnemers telecommunicatiediensten aanbod. Denk daarbij aan datacommunicatieverkeer, internettoegang, applicatiebeheer en ondersteunende diensten. Voor deze telecomdiensten had KPNQwest gedurende haar bestaan een (voor die tijd) modern breedbandnetwerk van glasvezelkabels opgebouwd. Het netwerk was verdeeld in een zestal "Euroringen" die met elkaar in verbinding stonden. KPNQwest beschikte over ruim 25 duizend kilometer glasvezelkabel waarmee 60 Europese steden in 18 landen werden verbonden. Daarnaast beschikte KPNQwest over trans-Atlantische communicatiecapaciteit waarmee het

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: J.M.W. Pool & M.C.J. Peeters, 'KPNQwest: lessen over het belang van een oorzakenonderzoek in complexe faillissementen. Interview met curator mr. Marcel Windt over het faillissement van KPNQwest', TvI 2019/40. Jessie Pool is als PhD-Fellow verbonden aan de afdeling ondernemingsrecht van de Universiteit Leiden en Michiel Peeters is advocaat bij Boels Zanders Advocaten.

2 Marcel Windt heeft voor zover noodzakelijk toestemming verleend voor de publicatie van dit artikel en de publicatie van de gekozen citaten. Het artikel is gebaseerd op een interview dat wij hebben gehouden met curator Windt en is dus in zoverre geschreven vanuit het perspectief van de curator. De aard van dit artikel en de insteek van het interview maken dat wij niet alle gebeurtenissen diepgaand kunnen bespreken.

netwerk werd verbonden met dat van Qwest in de Verenigde Staten.

In vrijwel iedere jurisdictie in Europa had KPNQwest ten minste twee aparte groepsmaatschappijen; een zogenaamde "asset company" en een "service company". De *asset company* had de activa in eigendom en bood feitelijk toegang tot het netwerk in het betreffende land. Zij beschikte over het lokale netwerk. Dat wil zeggen dat de *asset company* lokaal constructieovereenkomsten aanging die strekten tot aanleg van het netwerk en waarmee zij langlopende gebruiksrechten tot het netwerk verkreeg. De *service company* sloot de contracten met zakelijke klanten voor de verkoop van telecommunicatiediensten waarmee de klanten toegang werd geboden tot het Europese glasvezelnetwerk. De *service company* kocht op haar beurt de benodigde toegang tot het netwerk in bij de lokale *asset company*. De inkomsten die de *service company* ontving van de klanten voor de toegang tot het netwerk, werden naar een centrale rekening van KPNQwest Finance BV doorgeleid via een dagelijkse "cash sweep". Vanuit die rekening werden de verschillende groepsmaatschappen van KPNQwest gefinancierd. KPNQwest Finance BV fungeerde daarmee als financieringsmaatschappij van de groep.<sup>3</sup>

KPNQwest was niet zo maar een bedrijf. Het was een top 25 beursgenoteerde onderneming, één van de grootste ondernemingen van dat moment. Het was bovendien een jonge onderneming; nog geen drie jaar oud ten tijde van het faillissement. Hoe kon het zo snel mis gaan?

### 3. De aanvang van het faillissement

Windt werd pas in het voorjaar van 2006 - circa vier jaar na de datum van faillietverklaring van KPNQwest - aangesteld als curator. Het verzoek van Van Apeldoorn aan Windt om hem als curator te vervangen wegens zijn ziekte, vond Windt "eervol maar bepaald uitdagend" maar het was ook een verzoek dat "je eigenlijk niet goed kon weigeren". Voorheen was Windt niet betrokken bij de behandeling van het faillissement, ook niet als kantoorgenoot van Meijer.<sup>4</sup> Windt heeft het faillissement de eerste vier jaren eigenlijk alleen "als krantenlezer" gevolgd. Hij kan ons tijdens het interview daarom niet zoveel vertellen over de beginperiode. Omdat Meijer niet deelnam aan het interview, hebben wij voor de eerste fase van het faillissement in belangrijke mate moeten putten uit de openbare faillissementsverslagen en informatie die beschikbaar is via openbare bronnen. Hieruit blijkt dat de telecommarkt waarop KPNQwest zich begaf, aan het begin van het jaar 2002 onverwacht snel zou zijn verslechterd. De vraag vanuit de telecomsector zou plotseling zijn

gestagneerd waardoor het operationele resultaat en de liquiditeit van de onderneming onder druk kwamen te staan. Vooruitzichten moesten telkens neerwaarts worden bijgesteld. De neergang van de financiële positie vormde voor de huisbankiers de aanleiding om de kredietfaciliteit te bevrozen, waardoor de gehele groep in één keer niet meer over liquide middelen kon beschikken en er een acute nood situatie ontstond. Hierdoor zag KPNQwest zich genoodzaakt om surseance van betaling aan te vragen. Op 23 mei 2002 verleende Rechtbank Haarlem voorlopige surseance van betaling aan KPNQwest. Een week later, op 31 mei 2002, werd de surseance van KPNQwest ingetrokken onder het gelijktijdig uitspreken van het faillissement. De faillissementen van de groepsvennootschappen volgden korte tijd later.

In de eerste fase van het faillissement waren alle werkzaamheden van curatoren erop gericht om de bedrijfsactiviteiten te continueren en een doorstart van de groep als *going concern* te realiseren. Dat zou niet alleen tot een maximale opbrengst voor de schuldeisers leiden, maar dat zou ook met zich meebrengen dat het glasvezelnetwerk in stand zou kunnen blijven. De instandhouding van het netwerk was nodig om schade voor de afnemers te voorkomen. Afnemers konden immers niet op korte termijn uitwijken naar een ander netwerk. De schade daarvan zou aanzienlijk zijn.

Curatoren kwamen voor een enorme uitdaging te staan toen na verloop van een week nog geen uitzicht was op een spoedige doorstart en er een volledig gebrek was aan liquide middelen. Onder leiding van een aantal managers werd een plan bedacht dat voorzag in continuering van het grootste gedeelte van het netwerk. De voortzetting van het netwerk werd gefinancierd door het bankenconsortium middels toekomstige betalingen van afnemers op aan de banken verpande vorderingen, alsmede vooruitbetalingen voor de diensten. Op deze wijze zou het netwerk tot 1 juli 2002 (een maand) in bedrijf kunnen worden gehouden. Dat gaf curatoren en de banken tijd om te bezien of het netwerk kon worden verkocht en gaf afnemers en klanten van KPNQwest iets respijt om schadebeperkende maatregelen te nemen voor het geval het netwerk onverhoopt buiten werking zou worden gesteld.

Een complicerende factor bij het verkoopproces was dat de activa (het netwerk) in eigendom toebehoorden aan een veelheid van buitenlandse vennootschappen. In verschillende landen waren inmiddels faillissementsprocedures of vergelijkbare insolventieprocedures geopend, waardoor de curatoren met verschillende buitenlandse curatoren en bewindvoerders moesten samenwerken. Die samenwerking komt aan de orde in § 4. Tal van grote eigendomsstukken en natrekkingsdiscussies tussen verschillende jurisdicties en verschillende entiteiten zorgden ervoor dat een verkoop van de onderneming/het netwerk als geheel uiteindelijk niet is gelukt. Een echte doorstart van de onderneming heeft nooit plaatsgevonden. Het netwerk is uiteindelijk in losse delen verkocht door de verschillende lokale curatoren, banken, grondeigenaren of eigenaren van de

<sup>3</sup> Op 30 mei 2002 verleende Rechtbank Amsterdam voorlopig surseance van betaling aan KPNQwest Finance BV. Jhr. Mr. B.W.J.M. de Roy van Zuidewijn werd aangesteld als bewindvoerder (en later curator). Het faillissement van deze vennootschap werd separaat afgewikkeld.

<sup>4</sup> Mr. E.T. Meijer is op 12 oktober 2016 vervangen als curator door mr. T.H. Otten, die op zijn beurt met ingang van 2 mei 2018 is ontheven van zijn aanstelling vanwege de fase waarin de afwikkeling van het faillissement zich bevindt.

stations al naargelang welke vorm van natrekking er in het betreffende land gold. In feite was het een kwestie van het vereffenen van de verschillende vermogensbestanddelen: liquidatiewerk. Afgezet tegen de schuldenlast van twee miljard was de opbrengst van de activa, enkele tientallen miljoenen, te verwaarlozen. Toch was met name die opbrengst cruciaal om de eerste onderzoeken naar en procedures over bestuurdersaansprakelijkheid (§ 5) te kunnen bekostigen.

#### 4. De samenwerking met buitenlandse curatoren in het concern

Anno 2019 is samenwerking tussen curatoren een veelbesproken onderwerp. De Europese Insolventieverordening 2015 legt bijvoorbeeld de nadruk op deze samenwerking.<sup>5</sup> Het stimuleren van samenwerking tussen curatoren wordt gezien als één van de belangrijkste aspecten in het bevorderen van het internationale herstructureringsklimaat.<sup>6</sup> Windt merkt op dat dit onderwerp rond de opening van het faillissement van KPNQwest nauwelijks aan de orde leek te zijn. De oorspronkelijke Insolventieverordening is in werking getreden op de dag van de opening van de insolventie van KPNQwest.<sup>7</sup> Er was nog geen ervaring met de werking van de verordening. Windt geeft aan dat het bewustzijn van de Insolventieverordening op dat moment heel beperkt was. Windt geeft als voorbeeld dat het *first come, first served* principe toen nog niet helemaal uitgekristalliseerd was. Hier doelt hij op het artikel in de Insolventieverordening waarin is geregeld dat wanneer een faillissement van een vennootschap eenmaal in een bepaald land is geopend, de discussie over bevoegdheid daarmee beslissend naar dat betreffende land is getrokken.<sup>8</sup> Windt legt uit dat er door het gebrek aan bewustzijn over de – op dat moment nieuwe – regels omtrent internationale faillissementen ook niet aan insolventieplanning is gedaan. Het gebrek aan samenwerking en misschien wel het gebrek aan kennis over het bereik van de Insolventieverordening hebben volgens Windt ook invloed gehad op het falen van een doorstart. Windt legt uit dat curatoren door het gebrek aan samenwerking met de buitenlandse curatoren het Nederlandse netwerk van KPNQwest apart moest verkopen. Wanneer in het buitenland secundaire procedures – waarbij dan zou moeten worden beargumenteerd dat de COMI van alle vennootschappen in

Nederland lag – of andere primaire procedures zouden zijn geopend, zouden de curatoren van de hoofdprocedure en de secundaire procedure verplicht zijn geweest om samen te werken. Achteraf is het gemakkelijk praten, maar wellicht zouden de verkopen die nu lokaal en decentraal per land zijn uitgevoerd in dat geval vanuit één hand namens banken en curatoren kunnen zijn aangestuurd.<sup>9</sup>

Als wij vragen of het faillissement van KPNQwest anders was afgelopen als het faillissement nu zou zijn uitgesproken, reageert Windt bevestigend:

“Ja, ik denk het wel. Ik denk dat er veel meer planning zou zijn geweest. Insolventieplanning is pas de laatste tien jaar in zwang geraakt.”

Windt geeft aan dat de huidige ontwikkelingen die de nadruk leggen op het herstructureren van de onderneming, zoals de Europese herstructureringsrichtlijn,<sup>10</sup> op dat moment nog niet speelden. Windt betreft ook de meer recente ontwikkelingen in Nederland. Hij legt uit dat – hoewel er in Nederland nog steeds beperkte herstructureringsmogelijkheden zijn – er in de huidige praktijk zonder twijfel meer gepland zou zijn.

#### 5. De bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure in de Verenigde Staten

Het faillissement van KPNQwest zal bij de meeste lezers vooral bekend staan om de vermeende boekhoudfraude en de vele daarmee verband houdende gerechtelijke procedures. Met Windt blikken wij terug op de procedures die curatoren gevoerd hebben tegen bestuurders, commissarissen en aandeelhouders van KPNQwest, te beginnen met de civiele procedure in de Verenigde Staten.

Toen Windt in 2006 werd aangesteld als opvolgend curator, was er geen basis meer om op een neutrale manier feiten en achtergronden te verzamelen. “*De verhoudingen waren al verzuurd en het was een gewapende strijd*”, aldus Windt. Er waren weliswaar versies van het oorzakenonderzoek beschikbaar, maar dat onderzoek is eigenlijk nooit afgemaakt of gepubliceerd. Dat kwam mede doordat het bestuur curatoren aansprakelijk had gesteld voor het geval die informatie openbaar zou worden gemaakt. Het had volgens Windt op dat moment geen meerwaarde om het oorzakenonderzoek af te ronden, omdat curatoren op basis van hun eerste bevindingen al hadden besloten om in de Verenigde Staten te procederen.

5 Artikel 41-44 Insolventieverordening (herschikking) van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedure.

6 Zie onder meer artikel 61-77 Insolventieverordening (herschikking) van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, I Chaika, ‘Insolvency of Group of Companies through the prism of the Recast Insolvency Regulation (EU)’, *Institute of International and European Insolvency Law, University of Cologne, Germany*, 2015/848, European Law Institute, *Rescue of Business in Insolvency Law*, te raadplegen via [www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/Instrument\\_INSOLVENCY.pdf](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf), hoofdstuk 9 en N.W.A. Tollenaar, ‘Dealing with the insolvency of multinational groups under the European Insolvency Regulation’, *Tvl* 2010/14.

7 Insolventieverordening 2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

8 Artikel 16 Insolventieverordening 2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures en artikel 19 Insolventieverordening (herschikking) van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures.

9 Artikel 31 Insolventieverordening 2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

10 Zie Proposal for a directive of the European parliament and of the council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD), aangenomen op 6 juni jongstleden, via <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/06/06/giving-entrepreneurs-a-second-chance-new-rules-on-business-insolvency-adopted/>.

Op 25 juni 2004 hebben de curatoren in de Verenigde Staten een procedure aangespannen tegen Qwest Communications International Inc., meerderheidsaandeelhouder van KPNQwest, haar bestuurder J.A. McMaster en twee leden van de raad van commissarissen J.P. Nacchio en R.S. Woodruff. KPN en de van KPN afkomstige commissarissen waren geen gedaagden in deze procedure. Inzet van de procedure was een vordering tot schadevergoeding op grond van Amerikaans recht, gebaseerd op de stelling dat het faillissement van KPNQwest is veroorzaakt door fraude, bedrog en wanbeleid van gedaagden. Kort samengevat verweten curatoren de gedaagden dat zij, bewust, een onjuist beeld van de winst- en vermogenspositie van KPNQwest hadden geschetst. Curatoren verweten gedaagden dat zij de schijn wekten dat de omzet van KPNQwest zich volgens plan ontwikkelde, terwijl het gebrek aan reële opbrengsten en cashflow verborgen bleef. Deze schijn werd volgens curatoren onder meer gewekt door de boekhoudkundige verwerking van de (ruil)handel in zogenaamde *indefeasible rights of use* (IRU's), langjarige gebruiksrechten van (over)capaciteit op glasvezelverbindingen. De omzet of inkomsten van de langlopende IRU's werden bij het aangaan van de overeenkomsten in één keer volledig als omzet geboekt, terwijl deze inkomsten volgens curatoren over de volledige looptijd van de overeenkomsten hadden moeten worden gespreid. De kosten daarentegen werden wel gespreid over de looptijd van de overeenkomsten geboekt. Door de boekhoudkundige verwerking van de IRU's werden de omzet en het resultaat van KPNQwest kunstmatig hoog gehouden en ontstond een (naar het oordeel van curatoren) misleidend beeld van de inkomens- en vermogenspositie van KPNQwest.

Curatoren hebben hun schadevergoedingsvordering gestoeld op de Amerikaanse *'Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act'* ("RICO-act"). De RICO-act geeft slachtoffers van de handelwijze van zogenaamde 'racketeers' de mogelijkheid om een civiele claim in te dienen bij Amerikaanse rechtbanken.<sup>11</sup> Aanvankelijk is deze wet opgesteld in 1970 om de maffia efficiënter te kunnen aanpakken. De wet maakt het namelijk mogelijk om de vervolging van diverse misdrijven te concentreren in één procedure om zo verbanden te leggen tussen criminele activiteiten. Op die manier zou het eenvoudiger zijn om het brein achter een criminele organisatie op te sporen. In de loop der jaren is de RICO-act ook gaan dienen als grondslag voor vorderingen tegen onder andere van fraude verdachte bestuurders van rechtspersonen.

Het voordeel van een procedure gebaseerd op de RICO-act is erin gelegen dat de eiser een drievoudige punitieve schadevergoeding kan krijgen, zogenaamde 'treble damages'.<sup>12</sup> Dit houdt in dat de benadeelde de door hem geleden schade in drievoud mag terugvorderen. De curatoren zouden op grond van deze Act derhalve een veel hogere schadevergoeding kunnen krijgen dan in Nederland mogelijk is. In

Nederland is immers geen ruimte voor 'treble damages' of 'punitive damages'. Bovendien heeft de Nederlandse rechter de bevoegdheid tot matiging.

Windt legt uit dat de hoogte van de schadevergoeding één van de beweegredenen was om in de Verenigde Staten een procedure te starten. Bij curatoren bestond de gedachte dat in de Verenigde Staten via juryrechtspraak meer kans bestond op een goede opbrengst voor de enorme schuldenlast van KPNQwest. Omdat bij curatoren in 2004 nog veel feitelijke vragen en onduidelijkheden bestonden, zagen curatoren de mogelijkheid om een zogenaamde 'discovery' te gelasten als een belangrijk voordeel van een Amerikaanse procedure. Een *discovery* houdt kort gezegd in dat partijen in de voorfase van een rechtszaak informatie van de wederpartij kunnen verkrijgen om bepaalde feiten op te helderen en bewijs te vergaren. Dit processuele instrument van bewijsgaring gaat verder dan de mogelijkheden die het Nederlandse recht kent. Een beperking zoals in artikel 843a Rv wordt gegeven met de woorden 'rechtmatig belang' en 'bepaalde bescheiden' bestaat niet of nauwelijks.

Uiteindelijk heeft de Amerikaanse procedure curatoren niet gebracht wat zij ervan hadden gehoopt, omdat de Amerikaanse rechter zich onbevoegd heeft verklaard.<sup>13</sup> Windt licht toe dat die onbevoegdheid terugvoert op het leerstuk 'forum non conveniens', dat wij in Nederland nog maar heel beperkt kennen. De common law-doctrine van non conveniens is een discretionair middel dat het voor de rechter mogelijk maakt om rechtsmacht te weigeren indien de belangen van de rechtspleging beter worden gediend als de zaak door een alternatief forum wordt behandeld. Aan de hand van de *'balancing test'* wordt getoetst of een adequaat alternatief forum beschikbaar is en, als dat zo is, of een afweging van private en publieke 'conveniëns' factoren zouden moeten leiden tot de conclusie dat de procedure beter gevoerd kan worden voor dat alternatieve forum.

Volgens de Amerikaanse rechter heeft de Nederlandse rechter adequate mogelijkheden om op te treden tegen fraude en wanbeleid en staat vast dat de Nederlandse rechter een adequaat alternatief forum is. Dit werd onderstreept doordat in diezelfde periode aan deze kant van de oceaan door de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) een enquêteprocedure was aangespannen tegen gedaagden (§ 6). Ook de weging van publieke en private belangen kon curatoren niet baten. Naar het oordeel van de Amerikaanse rechter kan de procedure beter voor de Nederlandse rechter worden gevoerd. De kern van het geschil gaat immers over de vraag of sprake is geweest van fraude en wanbeleid bij een Nederlandse vennootschap. Dat twee van de bestuurders in de Verenigde Staten woonachtig waren en een aantal bestuursvergaderingen plaatsvonden in de Verenigde Staten, maakte het geschil volgens de Amerikaanse rechter nog niet tot een Amerikaans geschil.

11 18 U.S.C. § 1964 (c).

12 18 U.S.C. § 1964 (c).

13 United States District Court 17 oktober 2006, *JOR* 2007/23.

In hoger beroep is de beslissing bekrachtigd door het U.S. Court of Appeals for the Third Circuit.<sup>14</sup> Curatoren hebben vervolgens tevergeefs geprobeerd de zaak aanhangig te maken bij het U.S. Supreme Court. Ook een nieuwe poging in een andere staat mocht niet baten. Op 31 maart 2010 heeft het U.S. District Court of Colorado zich eveneens onbevoegd verklaard.<sup>15</sup> Een inhoudelijke beoordeling van de vorderingen van curatoren heeft niet plaatsgevonden.

Curatoren waren zich vooraf goed bewust van het procesrisico in de Verenigde Staten: daar zijn de nadelen afgewogen tegen de gehoopte voordelen. Toch zijn curatoren lang doorgegaan in de Verenigde Staten, omdat die procedure op *non recourse* basis was gefinancierd door enkele grote schuldeisers van KPNQwest. Curatoren hadden bij wege van boedelfinanciering de beschikking gekregen over fondsen om een civiele procedure te voeren in de Verenigde Staten waarvan de tegenprestatie afhankelijk is van tal van factoren, waaronder het behaalde resultaat. De afspraken zijn vastgelegd in een *'Funding and Contingency Agreement'*. Bij een opbrengst in de Verenigde Staten zouden de financierende schuldeisers recht hebben op een aanzienlijke fee. Zij hadden er daarom belang bij om curatoren onder druk te zetten om de Amerikaanse procedure niet te gauw op te geven ook al waren de slagingskansen intussen kleiner geworden. Omdat de Amerikaanse procedure op niets is uitgelopen, hoefden curatoren geen fee- of terugbetaling te doen onder de *Contingency Agreement*. Later is wel nog discussie ontstaan of de procesfinanciers aanspraak konden maken op een eventuele opbrengst van procedures in Nederland. Een opbrengst in een Nederlandse procedure kon alleen dan onder het bereik van de gemaakte *contingency*-afspraken vallen indien naar het oordeel van curatoren genoegzaam werd aangetoond dat deze opbrengst is verkregen onder verwijzing naar informatie die verkregen of gegenereerd is als gevolg van de procedure in de Verenigde Staten.

## 6. De overstap naar Nederland

Curatoren besloten intussen de aansprakelijkheidsprocedure in Nederland voor te bereiden en zijn op dat moment *"toch meer met Nederlandse maatstaven naar de zaak gaan kijken. En in zoverre zijn we daarna ook helemaal opnieuw begonnen"*. Curatoren hadden in de Verenigde Staten al een procedure gevoerd en er was al enig bewijs beschikbaar. Het onderzoek was echter uitgevoerd door Amerikaanse advocaten en een team van door hen aangestuurde Amerikaanse forensische experts, voornamelijk vanuit het beeldvormende prisma van een RICO-claim. Curatoren waren bovendien aanvankelijk huiverig voor het gebruik van de bevindingen van de Amerikaanse experts, omdat dit een argument zou kunnen zijn voor de Amerikaanse *litigation funder* om bij het slagen van de Nederlandse procedure toch nog een flinke fee te claimen. Een opbrengst in een Neder-

landse procedure kon namelijk onder het bereik van de gemaakte *contingency*-afspraken vallen indien naar het oordeel van curatoren genoegzaam werd aangetoond dat deze opbrengst is verkregen onder verwijzing naar informatie die verkregen of gegenereerd is als gevolg van de procedure in de Verenigde Staten. Windt geeft aan dat curatoren bij de afwegingen om al dan niet gebruik te maken van de bevindingen van de Amerikaanse experts het belang van de schuldeisers voorop hebben gesteld en hebben gedacht:

"Als het nuttig is, als het de zaak onderbouwt, dan gebruiken we het en dan doen we daar ook niet ingewikkeld over."

### 6.1 *Enquêteprocedure*

In Nederland was tegelijkertijd met de procedures in de Verenigde Staten ook een door de VEB geëntameerde enquêteprocedure aanhangig.<sup>16</sup> De Ondernemingskamer heeft in 2006 een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van KPNQwest vanaf 1 januari 2002 tot aan haar surseance van betaling op 23 mei 2002.<sup>17</sup> De Ondernemingskamer kwam tot de conclusie dat alle bij de vennootschap betrokken partijen bij de deconfiture van KPNQwest een (al dan niet doorslaggevende) rol hebben gespeeld en dat niet kon worden uitgesloten dat een van de partijen haar rol niet naar behoren had uitgevoerd (r.o. 3.50).

Curatoren kwam die enquêteprocedure toen niet gelegen, aangezien deze procedure niet bijdroeg aan de discussie over de bevoegdheid van de rechtbank in de Verenigde Staten (zie § 5) Curatoren probeerden daarom op uiteenlopende manieren de enquêteprocedure te beïnvloeden. Allereerst trachtten curatoren per brief de Ondernemingskamer te bewegen de benoeming van onderzoekers aan te houden totdat in de Verenigde Staten over de *discoveryprocedure* in hoger beroep was beslist.<sup>18</sup> Tijdens het enquêteonderzoek ontstond ten tweede een geschil tussen curatoren en de onderzoekers over inzage in de boeken en bescheiden van KPNQwest.<sup>19</sup> Onderzoekers verzochten de Ondernemingskamer om curatoren te bevelen onbelemmerd en onvoorwaardelijk inzage te geven in de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van KPNQwest. Curatoren hebben zich op het standpunt gesteld dat het aan het bestuur van KPNQwest is om de inzage te verlenen en voorts dat curatoren de gevraagde inzage niet mochten verlenen nu dat in strijd was met het belang van de faillissementsboedel. Curatoren waren van mening dat de procedure in de Verenigde Staten meer in het belang was van de faillissementsboedel en daarom is geprobeerd de enquêteprocedure te vertragen. De Ondernemingskamer ging hier niet in mee en beval curatoren op grond van artikel 2:352 lid 1 BW aan de onderzoekers inzage te geven in de boeken, bescheiden en gegevensdragers van KPNQwest.

14 United States Court of Appeals for the Third Circuit June 10, 2008, 529 F.3d 183 (3d Cir.2008).

15 United States District Court of Colorado March 31, 2010, Civil Case No. 09-cv-00162-REB-KLM (D. Colo.Mar.31, 2010).

16 Hof Amsterdam 9 januari 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AV2295.

17 Hof Amsterdam 28 december 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ5413.

18 Zie HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH6537, r.o. 1.4.

19 Hof Amsterdam 27 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ1421, zie ook HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7322.

Later in de tijd keerden de verhoudingen om. De VEB trok in juni 2010 het verzoek tot het gelasten van een onderzoek in, althans verzocht de Ondernemingskamer om de enquêteprocedure te beëindigen omdat een schikking was bereikt.<sup>20</sup> Curatoren, die toen al dienden te anticiperen op het staken van de procedure in de Verenigde Staten, zagen de voordelen van een onderzoek en verzochten het verzoek tot beëindiging van het onderzoek juist af te wijzen en te beslissen dat het onderzoek diende te worden afgerond in het belang van de waarheidsvinding, de gezamenlijke schuldeisers, het belegend publiek en het algemeen belang. De Ondernemingskamer was van oordeel dat het belang van de VEB bij beëindiging niet opwoog tegen het maatschappelijk belang c.q. het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De Ondernemingskamer wees het verzoek om de enquête stil te leggen daarmee af. De Hoge Raad vernietigde de beschikking van de Ondernemingskamer.<sup>21</sup> De Hoge Raad overwoog dat bij de beoordeling van een beëindigingsverzoek als het onderhavige voornamelijk betekenis toekomt aan de belangen van de oorspronkelijke verzoekers en aan het belang van de rechtspersoon. Aan een algemeen belang komt daartegenover in beginsel geen doorslaggevend gewicht toe. Waar het gaat om belangen van derden moet hetzelfde worden aangenomen, tenzij deze belangen zodanig zwaarwegend zijn dat voltooiing van de enquête geboden is. In het onderhavige geval, waar het belang bij het onderzoek is weggevalven door een schikking, kan niet spoedig worden aangenomen dat algemene belangen of belangen van derden zo zwaarwegend kunnen zijn dat zij tot afwijzing van het beëindigingsverzoek moeten leiden. Wat de curatoren betreft geldt dat zij – destijds – niet behoorden tot de kring van personen die gerechtigd zijn tot het verzoeken van een enquête en hun belang is derhalve onvoldoende zwaarwegend om grond voor afwijzing van het verzoek te kunnen bieden. De Ondernemingskamer wees het verzoek tot beëindiging in maart 2011 toe.<sup>22</sup>

De veranderende proceshouding van curatoren heeft veel pennen in beweging gebracht.<sup>23</sup> Curatoren stonden aanvankelijk niet achter de enquêteprocedure, terwijl curatoren wel een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure in de Verenigde Staten waren gestart. Had het niet op de weg van curatoren gelegen om het enquêteverzoek eerder te ondersteunen? Wanneer de Ondernemingskamer immers oordeelt dat sprake is van wanbeleid – ook zonder in te gaan op het gedrag van specifieke personen – kan een dergelijk oordeel onder omstandigheden bewijsrechtelijke betekenis hebben in de daarop volgende civiele bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure.<sup>24</sup> Van Mierlo geeft als mogelijke verklaring voor de opstelling van curatoren dat de verhaalsmogelijkheden van curatoren er niet mee waren

gebaat wanneer de VEB met behulp van de informatie verzameld tijdens de enquêteprocedure de bestuurders aansprakelijk zou stellen voor de door beleggers geleden schade.<sup>25</sup> Deze zienswijze is door curatoren in de door Amerikaanse schuldeisers gefinancierde procedures jegens de bestuurders ook onderschreven.<sup>26</sup> Achtentwintigste openbare verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 18 maart 2013, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl), p. 11. De Jong en Olden verklaren de veranderde proceshouding door het stuklopen van de procedures in de Verenigde Staten.<sup>27</sup> Windt bevestigt de veronderstelling van De Jong en Olden:

“Onze advocaten in Amerika gaven aan dat de enquête die door de VEB werd gestart niet behulpzaam was bij de bevoegdheidsbeslissing, met name het wegen van de relevante Nederlandse en Amerikaanse factoren van betekenis. Dus daarom werd ons dringend aangeraden om hangende dat debat in de Nederlandse enquête niet te verschijnen. Daarnaast kon de procedure ons hooguit een oordeel wanbeleid opleveren, maar zouden de rapen gaar zijn geweest als onderzoekers een andere kant op hadden geoordeeld. Daar kwam bij dat curatoren via de Amerikaanse procedure al een route waren ingeslagen die de nadrukkelijke steun had van de schuldeisers.”

## 6.2 Aansprakelijkheidsprocedure

Curatoren brachten na intrekking van het enquêteverzoek door de VEB in september 2010 een dagvaarding uit en stelden de bestuurders en commissarissen van KPNQwest aansprakelijk voor het tekort in faillissement op grond van (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling. Curatoren waren van mening dat de oorzaak van het faillissement was gelegen in ernstig verwijtbaar bestuurlijk taakverzuim en gebrekkig toezicht op het beleid. Curatoren verweten de bestuurders en commissarissen dat zij niet zijn gestopt met investeren toen er geen reëel uitzicht meer bestond op realisering van de in het businessplan geformuleerde doelstellingen.<sup>28</sup> Bestuurders betwistten de stellingen van de curatoren.

Begin 2014 werd een schikking van een bedrag van € 260 miljoen getroffen met de bestuurders en commissarissen.<sup>29</sup> Door de schikking is geen einduitspraak gedaan ten aanzien

20 Hof Amsterdam 5 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN0254.

21 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3356.

22 Hof Amsterdam 30 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ3680.

23 Zie noot van Mierlo bij Hof Amsterdam 27 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ1421, *JOR* 2009/107; E.N. de Jong & P.D. Olden, 'Procesrechtelijke kwesties in KPNQwest', *V&O* 2011, nr. 3, p. 62-63 en HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3356.

24 HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010 (*Laurus*).

25 Noot van Mierlo bij Hof Amsterdam 27 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ1421, *JOR* 2009/107.

26 Achtentwintigste openbare verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 18 maart 2013, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl), p. 11.

27 E.N. de Jong & P.D. Olden, 'Procesrechtelijke kwesties in KPNQwest', *V&O* 2011, nr. 3, p. 63.

28 Zevenentwintigste openbare verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 14 september 2012, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl), p. 3. Zie voor een uitgebreide beschrijving over de verwijten aan met name de Raad van Commissarissen van KPNQwest: M. Brink, 'Lessen voor commissarissen naar aanleiding van KPNQwest', *TOP* 2007, nr. 2, p. 76-78.

29 Tussentijds openbaar verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 19 december 2013, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl) en tussentijds openbaar verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 19 februari 2014, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl).

van de aansprakelijkheid.<sup>30</sup> Hoewel curatoren met de schikking een goed resultaat menen te hebben gerealiseerd, is de weg naar de schikking geen gemakkelijke geweest. Beide partijen stonden sinds de procedures in de Verenigde Staten lijnrecht tegenover elkaar en van vriendelijke schikkingsonderhandelingen, die op gang kwamen na het indienen van de conclusie van antwoord, was dan ook geen sprake. Windt legt uit dat ook curatoren de onderhandelingen hard hebben aangepakt, aangezien het risico om nog een ronde door te procederen voor de boedel niet groot was omdat al het werk aan een vervolprocedure al was gedaan. De bestuurders en commissarissen van KPNQwest hebben altijd iedere vorm van aansprakelijkheid bestreden. Windt zegt hierover dat de betrokken partijen weliswaar van mening waren dat een aanzienlijk bedrag is bijgedragen, maar dat deze partijen dat bedrag vooral zagen als kostenbijdrage om een langstlepende kwestie met een groot tekort af te sluiten en niet zozeer als een schadevergoeding inzake de aansprakelijkheidskwestie. Hoewel uit de faillissementsverslagen en de proceshouding van de curatoren in de aansprakelijkheidsprocedure blijkt dat curatoren meenden een sterke zaak te hebben, nuanceert Windt deze stelling naar aanleiding van de schikking.

“De discussie is gewoon niet afgemaakt en na twee meerdaagse mediation sessies geschikt. En dat was een hele grote schikking – of is denk ik nog steeds een hele grote schikking. Maar niet ten opzichte van het tekort, want ik denk dat wij iets onder of omstreeks de acht procent zullen hebben uitgekeerd.”

Het onderzoek van de curatoren, en later de “*mooste conclusie van repliek die nooit is genomen*” is nimmer naar buiten gebracht. “*Onze theorie is ook niet getoetst*”, geeft Windt aan. Windt legt uit dat de toetsing van de stellingen van curatoren toen ook geen meerwaarde meer had. Uiteindelijk is de kwestie geschikt en zijn de vragen omtrent aansprakelijkheid in het midden gebleven.

### 6.3 Het belang van de stem van de schuldeisers

De keuze om te schikken was volgens Windt vooral gebaseerd op de belangen van de schuldeisers en niet zozeer op het vertrouwen dat curatoren in hun positie in de procedure hadden. Gedurende het faillissement is veel gewicht toegekend aan de stem van de schuldeisers.<sup>31</sup>

“Vergis je niet, de crediteurencommissie sprak inmiddels namens schuldeisers met meer dan zeshonderd miljoen euro aan claims. Dat was ook een serieus te nemen stem.”

Windt geeft aan dat de definitieve crediteurencommissie vooral was samengesteld om te adviseren over de procedure bij de Rechtbank Haarlem en een eventuele schikking.<sup>32</sup>

“De stem van de schuldeisers kan ook een gereedschap zijn in de kist van de curator. Wij konden ook richting het bestuur en de aandeelhouders zeggen: met deze achterban en met deze set aan feiten, althans onze kijk daarop, kunnen we een deal niet aan de schuldeisers uitleggen als het niet om een serieus bedrag gaat, ook in termen van uitdeling.”<sup>33</sup>

Als wij vragen naar hoe rekening en verantwoording is afgelegd aan de schuldeisers – dus ook de schuldeisers die niet in de crediteurencommissie zaten – is Windt genuanceerd.

“Dat is een lastige. Kijk, de rechter-commissaris keek en stuurde nauwgezet mee, was echt ingelezen. En een schikking en de daarbij behorende geheimhouding kan niet in de weg staan aan de meest elementaire vormen van het publiekelijk afleggen van rekening en verantwoording. Aan de andere kant keek hier wel een crediteurencommissie mee die daarom tot dezelfde geheimhouding moest toetreden.”

Hier snijdt Windt het probleem aan dat het afleggen van rekening en verantwoording interfereert met schikkingsonderhandelingen en de bijbehorende afspraken rondom geheimhouding.

“Je kunt niet met terugwerkende kracht geheim houden wat periodiek aan de schuldeisers in het openbaar verslag is gerapporteerd. En omgekeerd werden die verslagen en verantwoording van tijdsbesteding natuurlijk ook gelezen door de adviseurs van de gedaagden: zij konden – en dat was omgekeerd natuurlijk niet het geval – ons activiteitsniveau van kwartaal tot kwartaal monitoren.”

Windt geeft aan achter de schikking te staan en meent dat deze schikking het beste resultaat was voor de gezamenlijke schuldeisers, die zich ook positief hebben uitgelaten over de uitkomst van de schikking.

30 Negenentwintigste openbare verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 20 november 2013, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl), p. 5; zie voor verdere overwegingen omtrent de schikking Negenentwintigste openbare verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 20 november 2013, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl), p. 10-11.

31 Zie de aanwijzing van de voorlopige crediteurencommissie in 2002: tweede openbare verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 28 oktober 2002, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl), p. 10 en de aanwijzing van de definitieve crediteurencommissie in 2012: negenentwintigste openbare verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 20 november 2013, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl), p. 10.

32 Zie: negenentwintigste openbare verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 20 november 2013, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl), p. 10.

33 Windt en Hummelen hebben al eerder betoogd dat de stem van de schuldeisers een belangrijk gereedschap is in de gereedschapskist van de curator. Volgens Windt en Hummelen is het instellen van een crediteurencommissie een manier om de kwaliteit van de afwikkeling van het faillissement te verbeteren. Daarnaast dwingt een crediteurencommissie steeds om het belang van de schuldeisers voorop te stellen. Zie M. Windt en J.M. Hummelen, ‘De stem van de schuldeisers als gereedschap van de curator’, in Ph.W. Schreurs e.a., *De Gereedschapskist van de Curator*, INSOLAD Jaarboek 2015, Deventer: Kluwer 2015.

Windt benoemt ook dat hij van mening is dat het belang van de schuldeisers soms wat onder dreigt te sneeuwen als belangrijkste wegingsfactor bij de afwikkeling van een faillissement. Hoewel recente ontwikkelingen curatoren steeds vaker lijken te dwingen om maatschappelijke belangen mee te nemen in hun werkzaamheden,<sup>34</sup> wil Windt deze ontwikkelingen graag nuanceren.

“Eigenlijk zit je daar echt niet voor. Want er is natuurlijk een belangrijke schuldeiserspet. Ik denk dat dat belangrijker is dan soms wordt gepraktiseerd. Alsof de maatschappelijke belangen maatgevend zijn. Volgens de Hoge Raad mogen curatoren weliswaar maatschappelijke belangen meewegen, en ook zwaarder laten wegen dan een individueel crediteurenbelang, maar nooit zwaarder dan belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De maatschappelijke discussie – en daarmee een aantal van de wetsvoorstellen – gaan dan wel iets verder dan dat.”

Windt is hier van de oude school.<sup>35</sup>

#### 6.4 Het belang van het oorzakenonderzoek

Tijdens het gesprek komt ook het oorzakenonderzoek aan bod, waaraan Windt veel belang hecht. Toch is het doen van een diepgaand onderzoek naar de oorzaken van het faillissement van KPNQwest volgens Windt niet vanaf meet af aan prioriteit geweest voor curatoren. Windt geeft aan dat de verhouding met (het bestuur van) de failliet een oorzakenonderzoek vrijwel onmogelijk maakte.

“Het is ook heel moeilijk als de eerste dagen alleen maar aansprakelijkstellingen op en neer gaan: Ik stel je aansprakelijk als je voortzet. Ik stel je aansprakelijk als je niet voortzet. Ik stel je aansprakelijk als je de dataroom dichtgooit, als je hem opengooit, als je het netwerk afsluit, als je het verkoopt, als je het onderzoek naar buiten brengt, niet naar buiten brengt. Ja, zo raakt het karretje wel in de poep.”

Toch komen wij er in de loop van het gesprek achter dat wel degelijk een diepgaande analyse is uitgevoerd naar de oorzaken van het faillissement van KPNQwest. Ook de faillissementsverslagen geven een indruk over de uitvoerigheid van het oorzakenonderzoek. Zo hebben curatoren in een vroeg stadium een forensisch accountant ingeschakeld om de administratie te doorzoeken en hebben zij het feitelijke onderzoek afgerond alvorens het gedrag van de bestuurders te toetsen.<sup>36</sup> Wanneer wij onze constatering over het oor-

zakenonderzoek aan Windt voorhouden, vertelt hij dat het feitelijke onderzoek eigenlijk pas in een later stadium is afgemaakt. Het aanvullende oorzakenonderzoek is verricht in het kader van de aansprakelijkheidsprocedure.<sup>37</sup> Ter verdere onderbouwing van de Nederlandse aansprakelijkheidsprocedure is met behulp van forensische experts van Grant Thornton en een hoogleraar externe verslaglegging aanvullend onderzoek verricht naar de feitelijke gang van zaken bij KPNQwest.<sup>38</sup> Op de vraag waarom dit oorzakenonderzoek eigenlijk pas tijdens de aansprakelijkheidsprocedure deze aandacht verkreeg, antwoordt Windt als volgt:

“De beschikbare data waren inmiddels virtueel beschikbaar gemaakt in plaats van fysiek. De boekhoudprogramma's waren aanvankelijk niet goed toegankelijk. Later zijn de machtigingen met behulp van door ons ingeschakelde hackers gekraakt op het hoogste niveau. En daar konden we dus veel meer achterhalen.”

De techniek was in 2002 nog niet zover dat curatoren gemakkelijk toegang konden krijgen tot alle beschikbare informatie.

“In Amerika was men verder, maar hier in Nederland was de zoekprogrammatuur nog niet volwassen. Voor curatoren was het toen – en zeker in het begin in 2002 – helemaal niet gek om de duizenden dozen aan boekhouding fysiek veilig te stellen en was het niet onverstandig om die oude server en tape robots tot diep in 2014 te laten draaien.”

Uit de openbare verslaglegging komt naar voren dat voor curatoren na het doen van extra onderzoek een beeld met steeds minder verstoringen ontstond.

Hoewel sinds juli 2017 van de curator wordt verwacht dat hij een onderzoek uitvoert naar onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt,<sup>39</sup> bestaat over de invulling van zo'n oorzakenonderzoek in de literatuur onduidelijkheid.<sup>40</sup> Schimmelpenninck heeft al in 2008 een protocol voor complexe faillissementen ontwikkeld waarin

34 *Kamerstukken II*, 2014/15, 34 253, nr. 3 (MvT) over de wijziging van artikel 68 Fw. Zie ook Rb. Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902, *JOR* 2017/278, m.nt. Tekstra, r.o. 4.6 en de nuancering in Rb. Amsterdam 4 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3999.

35 G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surseance van betaling, deel I*, Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 27.

36 Tweede openbare verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 28 oktober 2002, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl), p. 6 en vijfde openbare verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 21 april 2004, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl), p. 4.

37 Zie ook het zesentwintigste openbare verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 13 september 2011, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl), p. 5.

38 Achtentwintigste openbare verslag in het faillissement van KPNQwest d.d. 18 maart 2013, te raadplegen via [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl), p. 5-6.

39 Artikel 68 Fw (Wet versterking positie curator, *Kamerstukken II*, 34 352) zie ook artikel 2.1 van de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling.

40 Zie bijvoorbeeld R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *Tvl* 2008/20, R.D. Vriesendorp, '[\*\*]it happens: then and now', Terugblikken en vooruitkijken in het insolventierecht', *Tvl*, 2017/23 en L. Hox, 'Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture', *Tvl* 2018/42. Zie ook Rb. Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902, *JOR* 2017/278, m.nt. Tekstra en de nuancering in Rb. Amsterdam 4 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3999.

hij het belang van het oorzakenonderzoek onderschrijft.<sup>41</sup> Vriesendorp daarentegen is van mening dat het doen van een oorzakenonderzoek niet in alle gevallen geoorloofd is.<sup>42</sup> Wanneer wij deze recente ontwikkelingen met Windt bespreken, geeft hij aan dat curatoren zijns inziens een oorzakenonderzoek moeten uitvoeren. Windt legt uit dat hij door het faillissement van KPNQwest heeft geleerd dat “*het belangrijk is om altijd een feitelijke analyse te maken*”. Wel is het volgens Windt belangrijk om daarbij het belang van specialisatie niet te onderschatten. De curator is immers niet per definitie de persoon die is gespecialiseerd in het beheren van een grote hoeveelheid data en het analyseren van die data. Windt vindt het van groot belang dat voor dit soort werk specialisten worden ingeschakeld:

“Je moet dus ook bereid en in staat zijn om voor de inbreng van die specialisten te betalen.”

Ook over het op het oorzakenonderzoek volgende rechtmatigheidsonderzoek heeft Windt een duidelijke mening.

“Een andere les zou zijn om bij zo’n grote situatie meteen een in litigation gespecialiseerd advocatenkantoor te benoemen zodat er professionele afstand blijft tussen de procesadvocaten en de curatoren. Ik denk dat dat gemiddeld genomen de voorkeur verdient, mits daarmee in dit soort grote gevallen de kwaliteit wordt aangeboord zoals die curatoren ten dienste stond vanuit het litigation team van Houthoff.”

Windt snijdt hier de vraag aan of het kantoor van de curator altijd het meest geschikte is om een aansprakelijkheidsprocedure te voeren. Ook over deze vraag bestaat in de literatuur geen consensus.<sup>43</sup> De Ranitz is bijvoorbeeld van mening dat die *litigation* beter kan worden uitbesteed om te voorkomen dat financiële drijfveren van de curator een reden zijn om een aansprakelijkheidsprocedure te starten.<sup>44</sup> Windt sluit zich aan bij de stelling dat de *litigation* beter kan worden uitbesteed:

“Vooral uit oogpunt van professionaliteit. Maar ook omwille van de slagkracht, de functiescheiding, de dienstbaarheid en ter voorkoming van het wekken van de schijn van tegenstrijdig belang.”

## 7. Afsluiting

Met het faillissement van KPNQwest ging één van de grootste toonaangevende telecombedrijven verloren. Een doorstart heeft er niet in gezeten. Aan de curatoren van KPNQwest heeft het niet gelegen. Curatoren hebben steeds geprobeerd elke situatie zo praktisch mogelijk en vooral in het belang van de schuldeisers af te handelen. De afwikkeling is – zeker voor de periode waarin de afwikkeling speelde – efficiënt te noemen. Curatoren hebben in elke beslissing het belang van de schuldeisers voorop gesteld en mede door deze instelling hebben zij – naar de mening van Windt – het beste resultaat voor de schuldeisers weten te bereiken. Voor curatoren resulteren enkele belangrijke leerpunten, te weten: (i) voer altijd een oorzakenonderzoek uit in de vorm van een feitelijke analyse, (ii) wees bereid om voor specialisatie op het gebied van beheer en analyse van data te betalen, (iii) plaats grote procedures buiten de deur van het kantoor van de curator en (iv) gebruik de stem van de schuldeisers als gereedschap. Idealiter nemen curatoren deze aspecten mee tijdens elk faillissement. Toch vindt Windt het van belang om ook deze leerpunten in perspectief te blijven zien. Het is immers – bijvoorbeeld door de omvang van de boedel – niet altijd mogelijk deze punten in ogenschouw te nemen.

“De afwikkeling van een faillissement is uiteindelijk gewoon een financiële kwestie.”

41 R.J. Schimmelpenninck, ‘Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen’, *Tvl* 2008/20. Zie ook L. Hox, ‘Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture’, *Tvl* 2018/42 (p. 269) en J.M.G.J. Boon en J.M.W. Pool, ‘Business Resilience: de rol van bestuurders bij het voorkomen van bedrijfsfalen’. Verslag eerste internationale congres van het Business & Liability Research Network’, *Tvl* 2018/20.

42 R.D. Vriesendorp, ‘[\*\*]it happens: then and now’, Terugblikken en vooruitkijken in het insolventierecht’, *Tvl* 2017/23.

43 Zie ook L. Hox, ‘Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture’, *Tvl* 2018/42 en S.H. de Ranitz, ‘Perverse prikkels, curatoren en de goede procesorde’, *Tvl* 2008/42.

44 Zie ook S.H. de Ranitz, ‘Perverse prikkels, curatoren en de goede procesorde’, *Tvl* 2008/42.